

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

Polít. Crim. Vol. 17 N° 33 (Julio 2022), Art. 10, pp. 263-290

[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2022/06/Vol17N33A10.pdf>]

Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno

Enforcement and non-compliance with community penalties: the back-up sanction in the Chilean model

Consuelo Murillo Avalos

Profesora investigadora de la Universidad Andrés Bello, Facultad de Derecho.

Dirección postal: Bellavista 0121, Santiago, Chile.

consuelo.murillo@unab.cl

Fecha de recepción: 29/03/2021.

Fecha de aceptación: 08/10/2021.

Resumen

Este trabajo desarrolla el problema del incumplimiento de las penas alternativas desde una perspectiva amplia (no localizada en un sistema jurídico concreto), tomando en cuenta su relevancia político criminal y estudiando su tratamiento normativo. Se sostiene que existe una necesidad sistémica de responder ante el incumplimiento de una pena, se describe el problema que genera la imposibilidad de una ejecución forzada de las penas que se cumplen en libertad y las posibilidades de reacción del sistema penal ante tal incumplimiento. Estas posibilidades se analizan desde las propuestas que se han realizado desde las dos principales teorías de los fines de la pena (retribucionismo y utilitarismo), tomando especialmente en cuenta el lugar que debe ocupar la ejecución de una pena privativa de libertad en ese contexto. Finalmente, se realiza un estudio normativo y jurisprudencial de las consecuencias que el sistema penal chileno prevé en casos de incumplimiento de las penas alternativas, utilizando las propuestas revisadas anteriormente para analizarlas críticamente.

Palabras clave: penas alternativas, revocación, quebrantamiento, penas sustitutivas.

Abstract

This paper examines non-compliance with community penalties from a wide point of view (without attaching it to a specific jurisdiction). It argues that there is a systemic need to respond to non-compliance of a penal sanction. It also describes the impossibility of enforcement of penal sanctions that are supposed to be executed in liberty and the possibilities of the penal system to react to that kind on non-compliance. These possibilities are analyzed from the proposals made by the two main groups of theories of punishment (retributive theory and deterrence theory). Finally, legal consequences to non-compliance in the Chilean legal system are studied (law and jurisprudence), comparing them with the standards and proposals developed earlier.

Keywords: alternative punishment, community sanctions, non-compliance, breach.

Introducción

Damocles tenía una espada colgando de un hilo sobre su cabeza. “La espada de Damocles” se utiliza a menudo por los penalistas para ilustrar la dualidad de las penas suspendidas y en general para hacer referencia a un peligro o inconveniente inminente atado a un beneficio. Una espada pende en el aire de un pelo de caballo sobre la cabeza de Damocles así como la ejecución de la pena privativa de libertad pende suspendida de un hilo sobre el penado.

Sin embargo, la historia es más rica para el propósito de este trabajo: de acuerdo con la historia griega, Damocles era un cortesano del tirano Dionisio. Era muy adulator y constantemente comentaba lo grandiosa que era la vida de rey rodeado de lujos. El monarca le invita a pasar un día disfrutando las pleitesías reservadas a personas de su autoridad. Damocles está encantado con la comida, la bebida y el servicio, hasta que se percata de que una espada pende sobre su cabeza sujeta tan sólo de un delgado hilo. Entonces, ya no puede disfrutar de ninguno de los lujos que le rodean y ruega al tirano que le permita marchar, puesto que “ya no tiene deseo alguno de ser feliz”.¹ Esta última parte de la historia suele ignorarse, pero completa la anécdota moral y permite extender la analogía para comprender los problemas asociados a la ejecución de penas en libertad, matizando la supuesta situación de privilegio de este grupo de penados.

La espada consiste en un peligro inminente asociado a un cierto beneficio que al menos para Damocles, no valía la pena. El riesgo de la revocación o del quebrantamiento es una de las “penalidades” de las alternativas, que ha sido descrita por la reciente línea de investigación que, siguiendo la herencia iniciada por Sykes en 1958 y su influyente trabajo sobre las penalidades y dolores de la prisión, ha buscado entender las penalidades o sufrimientos asociados a las penas alternativas y específicamente a aquellas que contienen alguna intervención asociada a la resocialización.² En la investigación de Durnescu se releva que una de las penalidades de la *probation* es “vivir bajo una tremenda amenaza”³ que consiste en la revocación y la consecuente entrada en prisión. Los penados además son constantemente recordados de las posibles consecuencias de un incumplimiento por parte de los intervinientes en la ejecución en parte conforme al derecho a la información que la rige y en parte como un mecanismo (la amenaza) para asegurar el cumplimiento de la medida por parte del penado.⁴ Otras dos penalidades vinculadas a las penas alternativas se pueden desprender de la investigación de Lund Shammas: ambigüedad y responsabilidad personal.⁵ La primera describe la sensación “agridulce” del penado que reconoce su situación de privilegio, pero al mismo tiempo es consciente de las dificultades que debe enfrentar, ausentes en una vida de prisión normal. Por su parte, la idea de responsabilidad personal hace hincapié en lo fácil que resulta incumplir con la pena en libertad y el consecuente esfuerzo

¹ CICERO (1877), p. 186.

² Ver resumen y referencias en MCNEILL (2013), pp. 1-17.

³ Las penalidades que enumera el autor son: pérdida de autonomía; reordenar la rutina en torno a la sanción; pérdida de la intimidad familiar; restricción del tiempo, costes financieros, estigmatización, forzados a revivir el delito y vivir bajo una tremenda amenaza, véase DURNESCU (2011), pp. 108-109.

⁴ DURNESCU (2011), p. 114.

⁵ LUND SHAMMAS (2014), pp. 104-123.

que debe poner el penado en su cumplimiento. Si bien los casos de personas que renunciarían a este “beneficio” por sus penalidades propias aparecen como anecdóticos, es relevante tener en cuenta estas cuestiones para mitigarlos hasta el límite esencial de la pena. De acuerdo a Petersilia, en un programa en que se daba a escoger al penado entre *probation* intensiva⁶ y prisión, un tercio de los seleccionados prefirieron la prisión.

Sin duda es el riesgo a la entrada en prisión el elemento central de las penas a cuyo estudio se dedica este trabajo. La ejecución de la pena privativa de libertad es una espada que en un inicio se estimó que no era necesario utilizar (cuando se decidió la imposición de una pena alternativa) pero que al mismo tiempo parece que necesitamos colgar de un hilo sobre el penado en libertad para motivar el cumplimiento de la sanción en libertad.

En la ejecución de las penas alternativas, una de las cuestiones que genera mayores tensiones para el derecho, es la imposibilidad (a veces material, a veces jurídica) de obtener su cumplimiento forzado. Esto obliga a reflexionar respecto de las opciones de reacción que tiene el sistema penal ante un incumplimiento. Esta necesidad se hace evidente cuando las comparamos con la pena paradigmática de nuestros ordenamientos: la pena de prisión. El encierro permite su ejecución forzada, de manera que, si una persona condenada a presidio efectivo no se presenta voluntariamente en el recinto penitenciario, el tribunal puede ordenar la detención de la persona, que ejecutan las policías y que permite forzar el inicio del cumplimiento. La cárcel, por su parte, está confeccionada materialmente para continuar el cumplimiento forzado: el reo rebelde está igualmente privado de libertad. Pero ¿qué hacemos con aquellas penas que se cumplen en libertad? Esta tensión se exagera ante las modernas penas alternativas, que contemplan intervenciones y/o controles más intensos en la vida de los penados.

En este trabajo utilizo la expresión “pena alternativa” para referirme en general a aquella sanción principal que se impone al condenado como consecuencia jurídica del delito cometido y que se cumple en libertad. Así, sirve para nombrar aquellas penas impuestas de manera directa (como la *probation*), o mediante mecanismos de suspensión o sustitución de una pena privativa de libertad. Se excluye de este estudio la pena de multa ya que en los distintos sistemas jurídicos suele tener una regulación especial y distinta. Asimismo, pese a que algunas reflexiones de este estudio son pertinentes a la ejecución de la libertad condicional, no me referiré a ella por no tratarse de una pena, sino de una forma de cumplimiento de esta, lo cual genera diferencias significativas.

Finalmente, debido a que este trabajo versa sobre el incumplimiento de las penas alternativas, no se hace cargo de la decisión sobre la imposición de la pena alternativa original o base, su fundamento y reglas, sino solo cuando es necesario en relación con el objeto del estudio. En este sentido, se construye este trabajo sobre el presupuesto de que la justificación de las penas alternativas modernas es, cuanto menos, doble: en primer lugar, se justifican porque evitan el recurso a la prisión (no desocialización)⁷ y, en segundo lugar, porque permiten una mejor

⁶ Esta incluía test de drogas, trabajos en servicio de la comunidad y visitas frecuentes con un agente de libertad vigilada, véase PETERSILIA (1998), pp. 42-49.

⁷ LARRAURI (1998), p. 95; DE LA CUESTA (2002), pp. 126-127.

intervención para ayudar y controlar al penado en un proceso de transformación hacia una vida respetuosa de la ley (rehabilitación).⁸ Recientemente se ha analizado la capacidad de las penas alternativas para adaptarse a los nuevos discursos penales, ampliando sus fuentes de legitimidad en la seguridad pública, la reparación y el control. Robinson, McNeill y Maruna ofrecieron cuatro narrativas que ayudan a explicar la persistencia (e incluso vigor) de las penas alternativas en el contexto actual, pese a que tanto el ideal rehabilitador como el bienestarismo penal que les dieron origen hayan decaído.⁹ Morales y Salinero realizan este ejercicio respecto de las penas sustitutivas en Chile.¹⁰

A continuación, describiré algunas cuestiones relativas al incumplimiento de las penas alternativas. En primer lugar, me referiré a las dificultades que presenta la imposibilidad de una ejecución forzada de las penas alternativas con la consiguiente necesidad de una “pena de apoyo”. En segundo lugar, daré cuenta de la forma que debe adoptar esa pena de apoyo desde una perspectiva del merecimiento y desde una perspectiva utilitarista, tomando especialmente en cuenta el lugar que debe ocupar la ejecución de una pena privativa de libertad en ese contexto. Finalmente, revisaré el modelo chileno (ley y jurisprudencia) a la luz de lo estudiado en los apartados previos.

