

## **PENA MIXTA: HACIA UNA INTERPRETACIÓN COHERENTE CON EL DESPOBLAMIENTO CARCELARIO ASIGNADO COMO FIN**

Max Troncoso Moreno<sup>1</sup>  
Daniela Alcántara Soto<sup>2</sup>

273

RESUMEN: La pena mixta es una institución jurídica que permite la interrupción anticipada de la privación de libertad de la pena. Pudiera ser la herramienta más eficiente para el despoblamiento carcelario, sin embargo, su utilización judicial no ha alcanzado un gran y coherente desarrollo con este fin.

En este sentido, este trabajo pretende revisar algunos nudos críticos que se observan en la práctica judicial y entregar una solución que revista más sentido al objeto de la pena mixta.

### **Introducción**

Las condiciones materiales de las cárceles chilenas han sido calificadas por la Fiscalía Judicial de la Excma. Corte Suprema como inhumanas; el alto nivel de hacinamiento y, por consecuencia, el potencial foco de contagio que envuelve a éstas, son una preocupación de las autoridades de salud, sobre todo hoy con el inminente riesgo

---

<sup>1</sup> Abogado, Máster en Derecho Constitucional Penal por la Universidad de Jaén. Actualmente se desempeña como defensor penal público penitenciario de Talca. (max.troncoso.moreno@gmail.com)

<sup>2</sup> Trabajadora social con mención en Políticas Públicas y Licenciada en Trabajo Social de la Universidad Autónoma de Chile. Actualmente se desempeña como trabajadora social de la Defensoría Penal Pública penitenciaria de Talca (daniela.alcantara.soto@gmail.com)

que provoca el Covid-19. A nivel local, en el mes de abril, el Colegio Médico ya señalaba que las personas privadas de libertad son un grupo de preocupación ante la pandemia sanitaria, recomendando —en la misma línea argumentativa sostenida por los órganos internacionales—<sup>3</sup> reducir el nivel de población carcelaria.

La idea de utilizar excepcionalmente la privación de libertad alcanzó también el discurso del sector de la salud; debido a la urgencia pandémica, ya no es solo una cuestión del derecho garantista, sino de necesidad pública sanitaria.

Empero, como era de esperarse cuando se trata de cárcel, la mirada pública se concentró en las personas privadas de libertad provisionalmente, con escasa atención en quienes se encuentran cumpliendo condena(s). Las numerosas revisiones de prisiones preventivas que la Defensoría Penal Pública realizó al inicio de la pandemia<sup>4</sup> son un reflejo de este fenómeno; no obstante, el mismo ímpetu o interés de éste (u otro) no alcanzó a quienes se encuentran en condición procesal de condenado/a. Si bien el Ejecutivo promovió la Ley N° 21.228 (indulto conmutativo), ésta no tuvo mayor impacto en la disminución de la población carcelaria, como pretendía el discurso político.

Sin perjuicio de esta invisibilidad pública que observamos, respecto de los y las condenados/as, lo cierto es que si el objeto de la

---

<sup>3</sup> En este sentido, véase la Declaración conjunta de la UNODC, la OMS, el ONUSIDA y la ACNUDH sobre el Covid-19 en prisiones y otros centros de detención, de fecha 13 de marzo de 2020; Carta Abierta de Amnistía Internacional al Estado Chileno, de fecha 31 de marzo de 2020; Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 de fecha 9 de abril de 2020.

<sup>4</sup> “A un mes de iniciadas las gestiones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Defensoría Penal Pública ante el alto riesgo de contagio de Covid-19 para la población penal, cerca de 4 mil personas privadas de libertad en recintos penitenciarios de todo Chile han logrado salir de las cárceles para seguir cumpliendo sus condenas o medidas cautelares en sus domicilios.” (Nota de la Sala de Prensa de la DPP. Disponible en: <[http://www.dpp.cl/sala\\_prensa/noticias\\_detalle/10318/cerca-de-4-mil-personas-han-abandonado-las-carceles-por-riesgo-sanitario](http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/10318/cerca-de-4-mil-personas-han-abandonado-las-carceles-por-riesgo-sanitario)>).

autoridad era satisfacer las recomendaciones sanitarias intentando disminuir la sobrepoblación penal, nuestra realidad jurídica no requería de mayores reformas legislativas para aquello. Más que la ausencia de reglas positivas, es la práctica jurídica la que no permite lograr alcanzar tal objetivo.<sup>5</sup>

El actual sistema de ejecución penal contiene instituciones jurídicas que permiten disminuir el tiempo o, lisa y llanamente, interrumpir la privación de libertad.<sup>6</sup> Bajar el nivel de hacinamiento de las cárceles siempre ha sido posible mediante estas herramientas preexistentes al Covid-19. No obstante, la adhesión legal a fines correctivos o readaptativos de la pena provoca que éstas puedan ser instrumentalizadas de manera discrecional por los órganos juzgador y administrativo. La reinserción social provoca que la libertad anticipada quede, finalmente, entregada al criterio subjetivo o meramente sociopolítico y cultural que la autoridad posea.

En el caso de la pena mixta podemos observar claramente el condicionamiento que provoca el fin preventivo especial positivo. La existencia de un informe elaborado por el área técnica de Gendarmería de Chile y el escaso tratamiento legal de los ejes y contenido, en la práctica, terminan por transformarla en una herramienta de uso restringido y excepcional. Por ello, en lo que sigue, nos hemos propuesto identificar, primero que todo, la real motivación legal de la pena mixta, para así determinar su naturaleza jurídica. Luego, en segundo lugar, analizamos algunos aspectos prácticos en torno a los requisitos de la pena mixta, proponiendo, finalmente, una interpretación más

---

<sup>5</sup> BOVINO, Alberto, “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *Revista Jurídica*, N° 17, 2004, pp. 1-23.