1. Necesidad de una pena de apoyo

Las penas alternativas no se pueden ejecutar forzosamente. Ni siquiera en derecho civil es posible la ejecución forzada natural de obligaciones de hacer, sino que se ofrece una serie de herramientas o remedios al acreedor ante el incumplimiento de su deudor. En materia de ejecución penal, la pena alternativa contempla la obligación de hacer (y de no hacer) alguna cosa. La ejecución forzada de esta sanción no es posible y, de hecho, para la imposición de aquellas penas alternativas que implican una mayor intervención en la vida del sujeto (trabajos en servicio de la comunidad, libertad vigilada, etc.) se requiere por regla general del consentimiento del penado. Entonces, tenemos que será necesario contar con la voluntad del penado para ejecución de la pena, y en ocasiones incluso para la imposición de la misma,¹¹ esta exigencia deriva del principio de autonomía, y los derechos a la libertad y la dignidad de las personas.¹²

El principio de “inderogabilidad de las penas”, que impide que la transgresión del ordenamiento jurídico quede sin sanción, fue desarrollado por el Tribunal Constitucional español a propósito de la pena de multa.¹³ La pena de multa permite su ejecución forzosa, no así las penas sustitutivas que por razones de derechos humanos requieren del consentimiento del penado y, por tanto, por regla general, no pueden ejecutarse sin su voluntad. Pese a la posibilidad de ejecución forzosa, la ausencia de patrimonio del penado o la imposibilidad judicial de acceder al mismo¹⁴ provocan que muchas veces esta no sea posible y para estos

⁸ CULLEN y GILBERT (2009), p. 28; VON HIRSCH *et al.* (2009), pp. 1-2.

⁹ ROBINSON *et al.* (2014), pp. 147-181.

¹⁰ MORALES PEILLARD, y SALINERO (2020), pp. 535-536.

¹¹ Sobre el consentimiento del penado en las penas alternativas véase MURILLO (2017), pp. 137-147.

¹² CANTON (2013), pp. 577-593.

¹³ ROCA (2003), p. 308.

¹⁴ Para una aproximación a la problemática ver CACHÓN y CID (1997) *passim*.

casos existe la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa. En Chile, luego de la modificación operada por la Ley N° 20.587 de 8 de junio de 2012, esta responsabilidad personal subsidiaria podrá tener la forma de cumplimiento de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, o de reclusión si no se cuenta con el consentimiento del penado.

Así, las consecuencias ante el incumplimiento de las penas no privativas de libertad se fundan en el principio de inderogabilidad de las penas. En este sentido, podemos afirmar que las penas que no son de prisión requieren de una “pena de apoyo” —*back up sanction*— para cuando hay incumplimiento que puede consistir en una adición moderada en la pena inicialmente impuesta, el cambio o sustitución por otra pena que permita ser ejecutada de forma forzosa e incluso la configuración de un delito de quebrantamiento con su propia pena independiente.¹⁵

Si bien la idea de que la comisión de un delito no quede sin sancionar (o más bien una pena sin ejecutar) por razones ilegítimas¹⁶ parece indiscutible, los problemas comienzan cuando se requiere justificar la consecuencia ante un incumplimiento y cuando se intenta definir cuál es la más adecuada ¿Por qué imponemos un nuevo castigo adicional a la pena alternativa? ¿Qué circunstancias son relevantes para medir la gravedad del incumplimiento? ¿Qué sanción es más adecuada para reprochar el incumplimiento?

La necesidad de una pena de apoyo se justifica desde una perspectiva utilitarista, cuando se sostiene la necesidad de una amenaza que permita motivar el cumplimiento de la pena, o incluso yendo más lejos, podría sostenerse que la ausencia de una consecuencia pudiera motivar el incumplimiento. Por su parte, desde una perspectiva de justicia o proporcionalista, la impunidad en el incumplimiento de una pena sustitutiva es equivalente a la ausencia total de pena.¹⁷ Es decir, no habría gran diferencia entre la comisión de un delito que termina sin condena a ningún sujeto, que la comisión de un delito que termina con la imposición de una pena a un sujeto que no recibe consecuencia alguna cuando la incumple.

La prisión para los casos de incumplimiento de la pena alternativa resulta muy problemática. En primer lugar, cuando el sistema penal prevé la ejecución de una pena privativa de libertad en caso de incumplimiento de una pena alternativa, se cuestiona si se trata de una verdadera alternativa o si, más bien, se trataría de una “entrada diferida” en prisión. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, por una razón práctica: el recurso sistemático a la pena de prisión como sanción de apoyo sería uno de los factores por los cuales las penas alternativas no lograrían cumplir su promesa de constituir una alternativa y disminuir las tasas de encarcelamiento.¹⁸ En el caso chileno, como en el español, el recurso legislativo a la prisión por incumplimiento es bastante sistemático. Gran parte de las penas alternativas

¹⁵ VON HIRSCH *et.al.* (1989), pp. 595-618; VON HIRSCH (1993), p. 63; CID (1999), p. 136.

¹⁶ Los ordenamientos jurídicos contemplan siempre diversos instrumentos que permiten la inejecución de una pena por diversas razones, así por ejemplo el indulto, los límites máximos de cumplimiento de una pena de prisión, etc. son instituciones muy diferentes pero que permiten afirmar que la inderogabilidad de la pena es relativa, véase ROCA (2003), p. 309.

¹⁷ Aunque esta afirmación debe ser matizada, puesto que, igualmente habrá que considerar la carga que implican los antecedentes penales, véase ROBINSON (2013), p. 27.

¹⁸ KLINGELE (2013), pp. 1015-1069.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

existen en el contexto de una pena sustituida, de manera que la pena de apoyo última es efectivamente la de prisión.¹⁹

El problema del recurso a la prisión se acentúa con las nuevas penas alternativas, que se caracterizan por contener requisitos más amplios que cumplir y por una supervisión más activa que la de una suspensión o remisión tradicional, de manera que es más fácil que se descubran violaciones con mayor frecuencia.²⁰ Tanto en la libertad vigilada como en las distintas formas de servicios en beneficio de la comunidad, las condiciones son más numerosas y pueden contar con una supervisión más intensa.²¹

Además, la ejecución de una pena de prisión en casos de incumplimiento de una pena alternativa da lugar a problemas de justicia. Surge el cuestionamiento de si acaso es justa, adecuada o proporcionada la ejecución de una pena de prisión por una conducta cuyo reproche no parece ser evidentemente alto y durante un periodo que incluso podrá más extenso que si se hubiera ejecutado en un principio. La sujeción del penado al control estatal parece no acabar jamás. Cuestión de injusticia acentuada ante la evidencia de que se aplica de forma desigual.²² Este cuestionamiento dio lugar a los principios que explicaré en el siguiente apartado.

De lo anteriormente dicho, se puede colegir que ante el incumplimiento de una pena alternativa se requiere una reacción penal, que se ha denominado pena de apoyo. Esa pena de apoyo puede adoptar diferentes formas: de entre las más frecuentes, esta puede consistir en (i) una adición a la pena alternativa que se está cumpliendo, como cuando se extiende el tiempo de cumplimiento, o se imponen nuevos controles a la misma pena; en (ii) el cambio o sustitución por otra pena de mayor intensidad; o (iii) en el cambio o sustitución de la pena alternativa por una pena de prisión.

2. La pena de apoyo según los principios del merecimiento

En 1989, von Hirsch y otros publicaron un artículo que pretendía aplicar los principios del retribucionismo a las penas alternativas,²³ este artículo dio lugar al modelo von Hirsch-Wasik-Greene y que luego fue desarrollado e incorporado en el influyente libro *Censure and Sanctions*.²⁴ Específicamente en lo que se refiere a las consecuencias del incumplimiento,

¹⁹ En España, el caso de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (aplicado como pena directa y no en el contexto de una pena privativa de libertad suspendida) merece una mención aparte, puesto que el incumplimiento da lugar a un nuevo juicio por un tipo distinto (quebrantamiento) que contempla como pena por regla general, la multa.

²⁰ VON HIRSCH (1993), p. 63, KLINGELE (2013), pp. 1030-1042.

²¹ El modelo RNR (riesgo, necesidad y responsividad) que ha influido fuertemente en los sistemas de supervisión penal a lo ancho del globo, propone distintas intensidades de supervisión de acuerdo con el riesgo de reincidencia. Así, la intensidad de supervisión va a depender tanto de la pena judicialmente impuesta, como de la forma concreta de ejecución por parte de la entidad encargada de la misma. De acuerdo a sus principales autores, “en la medida que el nivel de riesgo aumenta, aumenta la cantidad de tratamiento necesario para reducir la reincidencia” BONTA y ANDREWS (2007), p.10.

²² VON HIRSCH *et.al.* (1989), pp. 595-618.

²³ VON HIRSCH *et.al.* (1989), pp. 595-618.

²⁴ VON HIRSCH (1993), p. 63.

para von Hirsch hay tres cuestiones involucradas para evaluar la conducta de quien incumple su pena alternativa con los criterios del retribucionismo.²⁵ Es necesario sumar las tres para sopesar la censura que merece un incumplimiento y, especialmente para considerar si es justo o proporcionado aplicar una consecuencia privativa de libertad o no.

- No ha terminado de cumplir (está “en deuda”): este elemento invita a permitir el cumplimiento de lo que resta de una forma equivalente, lo que no justifica el uso de la prisión.
- Incumplir es reprochable en sí mismo: este elemento añade algo de reproche, pero al no afectar un interés de una víctima, el reproche añadido es “modesto”.
- El incumplimiento puede implicar la comisión de un delito: si este es el caso, ya habría afectación del interés de un tercero y, por tanto, de acuerdo con este elemento, sólo si el nuevo delito por sí solo merece pena de prisión, será justificable su aplicación.

En primer lugar, se ha de considerar que la persona no ha terminado de cumplir y por lo tanto está “en deuda” o como se dice en el lenguaje cotidiano: “no ha saldado su deuda con la sociedad”. En este sentido considero que es relevante tener en cuenta dos cuestiones: habrá que contemplar en qué momento del cumplimiento de la pena alternativa se produce la infracción, si es al inicio de la ejecución o si el penado ya ha satisfecho sus obligaciones por un periodo de tiempo. El reproche que merece la infracción puede no ser el mismo si es que el penado ha cumplido ya una fracción importante de su pena. Por otra parte, es necesario saber qué ocurrirá con el saldo adeudado una vez sancionada la infracción.

En segundo lugar, incumplir es reprochable en sí mismo. La cuestión para von Hirsch en este punto es cómo medir la censura que merece no cumplir con la obligación que manda la sentencia. En el caso de un delito tradicional, para este autor la gravedad se mide en el impacto de la conducta en la calidad de vida de la víctima, pero en este caso, la censura no es tan evidente. Es por esto que el autor insiste que este elemento invita a una suma modesta de reproche. Porque ¿cuánto reproche merece quien no cumple con lo que ordena la sentencia condenatoria? La discusión en torno al bien jurídico protegido en el delito de quebrantamiento de condena puede dar algunas luces. Así, resulta ilustrativa la teoría de Corcoy, de acuerdo con la cual, mediante la tipificación del delito de quebrantamiento de condena, se busca proteger la eficacia de las finalidades de prevención general adscritas al derecho penal.²⁶ Esto significa que el incumplimiento de la pena alternativa lesiona la finalidad disuasoria general que persigue la ejecución de la pena impuesta ¿Cuánto reproche merece esta lesión? Siguiendo a von Hirsch, al tratarse de una conducta que carece de víctima, esta lesión merece menos reproche de lo que correspondería a una conducta que atente contra el interés de una persona, y por tanto no alcanza el umbral de prisión.²⁷

En tercer y último lugar, el incumplimiento puede constituir delito. No hay que confundir esta apreciación con el hecho de que en un ordenamiento jurídico se considere el acto del incumplimiento como tipo penal autónomo, cuestión que sucede en España respecto de los trabajos en beneficio de la comunidad que se imponen como pena directa (y no sustituida) (delito de quebrantamiento del art. 468 del Código Penal [en adelante, CP]). Por el contrario,

²⁵ VON HIRSCH (1993), p. 63.

²⁶ CORCOY (1992), pp. 113-163.

²⁷ VON HIRSCH (1993), p. 64.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

se verificará este elemento, por ejemplo, si durante el cumplimiento de la pena alternativa (en una sesión de un programa formativo grupal por ejemplo) el penado golpea a otro, provocándole lesiones. En este último caso, para von Hirsch sólo se justificará la pena de prisión en el caso que el delito cometido sea merecedor de una pena privativa de libertad por sí mismo.²⁸

La conclusión a la que se llega desde el retribucionismo, es que el incumplimiento de una pena alternativa merece un reproche moderadamente mayor a la pena incumplida y debería invocarse por tanto escasamente la prisión como sanción por incumplimiento.²⁹ El reproche entonces podrá adoptar la forma de una simple amonestación o advertencia, o un mayor rigor en la ejecución de la pena alternativa (incrementando el plazo de ejecución, aumentando el control de la pena o agregando requisitos), o cambiando o sustituyendo la pena alternativa por otra de mayor intensidad.

3. La pena de apoyo desde una perspectiva utilitarista

Ya analizado el problema desde un punto de vista retributivo, es necesario preguntarse por la adecuación de la sanción de apoyo desde un punto de vista utilitarista. La pena de apoyo, como su nombre lo indica, opera como una norma de refuerzo que persigue el cumplimiento de la pena originaria. Así, la existencia de este tipo de consecuencias está estrechamente vinculada con la finalidad de prevención general de las penas.

Corcoy aporta una mirada amplia al cuestionarse el bien que se persigue cuando se quiere garantizar la efectividad de la pena.³⁰ Concluye que se encuentra estrechamente vinculado con la finalidad disuasoria de las penas (o de prevención general en lenguaje dogmático continental) que requiere no únicamente la realización de un proceso penal y de una condena pública, rápida y adecuada, sino además que dicha condena se ejecute. Señala Corcoy que desde su origen en la propuesta de prevención general de Jeremy Bentham, no es relevante solo la severidad y la celeridad del castigo para la efectiva intimidación, sino sobre todo la certeza de este: la conciencia de la probabilidad alta de que acaezca el castigo requiere lógicamente de la ejecución de la pena. En clave positiva, agrega Corcoy que “la protección efectiva de la conciencia social de la norma, exige que la norma penal tenga efectividad”. No basta la amenaza legal, ni la condena, sino también la ejecución efectiva para que la población se tome en serio las normas. Completa la autora con la idea de que la inejecución, por el contrario, afectaría esa conciencia social, provocando además un sentimiento de injusticia en relación con los otros supuestos en que sí surte efecto la amenaza penal.

En cuanto a la utilidad preventiva concreta (especial) de la sanción imponible, será relevante que esta constituya una amenaza suficiente para motivar el cumplimiento, pero al mismo tiempo, que no sea tan severa que transforme en improbable su aplicación.³¹ Esto último es válido para las penas alternativas en el sentido que, por ejemplo, si la consecuencia esperada de una violación técnica es la entrada en prisión por un periodo importante de tiempo, es

²⁸ VON HIRSCH (1993), pp. 63-64.

²⁹ VON HIRSCH *et.al.* (1989), pp. 609-610; VON HIRSCH (1993), p. 64.

³⁰ CORCOY (1992), pp. 124-127.

³¹ POSNER (2009) *passim*.

probable que, ante una infracción, el agente de ejecución omita su comunicación al juez e incluso que este último evite la calificación del incumplimiento salvo para los casos más graves para evitar una consecuencia tan extrema para una infracción técnica. Hay evidencias de que los sistemas de justicia penal europeos funcionan así en la práctica, evitando el recurso a la prisión pese a su previsión legislativa.³² Esta evidencia explicaría una cierta adaptación por parte de los sistemas de justicia para evitar consecuencias que se consideran desproporcionadas por exceso por parte de los agentes del sistema (pese a su provisión legal).

Será relevante asimismo la percepción del penado respecto de dicha amenaza, de manera que el derecho que detenta de conocer las consecuencias de un incumplimiento reviste además cierta utilidad preventiva. Esto quiere decir que la amenaza de la consecuencia ante el incumplimiento tendrá efecto preventivo únicamente en cuanto esta sea percibida por el penado, ello requiere que se le informe detalladamente de este extremo. Por lo demás, la tendencia de ejecución de los trabajos en beneficio de la comunidad de forma grupal,³³ así como la previsión de sesiones grupales en el contexto de un programa formativo en libertad vigilada,³⁴ invitan a tener un especial cuidado con la reacción ante una incidencia durante la ejecución, puesto que la gestión de esta será de alguna manera precedente para los demás penados.

Desde una perspectiva rehabilitadora, cobra especial relevancia la valoración de las circunstancias del incumplimiento y del penado. Será necesario elucidar la disposición del penado ante la ejecución, las dificultades personales y estructurales que esté enfrentando, y las circunstancias concretas en cualquier incidencia que se pretenda calificar como incumplimiento. Este punto es constantemente reforzado en los distintos instrumentos internacionales que existen en la materia,³⁵ Así, se favorece un modelo flexible, que reaccione con rigor sólo ante el rechazo voluntario del penado a cumplir la pena impuesta, evaluando las dificultades que puede enfrentar para cumplir y se desaconseja un modelo rígido de reacción ante un hecho concreto (número determinado de inasistencias por ejemplo), que pese a su facultad para dotar de mayor seriedad a las alternativas, por el contrario, puede llevar a un número excesivo de revocaciones, cuestión más preocupante cuando la pena de apoyo sea privativa de libertad.³⁶

Por último, el ideal rehabilitador defiende la existencia de instrumentos que permitan “premiar” o reconocer a quienes avanzan en el camino de la reinserción.³⁷ Así, tal y como existe la libertad condicional para la pena privativa de libertad, debieran existir instrumentos análogos con la capacidad de motivar al penado para la mejor ejecución de la pena.

³² BOONE et al. (2018) *passim*.

³³ BLAY (2010), pp. 62-81.

³⁴ LARRAURI (2010) *passim*.

³⁵ MORGENSTERN et al. (2018) *passim*.

³⁶ CID (1999), p. 137; GONZÁLEZ TASCÓN (2013), p. 350.

³⁷ Dependiendo de los requisitos, se discute si estos instrumentos sirven para comprometer al penado en su propia reinserción, o si más bien sirven para mantener el orden dentro del recinto penitenciario. Así, por ejemplo, el buen comportamiento podría demostrar una buena adaptación al sistema penitenciario, que en nada ayuda a la preparación para la vida en el medio libre (e incluso puede perjudicarla).

4. Modelo chileno de respuesta ante el incumplimiento de las penas alternativas

4.1 Ejecución de las penas alternativas en Chile

En Chile, el catálogo de penas alternativas se encuentra definido y regulado en la Ley N° 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Como su título lo indica, se trata de penas que se imponen en sustitución de una pena privativa de libertad, y tienen por tanto naturaleza de penas. Morales y Salinero³⁸ reparan en la incoherencia del legislador al haber omitido incorporar este catálogo de penas en el artículo 21 del Código Penal chileno. Siguiendo a Von Hirsch, los autores profundizan en la naturaleza de pena de cada una de las penas sustitutivas, que conllevan un “padecimiento gravoso”,³⁹ manifestado en la afectación de derechos fundamentales del condenado e impactando en su estándar de vida. Puesto que la pena se impone en sustitución de otra, la respuesta obvia al incumplimiento podría ser la activación de la pena sustituida (pena de apoyo). Sin embargo, en Chile podremos encontrar presentes dos de los criterios revisados con anterioridad y que evitan que el recurso a la prisión sea una respuesta absoluta: esta posibilidad se reserva sólo para ciertos supuestos y la activación de la ejecución de la pena de prisión admite siempre descuentos que eviten la desproporcionalidad que implicaría la ejecución completa de la pena original.

En materia de ejecución penal en Chile, la doctrina es unánime al criticar la ausencia de una regulación legal de la etapa de ejecución penal penitenciaria,⁴⁰ la cual está fundamentalmente normada en disposiciones de jerarquía simplemente reglamentaria⁴¹ (principalmente el Decreto Supremo N° 518, del Ministerio de Justicia, de 21 de agosto de 1998, o Reglamento de Establecimientos Penitenciarios), con lo que se está en evidente infracción al principio de legalidad de la ejecución penal. Esta situación latamente criticada por la doctrina, la judicatura y las organizaciones de la sociedad civil, no se repite del mismo modo en materia de penas sustitutivas. Afortunada pero incoherentemente, la ejecución penal en materia de penas sustitutivas sí está regulada fundamentalmente en norma de rango legal. La Ley N°18.216 establece un catálogo de penas sustitutivas, los requisitos para su concesión, las reglas de conversión de la pena privativa de libertad a una sustitutiva, las normas que regulan el incumplimiento, e incluso crea el cuerpo de funcionarios encargado de la conducción de la libertad vigilada. Con todo esto, a mi parecer, se cumple con el principio de ejecución legal.⁴²

³⁸ MORALES y SALINERO (2020), p. 527.

³⁹ MORALES y SALINERO (2020), p. 527.

⁴⁰ HORVITZ (2018) p. 912; CASTRO MORALES (2019), pp. 89-120; KÜNSEMÜLLER (2005), pp. 113-123; VALENZUELA (2005).

⁴¹ En Chile el Tribunal Constitucional ha sostenido que “el principio de legalidad exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento” (Tribunal Constitucional, rol: 2983-16, de 13 de diciembre de 2016).

⁴² El Decreto 629 de 2013 modificó el Decreto N° 1.120 de 1983, Reglamento de la Ley N° 18.216, para la aplicación del nuevo sistema de penas sustitutivas nacido con las modificaciones de la Ley N° 20.603 y al mismo tiempo derogando algunas disposiciones del antiguo Reglamento que pretendían regular cuestiones de reserva legal.