<sup>6</sup> Como ejemplo de estas herramientas que disminuyen el cuántum de la privación de libertad puede mencionarse los abonos del inc. 2° del art. 348 del CPP o del art. 26 de la Ley N° 18.216, como así también la unificación de penas del art. 164 del COT. Respecto a aquellas que tienen por fin interrumpir la privación de libertad, destacan la libertad condicional regulada en el DL N° 321 y la pena mixta del art. 33 de la Ley N° 18.216.

armónica de éstos con el fin de esta institución y el riesgo inminente a la salud pública que provoca el virus y, particularmente, la cárcel.<sup>7</sup>

## I. Pena Mixta

ANTECEDENTES PREVIOS: LEY N° 20.603

A fines del siglo XX, por razones de idoneidad e, incluso, por el abandono del propio Estado, se gesta la denominada “crisis de las penas privativas de la libertad”. Los altos costos de la cárcel, ya no solo criminógenos, sino que también económicos, no son tolerables ni siquiera para el propio sistema político de corte neoliberal.

Si bien esta tendencia en nuestra legislación es escasa, es posible constatarla –desde un punto formal– desde 1944 en adelante mediante la publicación de la Ley N° 7.821, modificada por la Ley 17.642 (1972) y la Ley N° 18.216 (1983), modificada por la Ley N° 20.603 (2012);<sup>8</sup> precisamente esta última estableció por primera vez un sistema de penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad con el fin de una persecución penal inteligente,<sup>9</sup> mediante la cual la

---

<sup>7</sup> En la cárcel no solo conviven presos/as, sino que también personas libres que transitan entre ella y el exterior. De allí que el peligro que encierran las actuales condiciones de las cárceles no solo son un problema de la salud para las personas privadas de libertad, sino que también para toda la sociedad; así como el delito es también un problema de orden público.

<sup>8</sup> ARAYA ÁVILA, Luis Miguel. *Régimen de penas sustitutivas*. Der Ediciones, Santiago, 2018, p. 21.

<sup>9</sup> Durante la tramitación de la Ley N° 20.603, el Ejecutivo presentó una serie de indicaciones al proyecto, reconociendo como un eje de la reforma el “*cumplimiento de penas inteligentes, es decir, establecer un sistema penitenciario en que la única respuesta no sea la cárcel. Al efecto, se recuerda que en la mayoría de países desarrollados, existen respuestas alternativas a la prisión que en la medida que funcionan bien, son percibidas como reales alternativas de castigo. Se agrega que Chile exhibe uno de los índices de personas privadas de libertad más altos de América Latina, con 51.906 reclusas y una tasa de 303 individuos presos por cada 100.000 habitantes, lo que contrasta con otros países de nuestro continente, incluso de Europa,*

cárcel sea utilizada solo para los casos y durante el tiempo que resulte necesario y excepcional. El propio ministro de Justicia de la época, señor Bulnes, explicó lo necesario que resultaba instalar un sistema de penas que puedan cumplirse fuera de los recintos penitenciarios y que adquieran un rol protagónico;<sup>10</sup> la cárcel no puede ser la única respuesta del sistema penitenciario, debe reservarse solo como modalidad de pena a delitos graves consumados.<sup>11</sup>

#### MOTIVACIÓN LEGAL Y FIN DE LA PENA MIXTA

Sin perjuicio de que la pena mixta no estaba incluida en el proyecto original de la Ley N° 20.603,<sup>12</sup> la verdad es que, casualmente o no, terminó transformándose en la institución más eficiente y racional en el uso del poder punitivo que el propio Ejecutivo manifestó mediante las indicaciones presentadas el 21 de marzo de 2011.

Al igual como lo sostiene César Ramos, creemos que la pena mixta resultó ser la herramienta que responde más íntegramente a los principios rectores de la nueva institucionalidad;<sup>13</sup> refleja de mejor manera la intención legislativa de usar racionalmente la privación de libertad en que el nuevo sistema se inspiró,<sup>14</sup> al punto que permite el egreso

---

*que no excede de las 150 personas encarceladas por cada 100.000 habitantes. Por ello se busca sólo recluir a quienes han quebrantado persistentemente el orden social y, a la vez, castigar con energía a quienes se inician en la carrera delictual, pero buscando su resocialización, logrando así un mecanismo inteligente de cumplimiento de penas y un uso eficiente y focalizado de los recursos.”* (Historia de la Ley N° 20.603, p. 67).

<sup>10</sup> Historia de la Ley N° 20.603, p. 69.

<sup>11</sup> Historia de la Ley N° 20.603, p. 289.

<sup>12</sup> La pena mixta recién fue incluida al proyecto de la Ley N° 20.603 mediante indicación sustitutiva total del Ejecutivo, de fecha 13 de octubre de 2009.

<sup>13</sup> RAMOS PÉREZ, César, “La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216”, en *Informe en Derecho* elaborado por el Departamento de Estudios y Proyectos de Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas de la Defensoría Penal Pública, diciembre de 2015, p. 13.

<sup>14</sup> AGUILAR ARANELA, Cristian. *Penas sustitutivas a las penas privativas o res-*

de la cárcel anticipado de un grupo de personas que no alcanzaron los requisitos de las penas sustitutivas. Es la única institución jurídica de la Ley N° 18.216 que concentra una interrupción anticipada de la privación de libertad bajo el cumplimiento de ciertas condiciones, provocando un mayor egreso y disminución de la población penal.<sup>15</sup>

A esta altura, como sociedad podemos consensuar que la cárcel no observa ningún factor positivo en la persona,<sup>16</sup> es mejor optar por modalidades alternativas a ésta; y esa fue la opción del legislador, pues, quiera o no reconocerse, la pena mixta observa un fin sencillo y consiste en el desdoblamiento de las cárceles. Es una especie de libertad condicional con plazos más reducidos<sup>17</sup> y, por ende, con mayores condiciones y control administrativo.