Los elementos fundamentales de la ejecución de las penas sustitutivas en la Ley N°18.216 fueron introducidos por la Ley N° 20.603 que modifica la Ley N° 18.216, la cual introdujo cambios sustanciales al régimen de penas alternativas en Chile,⁴³ con el doble objeto de “cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal”.⁴⁴⁻⁴⁵

La regulación de las incidencias en la etapa de ejecución cuenta con elementos propios de los sistemas modernos de ejecución de penas en libertad, contemplando mecanismos para un seguimiento o control judicial de la pena mediante la incorporación de diversas obligaciones a los organismos de ejecución de informar al tribunal acerca del curso de la pena,⁴⁶ la existencia de audiencias de seguimiento,⁴⁷ la posibilidad de reemplazar la pena sustitutiva por una menos severa en casos de cumplimiento satisfactorio,⁴⁸ y un procedimiento progresivo de reacción en casos de incumplimiento.⁴⁹ No obstante lo anterior, diversas limitaciones han generado que el sistema no funcione en la práctica de la manera en que fue diseñado legalmente. Se pueden destacar hallazgos en la investigación de Morales y Salinero referidos a la no realización de las audiencias de seguimiento previstas en la ley y a la escasísima aplicación del reemplazo en favor del penado, mientras que la respuesta progresiva ante los incumplimientos parece ser el elemento con mejor rendimiento,⁵⁰ por su parte, entre las posibles razones de estos y otros hallazgos se encuentra la sobrecarga de los tribunales, el desconocimiento de los mismos respecto de la concreta implementación de las penas y la falta de especialización de los jueces en estas materias. Por todo ello no es de extrañar que la segunda propuesta más frecuente en materia de ejecución penal en Chile sea la creación de tribunales de ejecución (la primera es la dictación de una ley de ejecución penal).

El título IV de la Ley N° 18.216 está dedicado al incumplimiento y al quebrantamiento. Este título completo fue introducido por la Ley N° 20.603, cuyo mensaje clarificó que las normas referidas al incumplimiento tenían como objeto “subsana las actuales deficiencias que

⁴³ Un análisis pormenorizado de las modificaciones legislativas y su posible impacto en el modelo chileno se puede encontrar en HERNÁNDEZ CÁCERES (2016), pp. 229-277. La autora repasa en las nuevas reglas que amplían y que restringen la aplicación de las penas alternativas, y se atreve a aventurar una posible disminución de su uso. No obstante las cifras parecen haberla contradicho, sus reflexiones siguen siendo relevantes y pertinentes.

⁴⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008).

⁴⁵ En extenso sobre la política criminal que inspira la Ley N° 20.603 ver MORALES y SALINERO (2020).

⁴⁶ Los arts. 12 bis, 13 bis, 15 N°2, 16 i4, 17 a, 17 bis inciso final, 23 y 23 bis contemplan diversas informaciones que deben emitirse al tribunal no vinculadas a un posible incumplimiento.

⁴⁷ Estas pueden ser solicitadas por el penado, convocadas por iniciativa del tribunal, o ser de obligatoria ocurrencia en determinado periodo de tiempo de aplicación de la pena. Cabe señalar que estas audiencias existían en la jurisdicción chilena con anterioridad a la praxis judicial, con ocasión de las audiencias realizadas en los tribunales participantes de programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas, al respecto, ver MORALES PEILLARD y SALINERO (2020b), p. 326.

⁴⁸ El art. 32 dispone que una vez cumplida la mitad del período de observación de la pena sustitutiva respectiva, y previo informe favorable de Gendarmería de Chile, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá reemplazar la pena por una menos gravosa. El mismo artículo establece cuáles penas admiten reemplazo y por cuáles se pueden reemplazar.

⁴⁹ Ver más abajo, en el apartado 4.2.

⁵⁰ MORALES y SALINERO (2020b), pp. 333-335.

presenta el control del cumplimiento efectivo de las medidas alternativas”⁵¹, estableciendo un “nuevo procedimiento, que contempla normas más estrictas en el caso de incumplimiento y quebrantamiento de las mismas”⁵². Así, se daba cuenta de una cierta desconfianza en el sistema de medidas alternativas, el cual se reformaría para que las personas condenadas sometidas a las mismas, estuvieran sujetas a un control asimilable a la pena privativa de libertad,⁵³ para lo cual no solo se reguló en mayor profundidad el incumplimiento, sino que también se derogó el antiguo artículo 28, que ordenaba tener por cumplida la pena alterativa si una vez transcurrido el plazo de observación, esta no hubiera sido revocada, y se incorporó el monitoreo telemático para controlar la ejecución de algunas penas sustitutivas. En esta nueva regulación, se denomina incumplimiento a la infracción de las condiciones de la pena, mientras que el legislador reserva el concepto de quebrantamiento para la hipótesis de comisión de un nuevo crimen o simple delito durante la ejecución de la pena.

El legislador considera tres grandes supuestos en cuanto a las incidencias en la ejecución de la pena: cuando las cosas van bien, cuando las cosas van mal y cuando se comete un nuevo delito por parte del penado. Así, en primer lugar, se contempla la posibilidad de mejorar la situación del penado que cumple de buena manera con su pena, aliviando la carga a la que estaba sujeto. En segundo lugar, se regula con detención el incumplimiento de las condiciones de la pena, determinando las consecuencias de este según su intensidad, de manera que podrá generar como resultado un mayor rigor en la ejecución de la pena o directamente una revocación de la misma con la consiguiente ejecución de la pena privativa de libertad que se estaba sustituyendo. En tercer lugar, se prevé la revocación de la pena sustitutiva cuando durante el cumplimiento, el penado cometa un nuevo crimen o simple delito y sea condenado por sentencia firme, a lo cual denomina “quebrantamiento”. En estos últimos dos casos, el legislador dispuso reglas de conversión para calcular el tiempo que corresponda cumplir al penado privado de libertad luego de la revocación.

4.2. Incumplimientos injustificados

La regulación contenida en el artículo 25 de la Ley N°18.216 establece un sistema de reacción proporcional o progresiva ante distintos supuestos de incumplimiento. Así, el juez podrá considerar que el incumplimiento se encuentra justificado, ante lo cual no cabe reacción alguna, podrá intensificar las medidas de control de la pena sin modificarla, podrá modificar la pena por una más gravosa, o podrá revocar la pena sustitutiva, recurriendo a la pena de apoyo cual es la activación de la pena privativa de libertad aplicando los descuentos correspondientes. El legislador dispone una obligación para el juez de responder ante el incumplimiento injustificado, al utilizar la fórmula “el juez deberá”.

⁵¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008).

⁵² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008).

⁵³ Un objetivo fundamental de esta reforma, expresado en el mismo Mensaje, era conseguir que “al inyectar mayores y mejores formas de control de la ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo”, se estimara “que aquel sector de la sociedad que ha sido objeto de una medida alternativa, cumpla efectiva y satisfactoriamente la sanción impuesta, haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo”.

Para determinar la respuesta que merece el incumplimiento, se establecen dos criterios que sirven para valorar la incidencia: uno de gravedad y otro de reiteración, disponiéndose adicionalmente que deberán tenerse en cuenta las circunstancias del caso.

Los incumplimientos deben ser injustificados. La justificación deberá considerarse de acuerdo con las circunstancias en que se incumplió la pena y con las circunstancias propias la persona, teniendo especialmente en cuenta las dificultades personales o estructurales que enfrente para cumplir con las obligaciones de su pena de acuerdo con la finalidad de reinserción de las penas sustitutivas.⁵⁴

“Artículo 25.- Para determinar las consecuencias que se impondrán en caso de incumplimiento del régimen de ejecución de las penas sustitutivas de que trata esta ley, se observarán las siguientes reglas:

1.- Tratándose de un incumplimiento grave o reiterado de las condiciones impuestas y atendidas las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.

2.- Tratándose de otros incumplimientos injustificados, el tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena.”

En el número uno se dispone un dúo de consecuencias más severas para los incumplimientos más importantes. La consecuencia de reemplazo por otra pena sustitutiva de mayor intensidad, implica la existencia de un orden de intensidad o severidad de las penas sustitutivas. Este orden no se establece expresamente en la ley, y, de hecho, con la reforma operada por la Ley N°20.603, al intentar mantener el articulado anterior de la Ley N°18.216, se generó que las penas se encuentren reguladas sin atender al orden de severidad de las mismas.⁵⁵ Ante esta situación se abren cuanto menos dos vías de solución. La primera vía implica afirmar que este orden de intensidad que el legislador sugiere en el artículo 25 efectivamente existe y es el previsto en el artículo primero de la ley, que dispone la siguiente prelación: remisión condicional; reclusión parcial; libertad vigilada; libertad vigilada intensiva; y prestación de servicios en beneficio de la comunidad. La pena sustitutiva de

⁵⁴ En este sentido se pronuncia la Corte de Apelaciones de Concepción respecto de las inasistencias de un penado: “considerando los fines de resocialización que persigue la presente ley, esta Corte estima que en la decisión sobre la procedencia o no de esta pena sustitutiva se han de tener presente los antecedentes alegados y aquellos allegados por la defensa del sentenciado, en especial la particular situación de discapacidad de Echeverría Aravena, quien ha cumplido parte de la pena sustitutiva, con los cuales se entienden justificadas las inasistencias del mismo a la pena sustitutiva de reclusión parcial nocturna” en Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 823-2019, de 11 de octubre de 2019.

⁵⁵ Ver la crítica en este sentido de Jorge Bofill, en la historia de la Ley N°20.603, p. 230: “una decisión técnica que se tomó desde un principio consistió en introducir las nuevas modificaciones aprovechando la numeración actual del articulado de la Ley N° 18.216. Explicó que con ello no se logró incorporar en la ley las nuevas medidas en el orden de su magnitud o gravedad, lo que por sí mismo es un defecto sistemático, que podría generar algún problema de interpretación”.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

expulsión para extranjeros tiene un régimen diverso y opera en paralelo a las demás, su intensidad mayor o menor a las demás sustitutivas dependerá del caso en concreto.⁵⁶

Podemos añadir para defender dicho orden, que aparentemente se ordenan de menor a mayor intensidad de intervención y/o control,⁵⁷ comenzando por la pena de remisión condicional, y terminando en la pena de servicios en beneficio de la comunidad; además, coherentemente, las penas están ordenadas progresivamente en relación con la entidad de requisitos de mayor a menor entidad de los mismos; por último, la prelación de severidad de las penas se encuentra presente en la cláusula de subsidiariedad de la pena de servicios en beneficio de la comunidad, que dispone que “procederá por una sola vez y únicamente para el caso en que los antecedentes penales anteriores del condenado hicieren improcedente la aplicación de las demás penas sustitutivas establecidas en la presente ley”. Morales y Salinero se muestran críticos ante esta opción legislativa, estimando que la pena que debiera ocupar este lugar de cierre o de última chance para evitar el encarcelamiento es la de libertad vigilada intensiva.⁵⁸

La segunda vía de solución consiste en aceptar este orden de manera general, pero admitiendo la posibilidad de que en casos concretos pueda alterarse dicho orden atendiendo a las circunstancias del caso. Ello es así debido a la falta de solución expresa en la ley, y debido a la diversidad de formas de afectación en la vida de los penados presente en las distintas penas sustitutivas, lo que dificulta realizar afirmaciones absolutas respecto a la intensidad de cada una en abstracto. Sin duda este punto requiere de un estudio en profundidad de cada una de las penas sustitutivas, lo que excede el objeto del presente trabajo.

En cuanto a las consecuencias previstas en el artículo 25 transcrito, el dúo de consecuencias más gravosas (revocación o reemplazo por pena de mayor intensidad) corresponde a casos de incumplimientos graves o reiterados de las condiciones de la pena, de manera que la “o” es una conjunción coordinante que, siguiendo al diccionario panhispánico de dudas, estaría planteando una disyunción que expresa simultáneamente alternativa y adición. Así, a los incumplimientos solamente graves (no reiterados), a los solamente reiterados (no graves), y a los graves y reiterados, corresponde la revocación o el reemplazo por una pena sustitutiva más onerosa.⁵⁹

Ante el incumplimiento justificado, no hay reacción penal posible (a mi juicio no estaríamos ante un incumplimiento propiamente tal).⁶⁰ Ante el incumplimiento ocasional (no reiterado) y leve: deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena. Ante el incumplimiento ocasional grave el juez deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad. Ante el incumplimiento reiterado leve el juez deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad. Ante el incumplimiento reiterado

⁵⁶ SALINERO y MORALES PEILLARD (2019) p. 30.

⁵⁷ Desarrollan la específica afectación al estándar de vida de los penados de cada pena sustitutiva MORALES y SALINERO (2020).

⁵⁸ SALINERO y MORALES (2019), p. 29.

⁵⁹ La “o” entre ambas consecuencias en cambio sí expresa una disyunción únicamente alternativa.

⁶⁰ Como se argumentó más arriba.

grave el juez deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.

Cuadro N°1: Incumplimientos injustificados y su consecuencia de acuerdo con el artículo 25 (elaboración propia)

		Gravedad	
		Leve	Grave
Reiteración	Ocasional	Intensificación de las condiciones sin modificar la pena	Revocación o reemplazo por pena de mayor intensidad
	Reiterado	Revocación o reemplazo por pena de mayor intensidad	Revocación o reemplazo por pena de mayor intensidad

Sin embargo, la práctica judicial parece haberse desarrollado exigiendo copulativamente la presencia de ambos criterios (gravedad y reiteración) para aplicar las consecuencias más gravosas previstas por el legislador, aplicándose la consecuencia de intensificación del control, sin modificar la pena, para el caso de incumplimientos injustificados reiterados. Así, la Corte de Apelaciones de Talca sostuvo que la revocación se prevé para “cuando se esté en presencia de incumplimientos graves y reiterados” para mantener una remisión condicional pese a incumplimientos reiterados.⁶¹ Por su parte, en este estudio, no se ha encontrado ninguna sentencia en que se revoque o reemplace la pena ante un solo incumplimiento grave. Esto es coherente con lo explicado más arriba (apartado 3), en el sentido de que desde un punto de vista preventivo, una consecuencia muy severa ante una infracción puede ser indicativa de la improbabilidad de su aplicación, debido a la adaptación de los propios agentes del sistema penal (es previsible además que en sede administrativa, supervisores del cumplimiento de la pena sustitutiva eviten informar sobre incumplimientos considerados leves, cuando tienen la expectativa de lograr la adherencia del penado al programa). Otra

⁶¹ En sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca se sostiene respecto de la revocación, que “el artículo 25 de la ley 18216, permite adoptar tales decisiones, cuando se esté en presencia de incumplimientos graves y reiterados como lo alegó el Ministerio Público; o, en su caso, de la intensificación en el cumplimiento de las penas sustitutivas”. La Corte mantuvo vigente la remisión condicional, imponiendo al penado la obligación de someterse a un tratamiento de deshabitación de drogas como una condición de control más intenso. Para ello tuvo en cuenta que si bien el condenado había incurrido en incumplimientos reiterados de la pena sustitutiva, en atención a sus condiciones personales y sociales, en especial, la existencia de una adicción problemática de alcohol y drogas, el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad lo exponía innecesariamente a contacto criminógeno, transformándose en un despropósito para los fines de reinserción social de la Ley N°18.216 (Corte de Apelaciones de Talca, rol: 50-2016, de 22 de febrero de 2016). Otra sentencia interesante en este sentido fue pronunciada por la Corte de Apelaciones de Concepción, en que el penado había incumplido de manera reiterada su obligación de sujeción a la observancia del delegado, por las inasistencias a las entrevistas con el delegado. Para la Corte fue determinante que el penado cumplió con sus demás obligaciones (tener empleo, mantener domicilio y participar de un programa laboral), manifestó su voluntad de cumplir y asistió a las audiencias en la Corte sin necesidad adoptar medidas compulsivas. Finalmente la Corte mantuvo la pena sustitutiva, considerando las ausencias justificadas (Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 329-2016, de 13 de mayo de 2016).

situación de adaptación ocurre cuando un incumplimiento injustificado que se considera ni grave ni reiterado se ordena que se continúe cumpliendo la pena sin intensificarla.⁶²

En cuanto a la gravedad del incumplimiento, la jurisprudencia ha afirmado que, por ejemplo, un incumplimiento es grave por su reiteración,⁶³ o que la no comparecencia a cumplir la pena una vez que ya había iniciado no es un incumplimiento grave por tratarse del primero.⁶⁴ En estos casos se está utilizando el criterio de ocasionalidad o reiteración del incumplimiento para definir el criterio de gravedad.

A mi parecer, a partir de lo desarrollado en los títulos 2 y 3 de este trabajo, para considerar que un incumplimiento de las condiciones de la pena es grave, será necesario tener en cuenta dos cuestiones: la importancia del incumplimiento —criterio de merecimiento—(definida por la relevancia de la condición incumplida y por la relevancia de la transgresión) y la disposición del penado —criterio preventivo—. En el primer sentido, para considerar que se trata de un incumplimiento importante, será necesario que se trate del incumplimiento de alguna de las condiciones fundamentales de la pena, de manera que la inasistencia a una reunión con el delegado, por ejemplo, no debiera considerarse como vulneración de una condición fundamental, este tipo de incumplimientos se han denominado en el mundo anglosajón como “violaciones técnicas”, y se les ha identificado para manifestar la inconveniencia de las revocaciones ante las mismas.⁶⁵ Además, será necesario que la intensidad de ese incumplimiento sea significativa, descartando como grave, por ejemplo, la transgresión de llegar tarde al cumplimiento de la pena, o una inasistencia ocasional. La diferenciación entre la calidad de la obligación transgredida y la intensidad de la transgresión será relevante especialmente en las penas sustitutivas que contemplan una diversidad de obligaciones. Así, por ejemplo, en el contexto de una pena de libertad vigilada en que se impone como obligaciones la asistencia a entrevistas quincenales con el delegado, la participación en un programa para agresores por violencia contra la pareja y la prohibición de acercamiento a la víctima, podrían considerarse incumplimientos no graves: la inasistencia a la reunión con el delegado (por no tratarse de una obligación fundamental), el encuentro con la víctima con la voluntad de esta (por tratarse de una obligación fundamental, pero en que la transgresión no es intensa), mientras que podrá considerarse un incumplimiento grave la transgresión de la prohibición de acercamiento sin que medie la voluntad de la víctima.

⁶² Por ejemplo: “nos encontramos frente a un incumplimiento de parte del recurrente que resulta ser el primero habiendo manifestado su intención de reingresar al beneficio como expuso su defensa. En suma, a juicio de estos sentenciadores, su conducta no reviste el carácter de grave pues se trata de la primera vez que incumple, lo cual tampoco resulta ser reiterado y a la luz de espíritu de las modificaciones introducidas a la ley 18.216 sobre gradualidad en el agravamiento de las penas sustitutivas para aquellos condenados refractarios al cumplimiento, es que se decidirá revocar la resolución recurrida, ordenando el reingreso del condenado al cumplimiento del beneficio de la reclusión nocturna que le fuera concedido en su oportunidad” (Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 619-2014, de 12 de mayo de 2014).

⁶³ Ver Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 30-2015, de 6 de febrero de 2015, que considera que “los reiterados quebrantamientos de la pena sustitutiva informados (...), precisamente por su reiteración, revisten el carácter de graves”.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 619-2014, de 12 de mayo de 2014.

⁶⁵ Un ejemplo de este criterio se encuentra en la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 329-2016, de 13 de mayo de 2016, en que se mantiene la pena sustitutiva a quien inasistió reiteradamente a las entrevistas con el delegado, pero que cumplió con las otras obligaciones de su libertad vigilada.

En el segundo sentido (criterio preventivo), el incumplimiento debe manifestar un rechazo por parte del penado a la ejecución de la pena. Pensemos que, por ejemplo, se puede no cumplir sin justificación alguna, o es posible que la justificación sea insuficiente para el tribunal. En estos últimos casos estaremos ante incumplimientos injustificados, pero no estaremos ante un incumplimiento grave.

Para resumir, será grave el incumplimiento de las condiciones de la pena si se dan conjuntamente los siguientes tres requisitos: cuando la condición vulnerada sea relevante, cuando la inobservancia sea significativa, y cuando esta sea expresión de un rechazo voluntario por parte del penado a la ejecución de la pena.

En cuanto a las circunstancias del incumplimiento, estas deben ser tenidas en cuenta por el juez por disposición legal del artículo 25 para decidir la consecuencia del incumplimiento. Serán circunstancias relevantes aquellas que, por ejemplo, manifiesten dificultades personales o estructurales para el cumplimiento de las condiciones de la pena.

Se requiere que se cite a audiencia para discutir la revocación y rendir prueba en caso de ser necesario. Si un tribunal procediera a revocar la pena sustitutiva sin realizar dicha citación, esa decisión puede revertirse mediante un recurso de apelación o de amparo.⁶⁶ En cuanto a la comparecencia del penado a la audiencia de revocación, se había sostenido que “se requiere la presencia de la imputada para determinar con exactitud si hubo o no quebrantamiento”,⁶⁷ por lo que ante su ausencia debiera citarse nueva audiencia u ordenar la detención de la condenada para asegurar su comparecencia a la audiencia de discusión del incumplimiento. Sin embargo, posteriormente, se ha sostenido que “en ninguna parte de la ley procesal se ha exigido que, para los efectos de discutir y resolver sobre la revocación de alguno de los beneficios contemplados en la Ley N° 18.216 sea esencial la presencia del sentenciado, como sí ocurre con los artículos 142 y 285 del Código Procesal Penal, por lo que bastaba la sola presencia de su defensor en la correspondiente audiencia”.⁶⁸

4.3. Incomparecencia inicial

Una cuestión muy problemática y no poco frecuente es la incomparecencia del penado para iniciar el programa ante la institución encargada de la implementación de la pena (Gendarmería de Chile), lo que impide dar inicio a la ejecución de la pena propiamente tal.