278

#### NATURALEZA JURÍDICA

La pena mixta no es una pena sustitutiva. Debe descartarse de inmediato esa naturaleza, ya que ni siquiera fue incluida en el catálogo

---

*trictivas de libertad de la Ley N° 18.216 (Ley 20.603)*. Metropolitana, Santiago, segunda edición, 2015, pp. 23-24.

<sup>15</sup> Durante la tramitación de la Ley N° 20.603 los representantes del Ejecutivo sostuvieron que el proyecto “*debería tener un efecto positivo en la población penal, ya sea generando un mayor egreso o una disminución de la misma, recordando al efecto que una de las medidas que se proponían era la llamada pena mixta, fundada en lo ilógico de exigir al condenado el cumplimiento de la pena en su totalidad, si se justificaba aplicar una fórmula de término anticipado*” (Historia de la Ley N° 20.603, p. 102)

<sup>16</sup> El fracaso de la cárcel como sistema de reinserción estuvo en conocimiento del legislador de la Ley N° 20.603 por medio del informe elaborado el año 2011 por Paz Ciudadana, en conjunto con la Universidad Adolfo Ibáñez, que fue expuesto en más de una oportunidad durante la tramitación de la ley, y que evidenciaba que quienes cumplen condena en libertad o egresan anticipadamente del sistema penitenciario a causa de algún beneficio reinciden en menor número que quienes cumplen toda la pena privados de libertad.

<sup>17</sup> MORALES, Ana María y WELSH CHAHÚAN, Gherman, “Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603 y la conveniencia de robustecer el sistema de medidas alternativas a la cárcel”, en *Revista de Derecho Penitenciario*, Universidad Mayor, septiembre-diciembre 2014, pp 19-25 y p. 20.

del inc. 1° del art. 1° de la Ley N° 18.216. Su ubicación en la ley no está en el marco de los regímenes de penas sustitutivas, sino que comprende una facultad judicial distinta regulada en el inc. 2°; es tratada luego de los distintos regímenes de penas sustitutivas.<sup>18</sup>

A diferencia de cómo sucede con estas últimas, la pena mixta no sustituye la privación de libertad, sino que la interrumpe. Las penas sustitutivas constituyen mecanismos alternativos a la pena privativa de libertad a priori, es decir, antes que comience a ejecutarse tal castigo; en cambio, la pena mixta lo hace bajo un escenario fáctico distinto, la pena ya está ejecutándose.

La pena mixta tampoco se encuentra dentro de las alternativas de reemplazo de las penas sustitutivas del art. 32, como tampoco en la posibilidad de abono proporcional del art. 26. Esto es evidente, la interrupción de la privación de la libertad que trata el art. 33 obedece a otros motivos y fines y, específicamente, no constituye una pena en sí, sino más bien, como ya mencionamos, una herramienta legal de egreso anticipado de la cárcel.

Ahora bien, si no pertenece a las penas sustitutivas, menos se trata de un caso especial de la libertad vigilada.<sup>19</sup> Aun cuando la ley otorga a la pena mixta la modalidad y control<sup>20</sup> de la libertad vigilada intensiva, anteriormente ya descartamos la posibilidad de que se trate

<sup>18</sup> RAMOS PÉREZ, César, *ob.cit.*, p. 2.

<sup>19</sup> Ídem, p. 4.

<sup>20</sup> Cada pena sustitutiva observa una modalidad y control del cumplimiento. Así, por ejemplo, en la reclusión parcial la modalidad es el encierro de la persona, ya sea en su domicilio o unidad penal. Cuestión distinta es el control de este encierro, es decir, la manera en que se verificará el cumplimiento de la carga que envuelve esta pena, que para este caso será el monitoreo telemático o vigilancia de Carabineros u otro mecanismo similar.

En el caso de la libertad vigilada intensiva, el inc. segundo del art. 14 describe que la modalidad de la pena consiste precisamente en la libertad de la persona condenada y cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social. La carga que pesa sobre la persona condenada es no cometer un nuevo delito y cumplir con el plan de intervención que será controlado por medio del trabajo de vigilancia y acompañamiento

de instituciones de la misma naturaleza. Son instituciones independientes, con fines propios e inherentes. Si bien el art. 33 se refiere a la libertad vigilada, lo hace para aludir a la forma de control a la que quedará sujeta la persona a la que se le interrumpió la privación de libertad. El tenor de la disposición expresamente señala que solo una vez interrumpida la pena privativa de libertad, el juez podrá reemplazarla por la libertad vigilada intensiva, es decir, la utilización de este régimen solo tendrá aplicación una vez que la pena mixta se resuelva.

El uso de la libertad vigilada intensiva está reservado para el control; necesariamente, requiere de una condición de derecho previa para su utilización, esto es, la resolución judicial de interrumpir la pena privativa de libertad. Hasta antes de eso, son completamente independientes en el derecho, pertenecen a dos momentos procesales distintos.

El efecto que provoca la pena mixta de interrumpir la privación de libertad bajo plazos menores de cualquier otro beneficio, conlleva la necesidad de un control del saldo de la pena que debe cumplir en el medio libre. La pena no se ha sustituido ni indultado, subsiste, solo que su modalidad ha variado y, por consecuencia, ha de modificarse el control de la misma. Es en este escenario que el legislador optó por el régimen más severo de control de las penas no privativas de libertad, esto es, la libertad vigilada intensiva.

La interrupción de la privación de libertad del art. 33 observa características propias, ajenas a las penas sustitutivas y cualquier otra institución jurídica, ubicándola dentro de nuestro sistema penal de ejecución, como una herramienta de naturaleza sui generis, por lo que debe atenderse a sus elementos propios para cualquier decisión.

---

que los Centros de Reinserción Social realizan durante una periodicidad determinada por el caso concreto.

## II. Las erróneas interpretaciones que provoca el art. 33

Si bien la Ley N° 18.216 se refiere a la pena mixta en los artículos 1°, 2° bis, 23 bis A y 37, lo cierto es que solo el art. 33 describe su contenido y requisitos. Claramente, la técnica legislativa usada no fue la mejor, sino más bien confusa y puede inducir a errores como los que a continuación exponemos y analizamos con la intención de poder establecer una interpretación que resulte más coherente con esta institución, principalmente atendiendo a su esencia y finalidad.

### 1. INFORME TÉCNICO ELABORADO POR GENDARMERÍA DE CHILE

El art. 33 se inicia disponiendo que la interrupción de la libertad originalmente impuesta podrá ser decretada por el tribunal, “previo informe favorable de Gendarmería de Chile”. En la práctica, la palabra “favorable” ha provocado que Gendarmería de Chile, por medio de sus Centros de Reinserción Social, elabore informes psicosociales que contienen conclusiones expresas en orden a recomendar o no la interrupción de la privación de libertad. Algunos tribunales han sostenido el criterio de que esta recomendación es un verdadero requisito de admisibilidad, otorgándole un valor de verdad absoluta, provocando así un real quiebre en la estructura de nuestro sistema penal, en tanto la decisión jurisdiccional es trasladada a un órgano al que la ley no ha asignado tal facultad.

La interrupción de la privación de la libertad conforme al art. 33 es una facultad judicial que debe estar motivada no solo por razones psicosociales, sino que también jurídicas.

Respecto a qué habría de entenderse por “informe favorable”, la historia de la Ley N° 20.603 no contribuye; no existió una discusión profunda respecto a esto. No existe siquiera registro de si constituiría un requisito.

Qué debía contener el informe, es una materia de la que el texto, originariamente, no se hacía cargo. No fue sino hasta el Segundo Informe de la Comisión de Constitución al Senado que, por primera vez, se promovió discusión respecto a este punto, incorporándose, finalmente, el actual inc. tercero del art. 33, que señala en su primera parte que el informe técnico debe contener:

*“1) Una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinserirse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad. Dicha opinión contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado y una propuesta de plan de intervención individual que deberá cumplirse en libertad. Considerará, asimismo, la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado.”*

El concepto favorable es definido por la Real Academia de la Lengua Española como propicio, apacible, benévolo, que favorece, por lo que, pretender sostener que estos informes técnicos pueden reunir el carácter de desfavorables es completamente antagonista a estas descripciones, como así también con el mismísimo rol que el sistema ha designado a los delegados del CRS durante la ejecución de la pena.<sup>21</sup> De existir oposición a la interrupción de la privación de libertad, no es el CRS, sino el Ministerio Público quien debe sostenerla.

En este orden de ideas, pensamos que el informe técnico más que contener recomendaciones jurídicas debe limitarse a identificar los factores de riesgo actuales (no del pasado), incorporando a todo evento una opinión técnica que contenga elementos de intervención mediante la elaboración de una propuesta de plan intervención individual, que explicita la manera en que el equipo técnico del Centro de Reinserción Social pretende disminuir estos riesgos de reincidencia. La decisión

---

<sup>21</sup> El art. 20 de la Ley N° 18.216 establece que los delegados son los “encargados de conducir el proceso de reinserción social de la persona condenada”, mediante “la intervención, orientación y supervisión de los condenados, a fin de evitar su reincidencia y facilitar su integración a la sociedad”.

si es o no recomendable la interrupción de la privación de libertad es una cuestión que pertenece al juez, no a Gendarmería de Chile.<sup>22</sup>

### 1.1. *Contenido actual del informe técnico*

Por lo general, los informes que elaboran los CRS se inician con la síntesis criminógena, en donde se expone la metodología utilizada y además contextualiza los factores de riesgo/necesidad. Se expone la historia delictual del condenado, considerando su pasado delictual, ya sea como adolescente o adulto, cumplimientos, revocaciones y faltas al régimen interno, tanto de la actual condena como de otras anteriores.

Como segundo aspecto, se considera la educación y empleo de la persona, tanto en el medio libre como penitenciario.

A continuación, asoma en el informe el nivel de satisfacción que tiene la persona privada de libertad con su pareja y familia, relevando aspectos como la composición familiar, niñez, adolescencia, vida en pareja, además de considerar el contagio criminógeno intrafamiliar. Luego, se analiza el uso del tiempo libre, evaluándose la participación de la persona condenada en actividades sociales o comunitarias, ya sea antes o durante el cumplimiento de la pena. Así también, se detalla la socialización de la persona con pares en donde se busca determinar amigos o conocidos que sean infractores o, por el contrario, sean

---

<sup>22</sup> La Corte Suprema en sentencia de fecha 22 de febrero de 2017, causa Rol N° 6005-2017, ha resuelto que Gendarmería de Chile no tiene facultades legales para pronunciarse sobre los requisitos de fondo: “*Gendarmería informa desfavorablemente la sustitución de penas perseguida por el encartado en base a elementos respecto de los cuales la ley no le autoriza a pronunciarse, los que debían ser resueltos por el Tribunal en la audiencia a que necesariamente debió convocar conforme al inciso cuarto del tantas veces citado artículo 33 y, al no hacerlo así, el Tribunal recurrido, injustificadamente impidió al amparado ejercer el derecho a solicitar y fundar en audiencia su petición de sustitución de su pena privativa de libertad por una de cumplimiento en libertad, motivo por el cual la acción intentada deberá ser acogida.*”

catalogados como “prosociales”. Relacionado con esto, se releva si ha existido consumo de alcohol y/o drogas.