El condenado debe presentarse ante la institución encargada de la implementación de la pena en 5 días desde que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia. De acuerdo con el art. 24 inc. 2 de la Ley N° 18.216, una vez transcurrido ese plazo, si el condenado no se presentara a cumplir, con el mérito de la comunicación de Gendarmería de Chile sobre esta situación el juez podrá despachar inmediatamente una orden de detención. Esta disposición debe entenderse en el sentido de que se habilita al juez para ordenar la detención del penado con el objeto de realizar una audiencia para discutir dicha incomparecencia (podrá citar a esa

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 787-2020, de 27 de abril de 2020.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Valdivia, rol: 528-2010, de 6 de enero de 2011.

⁶⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, rol: 442-2014, de 5 de diciembre de 2014. En el mismo sentido la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, rol: 545-2016, de 30 de agosto de 2016.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

misma audiencia sin necesidad de despachar orden de detención). La detención, entonces, tiene el objeto de permitir las condiciones para iniciar la ejecución de la pena, escuchando del penado las razones de su incomparecencia, informándolo nuevamente acerca de las condiciones de cumplimiento y de las posibles consecuencias de una nueva incomparecencia. De ninguna manera se está permitiendo una revocación inicial de la pena sustitutiva.

Esta ausencia inicial es problemática, ya que impide la aplicación concreta de la pena, por lo que se ha planteado la necesidad de elucidar si ante una nueva incomparecencia inicial injustificada, sería posible revocar la pena sustitutiva por aplicación del artículo 25. Es decir, si podría considerarse la incomparecencia injustificada reiterada como aquellos incumplimientos que dan lugar a la revocación.

Hasta antes de la Ley N° 20.603, se consideraba por la jurisprudencia que no se podía revocar la pena sustitutiva de remisión condicional en estos casos ya que el incumplimiento regulado en ese entonces en el art. 6 de la Ley N°18.216, debía darse “durante el cumplimiento de la pena” el cual aún no había comenzado.⁶⁹ En el caso de la reclusión nocturna, esta situación no estaba regulada en la Ley N°18.216, mientras que el reglamento disponía en su artículo 12 que “se considerará quebrantamiento grave la circunstancia de no presentarse el condenado, al respectivo establecimiento, a cumplir la medida de reclusión nocturna”, lo cual servía a algunos tribunales para fundamentar en ello la revocación de la pena de reclusión nocturna,⁷⁰ pese a la afectación del principio de ejecución legal.

Con la actual redacción del artículo 25 que es aplicable a todas las penas sustitutivas, en mi opinión estas ausencias no permiten la revocación, ya que la disposición exige que se trate de un incumplimiento injustificado “de las condiciones impuestas” y si bien esa comparecencia inicial constituye una obligación para el condenado, no es precisamente una de las condiciones de su pena. Un argumento adicional es que la pena no ha comenzado a ejecutarse, y por tanto no se puede incumplir (ver más abajo respecto del quebrantamiento).⁷¹ Para entender mejor este razonamiento, podemos pensar en la no presentación para cumplir una pena privativa de libertad por parte de un penado al centro penitenciario correspondiente. En este caso el tribunal dictará una orden de detención con el objeto de que el condenado sea conducido al centro penitenciario y se inicie el cumplimiento de la pena, pero no se aplicarán las consecuencias previstas en el artículo 90 del código penal que regula el quebrantamiento de las penas.

En un sentido similar se ha pronunciado la Corte de Apelaciones de San Miguel, señalando ante las reiteradas faltas de presentación inicial del penado, que “se advierte que el imputado

⁶⁹ Ver: Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 392-2011, de 9 de septiembre de 2011. Misma solución que se ofrece hoy para el quebrantamiento por la comisión de un nuevo delito en la etapa previa a la presentación inicial del condenado como veremos más adelante.

⁷⁰ La redacción del art. 12 del Reglamento de la Ley N° 18.216 (previa a las modificaciones operadas por el Decreto 629 de 2013) disponía que “se considerará quebrantamiento grave la circunstancia de no presentarse el condenado al respectivo establecimiento a cumplir la medida de reclusión nocturna”. Aplicando esa disposición se pronuncia en el fallo de la Corte de Apelaciones de Talca, rol: 379-2014, de 22 de agosto de 2014.

⁷¹ En contra ARAYA AVILA (2017), p. 102, para quien el no inicio reiterado de la pena quedaría sin tratamiento legal.

no había iniciado el cumplimiento de la pena sustitutiva de remisión condicional con que se le benefició, a la fecha de la audiencia de 10 de febrero del año en curso, de manera que no es posible entender que se configura un incumplimiento grave a su respecto al tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 18.216 modificada por la Ley 20.603 correspondiendo, en consecuencia, disponer la mantención de la medida”-.⁷² Por su parte, la Corte Suprema, pronunciándose acerca del momento en que la comisión de un nuevo delito puede dar lugar al quebrantamiento, hizo referencia de igual manera a los incumplimientos injustificados, señalando que “mientras el condenado no haya iniciado efectivamente la pena sustitutiva, no se configura el incumplimiento de condiciones o, en su caso, un quebrantamiento”.⁷³ Así, para el máximo tribunal no se configura incumplimiento de las condiciones cuando el condenado no haya iniciado efectivamente la pena con su presentación “ante la autoridad de control de la pena sustitutiva”.

De la misma manera que no se puede revocar, no será posible modificar la pena sustitutiva para aumentar el control ejercido sobre el penado, ya que no estamos ante un incumplimiento de las condiciones de la pena. Esta situación manifiesta la tensión existente debido a la imposibilidad de la ejecución forzada de las penas que se cumplen en libertad. Una posible reacción ante esta falta de presentación inicial injustificada (sobre todo si es reiterada) es la aplicación del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil que dispone como medida de apremio el arresto de hasta por dos meses para el cumplimiento de ciertas resoluciones.⁷⁴

4.4. Comisión de un nuevo delito (quebrantamiento)

La revocación automática por comisión de un nuevo delito ha sido extensamente criticada por la literatura⁷⁵. Las principales razones son de corte preventivo: no siempre la comisión de un nuevo delito es indicativa de peligrosidad o de fracaso de la pena sustitutiva⁷⁶. A mi parecer, esto se ve reforzado con la investigación sobre el desistimiento delictivo, la cual es consistente al señalar que se trata de un proceso gradual en el que puede haber recaídas, las cuales no necesariamente implicarán un abandono del camino del desistimiento⁷⁷. Así, por ejemplo, la comisión de un delito de menor entidad por parte del penado durante el tiempo de ejecución de la pena sustitutiva, puede ser un obstáculo salvable en su camino de reinserción (cuando una persona que fue condenada por robo comete un hurto, ello no es necesariamente una mala noticia) y no debiera por tanto renunciarse a la posibilidad de cumplimiento en libertad en un caso como este.

⁷² En sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 320-2016, 23 de marzo de 2016.

⁷³ En fallo de la Corte Suprema Corte Suprema, rol: 15277-2018, de 9 de julio de 2018.

⁷⁴ Un análisis crítico de los apremios personales en el ordenamiento jurídico chileno se encuentra en FERNANDEZ CRUZ y BOUTAUD (2018), p. 380, quienes abogan por la abolición de esta figura y su reemplazo (para los casos más relevantes) por la tipificación de delitos especiales.

⁷⁵ LARRAURI (1996), p. 211. La autora considera esta consecuencia automática como “drástica”, y es partidaria de un sistema gradual por razones preventivo especiales.

⁷⁶ En efecto, en la legislación española tras una reforma de 2015, se revoca la suspensión por la comisión de un nuevo delito únicamente cuando el nuevo delito por el que ha sido condenado ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.

⁷⁷ BOTTOMS y SHAPLAND (2016), pp. 111-114.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

Sin embargo, en el artículo 27 de la Ley N° 18.216 se dispone que las penas sustitutivas siempre se considerarán quebrantadas por el solo ministerio de la ley y darán lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado cometiere nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme. Con esto se soluciona el debate previo existente, en lo referido a la exigencia de que el nuevo delito sea condenado por sentencia firme.⁷⁸

Una alternativa a este sistema automático de revocación existe en el sistema español, donde la crítica fue recogida en una reforma al CP en el año 2015. Se modificó la suspensión de la pena de manera que solo se revoca cuando el penado es condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y, además, ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida. Se admite de esta forma renunciar a la revocación de la suspensión por el delito cometido durante el periodo de prueba aplicando un criterio de peligrosidad. La intrincada regla “que la comisión del delito ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida” exige acudir a la propia ley a buscar cuál era la expectativa en que se fundó la decisión de suspender. El artículo 80 requiere para la concesión de la suspensión que “la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos”. Es esta la expectativa que no puede mantenerse más. Es decir, la comisión de un nuevo delito debe manifestar que es necesaria la ejecución de la pena para evitar nuevos delitos. Por lo tanto, no basta con afirmar que la expectativa fue defraudada, sino que además no puede sostenerse para el futuro. En este sentido puede resultar de interés el desarrollo de este criterio en el sistema alemán del que se “importó” la regla y que en general rechaza la revocación en casos de delitos imprudentes y de bagatela.⁷⁹ Otro de los criterios que puede servir para valorar este requisito es que el nuevo delito sea de la misma “clase” que el originario. “Si se trata de delitos de diferente naturaleza cometidos en contextos diferentes, puede entenderse que el fundamento de la suspensión sigue vigente”.⁸⁰ Así, si la condena originaria fue por un delito violento, una condena por delito vial difícilmente podría poner de manifiesto que es necesaria la prisión para evitar la comisión de nuevos delitos violentos.

En Chile, desde la publicación de la Ley N° 17.642 en 1972 que modificó la Ley N° 7.821 de 1944, extendiendo el ámbito de aplicación de la Remisión condicional (y hasta la publicación de la Ley N°18.216) se preveía la revocación por comisión de un nuevo delito en la etapa de observación cuando este fuera *de igual o mayor gravedad*. Si bien ello permitía discutir la revocación por la gravedad del nuevo delito, lo problemático de esta disposición es que se daba “cuando el beneficiado era declarado reo” y con ello “claramente se quebrantaba el principio de inocencia, puesto que era menester no la declaración de culpabilidad por una sentencia de término, sino la encargatoria de reo de aquel entonces o la mera formalización de la investigación de los tiempos actuales”.⁸¹

La Ley N° 18.216 dispone en su artículo 27 que “las penas sustitutivas reguladas en esta ley siempre se considerarán quebrantadas por el solo ministerio de la ley y darán lugar a su

⁷⁸ ORTIZ QUIROGA y ARÉVALO (2020), p. 162.

⁷⁹ ROIG (2014), p. 197.

⁸⁰ CANO (2015), p. 344.