Del análisis de estos datos, el informe identifica los factores de riesgo para la reincidencia, estableciéndose, en el segundo apartado la puntuación del riesgo de reincidencia (bajo, medio, alto, muy alto).

En el apartado tercero, menciona los factores de riesgo que se vislumbran junto a una serie de argumentos genéricos que terminan con la conclusión de recomendar o no la interrupción de la privación de libertad.

### 1.2. *Breve crítica al actual contenido de los informes técnicos*

Como primera cuestión, debemos decir que los actuales informes técnicos abarcan una serie de factores estáticos que la persona no puede modificar en el presente. El pasado en ningún caso puede ser predicción del futuro, no hay justificación científica que sostenga tal posibilidad.

Existe, a la luz de estos informes, una completa desatención a la realidad social de muchas personas privadas de libertad. Así, por ejemplo, la historia laboral es analizada con bastante rigidez, omitiéndose elementos tan básicos como el hecho de que quienes nunca han ejercido un trabajo de manera formal no es porque no quieran, sino por múltiples razones: poca o nula capacitación; inserción temprana al mundo laboral y por ende deserción escolar; mujeres jefas de hogar; etc.

En cuanto a los referentes significativos, subsiste en los informes la idea de una familia nuclear o biparental. No considera otra composición familiar como tampoco el impacto que resulta para ésta el distanciamiento y encierro de uno de sus integrantes, considerando que las dinámicas cambian y no solo a nivel económico, sino en lo que respecta al ámbito emocional.

Los informes no pueden seguir desconociendo el contexto actual en que se encuentra la persona y su familia. Tanto a nivel teórico como empírico, resulta pertinente abordar la cárcel como un escenario social, lo que implica reconocer la complejidad y la flexibilidad en que constantemente se construye, deconstruye y reconstruye, vislumbrándose como demanda social la reinserción de las personas privadas de libertad y sus familias.

### 1.3. Vinculación del informe técnico con la decisión judicial

Desde el año 2015 se ha sostenido por la jurisprudencia que el informe técnico no es vinculante para el tribunal.

Como uno de los primeros pronunciamientos judiciales en este sentido destaca la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de fecha 22 de noviembre de 2015, en causa Rol 838-2015, que confirmó la decisión de interrumpir la privación de libertad con la existencia de informe “desfavorable” en el procedimiento:

*“Cuarto: Que, a juicio de estos sentenciadores, en el caso de que se trata no están cuestionados los requisitos objetivos en que se funda la concesión de la pena mixta prevista en el artículo 33 de la Ley 18.216, los cuales se encuentran cumplidos según lo reconoce la juez de garantía al resolver la petición de la Defensa del condenado A.D.V. En este contexto no resultan vinculantes las consideraciones del informe de Gendarmería, el que, en todo caso, se apreciará conforme a las normas previstas para el peritaje, por lo que se podrá prescindir de él.”<sup>23</sup>*

Posteriormente, el mismo tribunal, revocando la decisión de no interrumpir la pena privativa de libertad, ha señalado que

i. “Considerando el mérito de los antecedentes y teniendo en especial presente que a juicio de estos sentenciadores, en el caso de que se trata, no están cuestionados los requisitos objetivos en que se

<sup>23</sup> Sentencia que reitera el criterio sostenido anteriormente por la C.A. de San Miguel, Rol N° 1307-2014 y C.A. de Talca, Rol N° 37-2015.

funda la concesión de la pena mixta prevista en el artículo 33 de la Ley 18.216, los cuales se encuentran cumplidos, por lo que en este contexto no resultan vinculantes las consideraciones subjetivas del informe de Gendarmería, el que, en todo caso, se apreciará conforme a las normas previstas para las pericias, por lo que su examen impone un más riguroso examen, que no se aprecia en la especie, y por ende se debe prescindir del mismo.

Atendidas, además, las evidentes y notorias deficiencias e inconsistencias tanto en el pretendido análisis que intenta hacer de los elementos objetivos y subjetivos...”<sup>24</sup>

286

ii. “[...] en este contexto **no resultan vinculantes las consideraciones subjetivas del informe de Gendarmería, el que constituye una opinión técnica, y por ende es prescindible**, pudiéndose resolver conforme a los demás elementos que constan de estos antecedentes y en especial, del escaso tiempo que media para el cumplimiento de la pena.”<sup>25-26</sup>

Así como lo ha sostenido esta jurisprudencia, creemos que el informe del art. 33 de la Ley N° 18.216 solo puede alcanzar el valor de una opinión técnica vencible por otros antecedentes que puedan ser incorporados al procedimiento. Es el juez, finalmente, quien debe ponderar todos estos y resolver si la persona está en condiciones fácticas de volver a la sociedad de manera condicionada y controlada por el saldo de la pena que le reste por cumplir.

---

<sup>24</sup> Sentencia de fecha 16 de octubre de 2017, causa Rol N° 1071-2016.

<sup>25</sup> Sentencia de fecha 30 de octubre de 2017, en causa Rol 1080-2017.