⁸¹ SALINERO y MORALES PEILLARD (2019), p. 10.

revocación, si durante su cumplimiento el condenado cometiere nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme”. Si bien se expresa que se la pena se considerará quebrantada por el solo ministerio de la ley, de lo que deviene una supuesta automaticidad de la decisión, se exige que se cite a audiencia de conformidad con el artículo 28 CP, para discutir sobre la eventual revocación y permitir la rendición de prueba. En esta audiencia podrá discutirse por ejemplo el requisito temporal de la nueva condena (que el delito y la condena ocurran durante el periodo de cumplimiento), y la calidad del delito por el que el penado fue condenado (crimen o simple delito).

La exigencia de que el delito sea cometido durante el periodo de cumplimiento de la pena sustitutiva ha generado la necesidad de determinar cuándo se inicia dicho lapso. La jurisprudencia ha afirmado que antes de que el penado se haya presentado no se ha iniciado el periodo de cumplimiento,⁸² entendiendo de manera adicional, que el cumplimiento se inicia con dicha presentación. Existe jurisprudencia minoritaria que exige, además de la comparecencia inicial, que se haya elaborado y aprobado el plan de intervención individual.⁸³

4.5 Revocación y cuestiones de conversión

Para el grupo de casos en que efectivamente se revoque la pena sustitutiva, ya sea por un incumplimiento grave y reiterado de las condiciones de la pena o por la comisión y condena firme del penado por un nuevo crimen o simple delito durante el cumplimiento de la pena, estaremos ante la caída de la espada de Damocles, o la activación de la pena de apoyo.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N° 18.216, se someterá al penado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas. Mapelli⁸⁴ denominó a esta regla en el ordenamiento español “cláusula de retorno” expresando que la norma nos indica de qué manera regresar a la pena original.

La razón para justificar esta cláusula de retorno está en la naturaleza de pena de las penas sustitutivas, que se manifiesta en la afectación de los derechos de los sometidos a ellas.⁸⁵ Solo con la existencia de una cláusula de retorno se otorga el merecido reconocimiento de la afectación de los derechos del penado durante el tiempo de efectiva ejecución de la pena sustitutiva. En mi opinión, esta regla debe existir no solamente cuando estemos ante instituciones con categoría de pena, sino también cuando estemos ante suspensiones de la pena (desaparecidas en el ordenamiento chileno, salvo para el régimen de faltas), ya que materialmente en la actualidad se ejecutan de manera similar, afectando los derechos de los sometidos a ellas, lo cual debiera reconocerse en caso de que la suspensión les fuera revocada.

⁸² Corte Suprema, rol: 44091-2020, de 5 de mayo de 2020 Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 774-2019, de 11 de octubre de 2019, Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 825-2019, de 11 de octubre de 2019.

⁸³ Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 2577-2019, 9 de octubre de 2019. Y el voto de minoría en sentencia de la Corte Suprema, rol: 44091-2020, de 5 de mayo de 2020.

⁸⁴ MAPELLI (1996), p. 151.

⁸⁵ MORALES y SALINERO (2020), pp. 527-530.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

Hasta antes de la reforma, solo la reclusión nocturna permitía considerar el tiempo cumplido para abonarlo al periodo que el condenado pasaría a cumplir privado de libertad luego de la revocación, lo cual no ocurría con la remisión condicional, ni con la libertad vigilada. Ello servía, además, para sostener la diferente naturaleza que se atribuía a una (forma de ejecución de la pena privativa de libertad) y otras (suspensión de la pena privativa de libertad).⁸⁶

La forma de abonar el tiempo cumplido será calculando de manera proporcional lo que se alcanzó a cumplir y lo que falta (en el caso de la remisión condicional, de la libertad vigilada y de la libertad vigilada intensiva, por ejemplo). En el caso de la reclusión parcial, se computarán ocho horas continuas de reclusión por cada día de privación o restricción de libertad (que fue la regla que se utilizó para convertir la privación de libertad en pena alternativa). La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad tiene una regla especial de conversión en caso de revocación, abonándose un día de privación de libertad por cada ocho horas efectivamente trabajadas. Esta regla es perjudicial en relación con la aplicada a las demás penas sustitutivas si tenemos en cuenta que cuando se impone la pena de prestación de servicios, se consideran cuarenta horas de trabajo por cada treinta días y nada parece justificar la creación de una regla distinta a la cláusula de retorno general.

Conclusiones

Las penas que no son de prisión requieren de una “pena de apoyo” —*back up sanction*— para cuando hay incumplimiento que puede consistir en una adición moderada en la pena inicialmente impuesta, la sustitución o cambio por otra pena que permita ser ejecutada de forma forzosa e incluso la configuración de un delito de quebrantamiento con su propia pena independiente.

La respuesta de prisión ante el incumplimiento de una pena sustitutiva es problemática y debe ser sopesada desde los fines de las penas. Pese a lo que podríamos imaginar, la conclusión a la que se llega desde el retribucionismo, es que el incumplimiento de una pena alternativa merece un reproche moderadamente mayor a la pena incumplida y debería invocarse por tanto escasamente la prisión como sanción por incumplimiento⁸⁷. En clave de prevención general, se requiere que exista una consecuencia ante el incumplimiento para disuadir tales conductas (o más bien para que la impunidad motive la pasividad ante la ejecución de la propia pena), pero se recurrirá a la ejecución de una pena privativa de libertad en situaciones calificadas por su gravedad, ya que la previsión de una respuesta excesiva puede ser señal de la improbabilidad de su realización. Por su parte, la mirada rehabilitadora invita a tener especialmente en cuenta las circunstancias y dificultades personales y estructurales del penado y a premiar los cumplimientos exitosos.

En cuanto al caso de Chile, en que las penas alternativas existen en la sustitución de una pena privativa de libertad, hay quien podría cuestionar una defensa tan intensa a la evitación de la ejecución de la pena privativa de libertad porque si es que ya habíamos impuesto una pena de prisión que fue reemplazada por otra, resultaría lógico que ante el incumplimiento de la

⁸⁶ MORALES y SALINERO (2020), pp. 517-519.

⁸⁷ En realidad, las propuestas del retribucionismo moderno son generalmente moderadas, sin embargo en su nombre se han justificado tendencias punitivas expansivas.

última recurriéramos por regla general a la pena sustituida. Entre los argumentos que defienden la lógica de la revocación se destaca el que si un penado desaprovecha la segunda oportunidad que ha obtenido, entonces corresponde realizar la amenaza de la pena privativa de libertad (pena de apoyo). Otro argumento es que, si la sustitución se hizo valorando a un sujeto de bajo riesgo y con la expectativa de que se sujetaría a ciertas condiciones, la infracción de estas manifiesta la defraudación de esas expectativas y por tanto corresponde la ejecución de una pena de prisión. Pese a la aparente lógica del modelo de sustitución-incumplimiento-revocación, hay que decir que en este caso el penado entrará en prisión no por la comisión de un delito sino por el incumplimiento de ciertos deberes y a veces sin siquiera afectar intereses de terceros (lo que se denomina violación técnica). Es entonces cuando se responde: el sujeto no entra en prisión por la violación técnica, entra en prisión por la comisión del delito original. Si bien la afirmación es cierta desde un punto de vista formal, el otorgamiento de la pena sustitutiva es demostrativo de que la no ejecución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta es compatible con los principios de proporcionalidad y prevención. El legislador hizo esta valoración cuando dejó este caso entre los que están en el ámbito de aplicación de la Ley N°18.216 y el juez consideró que para la conducta era adecuada la pena sustitutiva, por lo tanto, lo que justifica el ingreso a prisión para la ejecución completa de la pena original no es el primer delito, sino que es el incumplimiento de las condiciones bajo la excusa del delito primario.

El incumplimiento de las condiciones de la pena merece una respuesta, como se ha señalado en la primera parte de este artículo: la necesidad de una pena de apoyo que proteja la eficacia del efecto disuasorio de las penas y la credibilidad de estas es válida para toda pena alternativa. Pero, a mi juicio no es evidente que dicha pena de apoyo tenga que consistir en la ejecución de la pena de prisión por el solo hecho de existir en el contexto de una sustitución.

¿Corresponde la revocación de la sustitución a la censura que merece la conducta de incumplimiento? Probablemente la respuesta sea “depende”, pero en cualquier caso es necesario recordar los principios explicados al principio de este artículo para medir el reproche del incumplimiento de la pena alternativa. El incumplimiento de la pena implica que el penado está en deuda y por lo tanto tiene que terminar de cumplir de una forma equivalente. El segundo elemento responde al reproche de rechazar el cumplimiento de una resolución judicial (y defraudar la segunda oportunidad recibida) y por último hay que añadir al reproche si, al incumplir, el penado además comete un delito. El último elemento se debe obviar, ya que en el sistema chileno el nuevo delito se castigaría con una pena autónoma, por lo que integrar la comisión del delito en el desvalor del incumplimiento atentaría contra el principio de *non bis in ídem*. Los dos primeros elementos invitan al cumplimiento equivalente de la sustitución más la adición de una sanción leve por el reproche que conlleva defraudar la oportunidad recibida, lo que sugiere aplicar la regla de gradualidad en la reacción ante el incumplimiento, intensificando la pena sustitutiva o reemplazándola por una más onerosa. Es difícil justificar que esa pena de apoyo corresponda a la pena de prisión inicialmente impuesta y por ello se recurrirá a ella únicamente ante incumplimientos especialmente graves y reiterados.

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

Como se argumentó con anterioridad, será grave el incumplimiento de las condiciones de la pena si se dan conjuntamente los siguientes tres requisitos: cuando la condición vulnerada sea relevante, cuando la inobservancia sea significativa, y cuando esta sea expresión de un rechazo voluntario por parte del penado a la ejecución de la pena.

Las dos cuestiones más relevantes en materia de *lege ferenda* en el ordenamiento chileno corresponden al desaconsejable automatismo en la revocación por nuevo delito y la desproporcionalidad en la cláusula de retorno aplicable a la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. La revocación por nuevo delito y condena firme durante el cumplimiento de la pena debiera reemplazarse por un sistema que permita valorar la gravedad del nuevo delito, ya sea con una fórmula simple como la vigente en Chile antes de la dictación de la Ley N° 18.216 (nuevo delito igual o más grave), o con una fórmula más compleja como la española. En todo caso, manteniendo el requisito temporal de la comisión y condena por sentencia firme del nuevo delito. En aquellos supuestos de comisión de nuevo delito que no genere revocación, usando el criterio de gradualidad para las respuestas ante el incumplimiento, podría permitirse legislativamente la posibilidad de que se incremente el control de la pena o la intensidad reemplazando por una pena sustitutiva más onerosa.