<sup>26</sup> El mismo criterio se ha sostenido en sentencias posteriores, causas Roles N° 1282-2019, N° 353-2020 y N° 555-2020.

## 2. LOS REQUISITOS DEL ART. 33

2.1. *“a) Que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior”*

El primer requisito del art. 33 exige que la pena que se pretende interrumpir no sea superior a la de 5 años y 1 día de presidio mayor en su grado mínimo. Ante la ausencia de normas especiales, entendemos que este límite está dado por la pena impuesta en concreto, y no en abstracto.

Respecto a esta exigencia, tiene relevancia lo dispuesto el inc. final del art. 1º de la Ley N° 18.216. En este sentido, el límite punitivo que previene la letra a) puede consistir en la suma de más de una pena (que no supere los 5 años 1 día), siempre y cuando se hayan impuesto en una misma sentencia condenatoria.

En general, este elemento constituye una exigencia objetiva que no provoca mayores inconvenientes en su interpretación.

2.2. *“b) Que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”*

De la lectura de este requisito es posible identificar dos reglas interpretativas. La primera, “no registrare otra condena por crimen o simple delito”, se refiere a condenas posteriores a la que actualmente cumple el condenado; la segunda regla, “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”, se refiere a condenas pretéritas.

La primera regla resulta del todo aplicable y coherente con lo dispuesto en el inc. final del art. 1º de la Ley 18.216; la persona solo puede estar cumpliendo la condena que pretende interrumpir.

Sin embargo, el reenvío legal a las normas de la libertad vigilada que realiza la segunda parte de la letra b), ha provocado interpretaciones en orden a exigir que la persona no posea condenas anteriores y, en el caso de que así fuera, el transcurso de 5 o 10 años desde el cumplimiento de la pena de simple delito o crimen, respectivamente.

El art. 15 bis es una disposición propia de la pena sustitutiva de libertad vigilada. Por ello, sostenemos que su aplicación en el art. 33 es incoherente con la estructura y fin de esta interrupción anticipada de la privación de libertad.

Claramente, el reenvío a las disposiciones de la libertad vigilada obedece a una mala técnica legislativa, que el juez puede solucionar mediante una interpretación armónica de esta institución jurídica.

Aceptar la aplicación de la segunda regla contenida en el requisito b) del art. 33, es una afectación directa a las siguientes garantías:

i. Prohibición de la doble valoración del mismo hecho: Lo más usual es que las personas que postulan a la pena mixta sean reincidentes y que al momento en que se dictó la sentencia no alcanzaban los requisitos previstos para las penas sustitutivas. La existencia de condenas anteriores es un hecho que, en la mayoría de los casos, ya fue considerado en la decisión judicial condenatoria.

La reconsideración de este mismo hecho, como previene la segunda regla de la letra b), constituiría una infracción al principio penal *ne bis in idem*, en tanto, la premisa metodológica en que éste subyace es la necesidad de evitar, precisamente, las consecuencias de una eventual redundancia legislativa o judicial.<sup>27</sup> Comprende una garantía mínima en el derecho penal, vinculante para el juzgador, de la misma manera que debió serlo para el legislador.

---

<sup>27</sup> MAÑALICH RAFF, Juan Pablo. “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno” en *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 15, Año 2011, pp. 139-169.

ii. Modificación del tiempo mínimo legal: La utilización de las reglas de exclusión temporal que previene el numeral 1 de la letra b) del art. 15 de la Ley 18.216, esto es, el transcurso de diez o cinco años entre el cumplimiento de la pena pretérita y la solicitud de pena mixta, provocan que el tiempo mínimo previsto en la letra c) del art. 33 se vea completamente alterado. Así, por ejemplo, si el año 2016 la persona cumplió una pena de 541 días y, luego, durante el 2018 es condenado a 800 días, no podría solicitar la interrupción de la privación de libertad sino hasta el 2021, es decir, quedaría completamente excluido bajo este criterio que, por lo demás, modifica indirectamente el tiempo mínimo para postular a la pena mixta que el legislador previno en la letra c).

Como ya dijimos anteriormente, la pena mixta no es una pena sustitutiva, descansa sobre otros valores y fines. Por esto, creemos que la segunda regla de la letra b) debe ser valorada negativamente por el juez mediante un control basado en el real sentido y alcance de este tipo de interrupción de la privación de libertad.

De manera de reforzar lo anteriormente expuesto, hemos considerado necesario destacar, como último punto en esta temática, algunos pronunciamientos judiciales en similar sentido:

i. “En cuanto al requisito de la letra b), esto es, que, al momento de discutirse la pena privativa de libertad y su interrupción, el penado no registre otra condena por crimen o simple delito, el tribunal debe tener presente que precisamente el hecho de no otorgar penas sustitutivas se debió a que el penado registraba condenas pretéritas en su extracto de filiación y antecedentes. En ese sentido, la única interpretación lógica de este artículo dice relación con nuevas condenas que se refieran a nuevos delitos que se hayan cometido desde que se inició el cumplimiento de la pena actual, y atento el mérito del extracto de filiación y antecedentes, el penado registra como última condena la que está en actual cumplimiento, y en razón de ello el tribunal estima que efectivamente se cumple con el mencionado presupuesto de la

letra b) del art. 33;” (Sentencia de 30 de noviembre 2015, causa RIT N° 948-2014 del Juzgado de Garantía de Curicó).