Bibliografía

- ARAYA AVILA, Luis (2017): Régimen de penas sustitutivas: revisión a la Ley N° 18.216, Ley N° 20.587 y Decreto Ley N° 321 (Santiago, ediciones Der).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012): Historia de la Ley N° 20.603. Modifica la Ley N° 18.216, que establece Medidas Alternativas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela-ley/nc/historia-de-la-ley/4505/> [visitado el 12/06/2022].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2008): Mensaje de la Ley N° 20.603. Mensaje de S.E. la presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de Ley tendiente a modificar la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad (31 de marzo de 2008. Sesión 21. Legislatura 356).
- BLAY, Ester (2010): “It Could Be Us: Recent Transformations in the Use of Community Service as a Punishment in Spain”, en: *European Journal of Probation* (N°2, vol. 1), pp. 62-81.
- BONTA, James; ANDREWS, Donald A (2007): “Risk-need-responsivity model for offender assessment and rehabilitation”, en: *Rehabilitation* (vol. 6, N° 1), pp. 1-22.
- BOONE, Miranda; MAGUIRE, Niamh; MCIVOR, Gill (2018): *The Enforcement of Offender Supervision in Europe* (Oxon - New York, Routledge).
- BOTTOMS, Anthony; SHAPLAND, Joanna (2016): “Learning to desist in early adulthood”, en: SHAPLAND, Joanna; FARRALL, Stephen; BOTTOMS, Anthony, *Global perspectives on desistance* (Oxon, Routledge), p. 99-125.
- CACHÓN, Manuel; CID, José (1997), “La pena de días-multa como alternativa a la prisión”, en: CID, José; LARRAURI, Elena (eds.): *Penas alternativas a la prisión* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).
- CANO, Adoración (2015): “Suspensión de ejecución de la pena condicionada al cumplimiento de prohibiciones y deberes. Especial consideración de la expulsión de los extranjeros. La sustitución de la pena de prisión por la expulsión (arts. 83, 84, 85, 86, 87, 308 bis y 89).”, en: GONZÁLEZ CUSSAC, José; MATALLÍN, Ángela; GÓRRIZ, Elena, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- CANTON, Robert (2013): “The point of probation: On effectiveness, human rights and the virtues of obliquity”, en: *Criminology and Criminal Justice* (N° 13 vol.º 5), pp. 577-593.
- CASTRO MORALES, Álvaro (2019): “Ley de ejecución de sanciones privativas de libertad y mecanismos de protección de derechos de los privados de libertad en Chile: ¿bajo la maldición de Sísifo?”, en: CONTESSE, Javier; CONTRERAS, Lautaro (coords.), *La insostenible situación de las cárceles en Chile: debate sobre la prisión y los derechos humanos* (Santiago, Ed. Jurídica de Chile), pp. 89-120.
- CICERO, Marcus Tullius (1877): *Cicero’s Tusculan Disputations, On the Nature of the Gods, On the Commonwealth* (Trad. C. D. Yonge, New York, Harper & Brothers). Disponible en: <https://www.gutenberg.org/files/14988/14988-h/14988-h.htm> [visitado el 11 (06/2022)].
- CID, José; LARRAURI, Elena (1997): *Penas alternativas a la prisión* (Barcelona, Editorial Bosch).

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

- CID, José (1999): “El sistema de penas desde una perspectiva reduccionista”, en: LARRAURI, Elena (ed.), *Política Criminal* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial).
- CORCOY, Mirentxu (1992): “El quebrantamiento de condena. Una propuesta legislativa: la frustración de la pena”, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* (Nº45, vol. 1), pp. 113-163.
- CULLEN, Francis, y GILBERT, Karen (2009 [1982]): “Reaffirming Rehabilitation”, en: VON HIRSCH, Andrew, ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3a ed. (Oxford and Portland, Oregon: Hart).
- DE LA CUESTA, José Luis (2002): “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal español de 1995”, en: ECHANO, Juan Ignacio (ed.), *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón* (Bilbao, Universidad de Deusto), pp. 125-152.
- DURNESCU, Ioan (2011): “Las penalidades de la probation”, en: LARRAURI, Elena y BLAY, E., *Penas comunitarias en Europa* (Madrid, Editorial Trotta), pp. 98-118.
- FERNANDEZ CRUZ, José Ángel; BOUTAUD, Emilio José (2018): “Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales”, en: *Polít. crim.* (Vol. 13, Nº 25), pp. 350-386.
- GONZÁLEZ TASCÓN, María (2013): *Estudio teórico y práctico de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad* (Madrid, Ministerio del Interior - Secretaría General Técnica).
- HERNÁNDEZ CÁCERES, María Inés (2016): “Particularidades y contradicciones en la nueva Ley 20.603: más penas en el medio libre y menos posibilidades para optar a ellas”, en: *Revista Nova Criminis* (vol. 7, Nº11), pp. 229-277.
- HORVITZ, María Inés (2018): “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en: *Polít. crim.* (Vol. 13, Nº 26), pp. 904-951.
- KLINGELE, Cecelia (2013): “Rethinking the Use of Community Supervision”, en: *Journal of Criminal Law & Criminology*, (Nº103, vol. 4), p. 1015-1069.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos (2005): “La judicialización de la ejecución penal”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Nº XXVI), pp. 113-123.
- LARRAURI, Elena (1996): “Suspensión y sustitución de la pena en el nuevo Código Penal”, en: *Estudios Penales y Criminológicos* (vol. XIX), pp. 205-218.
- LARRAURI, Elena (1998): “Relación entre el índice de delitos, población reclusa y penas alternativas a la prisión: algunas hipótesis”, en: RECHEA, Cristina (ed.), *La criminología aplicada II* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial), pp. 79-98.
- LARRAURI, Elena (2010): “Los programas formativos como medida penal alternativa en los casos de violencia de género ocasional”, en: *Revista Española de Investigación Criminológica* (Nº 8).
- LUND SHAMMAS, Victor (2014): “The pains of freedom: Assessing the ambiguity of Scandinavian penal exceptionalism on Norway’s Prison Island”, en: *Punishment & Society* (Vol. 1), pp. 104-123.

- MAPELLI, Borja (1996): “Los sustitutivos penales en el proyecto de Código Penal de 1994”, en: *Derecho Penal y Criminología* (N° 57/58), pp. 137-160.
- MCNEILL, Fergus (2013): “Community Sanctions and European Penology”, en: DAEMS, Tom, SNACKEN, Sonya, y VAN ZYL, D. (dirs.), *European Penology* (Editorial Hart), pp. 1-17.
- MORALES PEILLARD, Ana María; SALINERO, Sebastián (2020): “Fundamento político-criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 47 N° 2), pp. 513-541.
- MORALES PEILLARD, Ana María; SALINERO, Sebastián (2020b): “¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?”, en: *Revista de derecho (Valdivia)* (Vol. 33, N°1), pp. 319-341.
- MORGENSTERN, Christine, MURILLO, Consuelo; RAVAGNANI, Luisa (2018): “Fairness issues in the breach process: Understanding Breach Processes”, en: BOONE, Miranda, MAGUIRE, Niamh, y MCIVOR, Gill (dirs.), *The Enforcement of Offender Supervision in Europe* (Oxon - New York, Routledge).
- MURILLO, Consuelo (2017): “Las nuevas penas comunitarias de la ley 18.216: cuatro tensiones a nivel de ejecución”, en: *Nova Criminis* (Vol. 9, N° 13), pp. 109-149.
- ORTIZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO, Javier (2020): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PETERSILIA, Joan (1998): “Probation in the United States part II”, en: *Perspectives, American Probation and Parole Association* (N° Summer), pp. 42-49.
- POSNER, Richard (2009): “Optimal Sanctions: Any Upper Limits?”, en: VON HIRSCH, Andrew, ASHWORTH, Andrew y ROBERTS, Julian (eds.), *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3ª ed. (Oxford and Portland, Oregon, Hart).
- ROBINSON, Gwen (2013): “What counts? Community sanctions and the construction of compliance”, en: UGWUDIKE, Pamela y RAYNOR, Peter (eds.), *What works in offender compliance*, (Palgrave Macmillan).
- ROBINSON, Gwen; MCNEILL, Fergus; MARUNA, Shadd (2014) “Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones comunitarias” (Trad. Javier Velasquez), en: *Política Criminal* (Vol. 9, N° 17), pp. 147-181.
- ROCA, Luis (2003): *La responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa* (Valladolid, Lex Nova).
- ROIG, Margarita (2014): “La suspensión de la pena en el proyecto de reforma del Código penal. Un giro hacia el Derecho penal de autor”, en: *Revista Penal* (N° 33), pp. 170-207.
- SALINERO, Sebastián y MORALES PEILLARD, Ana María (2019): “Las penas alternativas a la cárcel en Chile: Un análisis desde su evolución histórica”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (N° 52), pp. 255-292.
- VALENZUELA, Jonatan (2005): “Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile”, en: *Revista de Estudios de la Justicia* (N° 6).
- VON HIRSCH, Andrew, WASIK, Martin, y GREENE, Judith (1989): “Punishments in the community and the principles of desert”, en: *Rutgers Law Journal* (N°20 vol. 3), pp. 595-618.
- VON HIRSCH, Andrew (1993): *Censure and Sanctions*, en: *Mind: A Quarterly Review of Philosophy* (Oxford, Clarendon Press).

MURILLO, Consuelo: “Ejecución e incumplimiento de las penas alternativas: la pena de apoyo en el modelo chileno”.

VON HIRSCH, Andrew, ASHWORTH, Andrew; ROBERTS, Julian (eds.) (2009): *Principled Sentencing: Readings on Theory and Policy*, 3ª ed. (Oxford and Portland, Oregon, Hart).

Jurisprudencia citada

Corte de Apelaciones de Valdivia, rol: 528-2010, de 6 de enero de 2011 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 392-2011, de 9 de septiembre de 2011 (Apelación).
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 619-2014, de 12 de mayo de 2014 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Talca, rol: 379-2014, de 22 de agosto de 2014 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Chillán, rol: 442-2014, de 5 de diciembre de 2014 (Amparo).
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 30-2015, de 6 de febrero de 2015 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Talca, rol: 50-2016, de 22 de febrero de 2016 (Apelación).
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 320-2016, 23 de marzo de 2016 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 329-2016, de 13 de mayo de 2016 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Valdivia, rol: 545-2016, de 30 de agosto de 2016 (Apelación).
Tribunal Constitucional, rol 2983-16, de 13 de diciembre de 2016 (redacción del ministro Nelson Pozo).
Corte Suprema, rol: 15277-2018, de 9 de julio de 2018 (Apelación).
Corte de Apelaciones de San Miguel, rol: 2577-2019, 9 de octubre de 2019 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 823-2019, de 11 de octubre de 2019 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 774-2019, de 11 de octubre de 2019 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Concepción, rol: 825-2019, de 11 de octubre de 2019 (Apelación).
Corte de Apelaciones de Santiago, rol: 787-2020, de 27 de abril de 2020 (Amparo).
Corte Suprema, rol: 44091-2020, de 5 de mayo de 2020 (Amparo).