ii. “Respecto del requisito de la letra b), el Centro de Cumplimiento Penitenciario ha establecido en su informe que no cumpliría con dicho requisito. Respecto de ello, debe indicarse que este informe agrega un texto no contenido en la norma, señalando en cuanto a la eventual prescripción de sanciones penales: lo cierto es que la letra b) señala que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra pena por crimen o simple delito; la interpretación que el Tribunal da a esa norma es precisamente la que ha indicado la defensa, esto es, que la expresión otra condena se refiere a otra condena que sea posterior a la que es materia de la solicitud, o una condena que no se encuentre cumplida. Lo cierto es que el sentenciado registra condenas en su extracto de filiación, que se encuentran cumplidas y que son anteriores a la fecha de comisión del ilícito y de dictación de la sentencia e inicio del cumplimiento de la misma. En ese sentido, el Tribunal estima que SE CUMPLE con el presupuesto de la letra b) del artículo 33 de la mencionada Ley...” (sentencia de fecha 20 de enero de 2017, causa RIT N° 7146-2014 del Juzgado de Garantía de Curicó).

iii. “Que, por ende a juicio de este Magistrado dicha condena pretérita no debería ser considerada al momento de razonar los requisitos para otorgar o no una pena mixta, toda vez que, lo que exige el art. 33 letra B de la Ley 18.216, es que al momento de la discusión de la interrupción de la pena que cumpla no registre otra condena por crimen o simple delito, lo cual debe entenderse necesariamente como que esta condena no debe ser posterior a la que se pretenda interrumpir.

Que en cuanto a la naturaleza jurídica de la pena mixta como ya se indicó en el art. 33 de la Ley 18.216, esta no se encuentra en el catálogo de penas sustitutivas prevista en el art. 1 de dicha norma, por lo que, cabe concluir entonces que la misma tiene una naturaleza jurídica diversa a aquellas penas sustitutivas indicadas como ya se dijo

en el art. 1 de la Ley 18.216, ya que la misma no tiene por objeto sustituir pena alguna si no que por el contrario, lo que pretende es la interrupción del cumplimiento de una pena privativa de libertad que actualmente esté cumpliendo un condenado en la medida que cumpla con los requisitos previstos en la norma legal citada.

Que así establecido entonces, se reitera a juicio de este Magistrado la obligación de que no debe ponderarse la condena pretérita que registra la imputada K.C. en su extracto de filiación y antecedentes para determinar si tiene derecho o no la interrupción que actualmente pretende la defensa, debiendo entenderse entonces la referencia que hace el art. 33 al art. 15 Bis como una reiteración del catálogo de delitos a los que hace inicialmente aplicable la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.” (sentencia de fecha 28 de agosto de 2018, causa RIT N° 3450-2016 del Juzgado de Garantía de Talca).

iv. “Oídos los intervinientes y teniendo en consideración tanto lo expuesto por la defensa como por el centro de reinserción social, el tribunal estima que si bien se hace una valoración que no recomienda la interrupción de la pena privativa de libertad, no es menos considerable que en relación al cumplimiento de los requisitos de la letra b) del artículo 33, se hace mención a una falta de hurto, la que ni siquiera debería pronunciarse el tribunal respecto a ella, y en relación al ilícito de hurto, el tribunal considera que esta pena mantiene pendiente su cumplimiento; además, ella tiene que haber sido considerada al momento de impedir la aplicación de la pena de libertad vigilada intensiva, por lo que hacer una doble valoración de este antecedente no resulta ser determinante.” (sentencia de fecha 10 de febrero de 2020, causa RIT N° 4420 – 2018 del Juzgado de Garantía de Curicó).

### *2.3. “c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva”*

La utilización de la palabra “efectiva” ha provocado interpretaciones en orden a exigir que el tercio del cumplimiento de la pena

corresponda solo tiempo de cárcel, cuestión que desde ya no resiste apoyo normativo toda vez que el propio inc. 2° del art. 348 del CPP impone al juez la obligación de reconocer como abono en la sentencia el período que la persona estuvo privada de libertad a causa de detención, prisión preventiva o arresto domiciliario. El propio legislador se ha preocupado de homologar las medidas cautelares a la pena efectiva.

Al no existir norma que lo prohíba, entendemos que para el cómputo del tiempo mínimo deben incluirse todas las formas de abono, ya se causa diversa (heterogéneo)<sup>28</sup> o el proporcional que el art. 26 de la Ley N° 18.216 reconoce.

2.4. “d) *Que el condenado hubiere observado un comportamiento calificado como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional*

En términos prácticos, este requisito no provoca mayores complicaciones para el tribunal. Se verifica mediante el examen de la ficha de calificación de conducta que mantiene Gendarmería de Chile respecto de todas las personas condenadas y que, por cierto, el informe técnico debe incorporar.

Sin embargo, siendo la calificación de la conducta un acto administrativo que no responde a un estándar mínimo del debido proceso, es que creemos necesario que el juez –mediante una interpretación sistemática del art. 76 de la CPR y los art. 466 y art. 10 del CPP y art. 14 f) del COT– revise a todo evento el procedimiento que envuelve este acto.

---

<sup>28</sup> Sobre este tema véase TRONCOSO MORENO, Max. “El abono a la pena de las privaciones de libertad provisionales o parciales” en *Revista de la Justicia Penal*, Librotecnia, Santiago, N° 7, 2007, pp. 159-172. Disponible en <<[http://librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJP\\_dpp\\_04Elabonoalapenadelasprivacionesdelibertad\\_p159-172.pdf](http://librotecnia.cl/ckfinder/userfiles/files/RJP_dpp_04Elabonoalapenadelasprivacionesdelibertad_p159-172.pdf)>>.

La realidad del sistema penitenciario evidencia que el cumplimiento de las leyes al interior de la cárcel es una verdadera utopía. La jurisdicción se presenta como la única herramienta legal de control a esta problemática institucional.

Quienes trabajamos en materia carcelaria sabemos que la calificación de Buena o Muy Buena de la conducta requiere grandes esfuerzos por parte de las personas privadas de libertad, que ni el CRS ni el tribunal pueden desmerecer. Sobrevivir un día al interior de la cárcel no es lo mismo que hacerlo fuera de ella.

### 3. EL INFORME DE FACTIBILIDAD TÉCNICA

El art. 23 bis A de la Ley N° 18.216 dispone que tratándose de la interrupción de la privación de libertad del art. 33, la supervisión a través de monitoreo telemático será obligatoria durante todo el período de la libertad vigilada intensiva.

Se trata de una disposición legal que adiciona un control más a la pena mixta que, en la práctica, puede provocar el rechazo si es que el informe de factibilidad es negativo, quiere decir, que no cuenta con señal satelital para el uso del monitoreo telemático.

Creemos que una interpretación en tal sentido significaría infringir el principio de legalidad, ya que la disposición en ninguna parte prescribe como requisito adicional para interrumpir la privación de libertad un informe técnico de monitoreo telemático favorable, ni menos, ha descrito tal situación como impedimento para el ejercicio de la facultad judicial del art. 33.

Esto tiene un sentido bastante lógico. El monitoreo telemático es una supervisión satelital, por consiguiente, su cobertura no depende de la persona, sino de la capacidad de servicio que posea la compañía telefónica con que el Estado contrató.

A las complicaciones técnicas inherentes al servicio, se suma el hecho de que la factibilidad es solicitada manualmente por el órgano administrativo con el ingreso del domicilio a un sistema digital. Las probabilidades de fracaso georreferencial del informe aumentan.

En este escenario malamente puede exigirse a la persona contar con informe de factibilidad técnica favorable de monitoreo telemático para interrumpir la privación de libertad, como un verdadero requisito para el otorgamiento de la pena mixta. Si el Estado no es capaz de cumplir con su obligación de mantener un sistema de control que sea capaz de cubrir todas las zonas del país, no puede, entonces, asignarle a la persona privada de libertad una carga que jamás podrá cumplir.

Nos parece indudable que, bajo esta perspectiva, el art. 23 bis A constituye una infracción directa al derecho fundamental reconocido en el art. 19 N° 2 de la CPR.

## Conclusiones

La pena mixta es una institución con fines y naturaleza propias, distinta a las penas sustitutivas. Las causas que motivaron su incorporación en nuestro ordenamiento jurídico evidencian una clara intención legal de responder a la necesidad de despoblamiento de las cárceles. Sin embargo, la utilización práctica de esta institución jurídica es excepcionalísima.

El actual riesgo inminente a la vida de quienes cumplen condena debe ser la fuente de inercia para el cambio de la voluntad judicial. Si la vida no es un valor suficiente para cambiar el paradigma judicial, entonces no habrá otro.

Así las cosas, creemos que resulta necesario redireccionar el discurso judicial hacia el espíritu y objetivo originario de la pena mixta. Cualquier decisión debe incluir, por cierto, las reales y actuales condiciones carcelarias en que se ejecuta la pena. Estos elementos son

verdaderas directrices y orientaciones que el juez no puede obviar al momento de decidir una interrupción de la privación de la libertad conforme al art. 33 de la Ley N° 18.216.

En este orden, sostenemos que

1. En ningún caso el informe técnico que elaboran los CRS pueden constituir un requisito o ser vinculantes con la decisión judicial, es solo un insumo que debe contener antecedentes que contribuyan a la decisión del juez, en ningún caso que la determinen.

2. La reincidencia no puede constituir un factor que impida la interrupción de la pena conforme al art. 33, pues, precisamente esta institución está pensada, también, para quienes no pudieron alcanzar alguna pena sustitutiva debido a este mismo hecho.

3. Las conductas pasadas ya fueron consideradas en las reglas de determinación de pena y, consecuentemente, para las penas sustitutivas. No corresponde nuevamente valorarlas, ya sea para ponderar negativamente los factores de riesgo en el informe técnico o para interpretar el requisito de la letra b). Es diametralmente opuesto al sentido que la historia fidedigna de la ley contempla.

4. La factibilidad de monitoreo telemático no es un requisito para la interrupción de la privación de libertad. De serlo, constituiría una eventual discriminación legal para quienes no viven en zonas rurales o urbanas en que no exista señal.

## Bibliografía

AGUILAR ARANELA, CRISTIAN. *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N° 18.216 (Ley 20.603)*. Metropolitana, Santiago, segunda edición, 2015.

ARAYA ÁVILA, LUIS MIGUEL. *Régimen de penas sustitutivas*. Der Ediciones, Santiago, 2018.

BOVINO, ALBERTO. “Control judicial de la privación de libertad y derechos humanos”, en *Revista Jurídica*, N° 17, 2004, pp. 1-23.

HISTORIA DE LA LEY N° 20.603, disponible en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505/>>.

MAÑALICH RAFF, JUAN PABLO. “El principio ne bis in idem en el derecho penal chileno” en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 15, Año 2011, pp. 139-169.

MORALES, ANA MARÍA y WELSH CHAHÚAN, GHERMAN. “Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603 y la conveniencia de robustecer el sistema de medidas alternativas a la cárcel”, en *Revista de Derecho Penitenciario*, Universidad Mayor, septiembre-diciembre 2014, pp. 19-25.

RAMOS PÉREZ, CÉSAR. “La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216” en *Informe en Derecho* elaborado por el Departamento de Estudios y Proyectos de Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas de la Defensoría Penal Pública, diciembre de 2015.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Ediar, Buenos Aires, 2005.

