



UNIVERSIDAD
SAN SEBASTIAN

A
NUA
RIO

2014

IDEJ

INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS
FACULTAD DE DERECHO



ANUARIO

2014



INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS
FACULTAD DE DERECHO



UNIVERSIDAD
SAN SEBASTIAN

ÍNDICE

I. PRESENTACIÓN.....	5
II. SECCIÓN DE EXTENSIÓN.....	8
III. SECCIÓN INVESTIGACIÓN JURÍDICA.....	15
1) PARTE PRIMERA, ARTÍCULOS.....	17
A. Robert Concha	17
Visión crítica del procedimiento monitorio laboral a la luz del debido proceso. Problemas prácticos y su posible solución.	
B. Hugo Cifuentes	39
La OISS y su informe sobre la seguridad en el trabajo en Chile	
C. Sara Báez	52
La responsabilidad del empleador a propósito del mobbing o acoso moral	
D. Julio Muñoz	61
De la comprensión de un proceso constituyente para Chile	
E. Nicolás Orellana	71
Los problemas de constitucionalidad que presenta el artículo 390 del Código Procesal Penal a la luz del derecho a defensa, en particular con el derecho que tiene el imputado a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa y a presentar prueba de descargo.	
F. Alejandra Godoy	81
Análisis de las penas mixtas del párrafo 2° del título V de la ley n° 18.216	
2) PARTE SEGUNDA, PONENCIAS.....	111
A. Francisco Hermosilla	112
Jurisprudencia ley n°20.603	
B. Leonardo Moreno	117
Aplicación de la nueva ley 20.603 Desde la perspectiva de la defensa	
C. Jessica Arenas	124
Género vejez y maltrato*	

PRESENTACIÓN

Nos enorgullece poner a disposición de los estamentos universitarios, profesionales del derecho, y comunidad en general, el Anuario 2014 del Instituto de Estudios Jurídicos – IDEJ- de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián.

El Anuario 2014 se subdivide en dos secciones: una primera sección destinada a informar acerca de las actividades de extensión que desarrolla el Instituto, y una segunda sección destinada a difundir trabajos de investigación jurídica desarrollados tanto por docentes y alumnos de la Universidad San Sebastián, como por abogados, docentes y estudiantes externos, la cual, a su vez, se subdivide en dos secciones: una de artículos y otra de ponencias.

En su Primera Sección, el Anuario 2014 da cuenta de las actividades de extensión y vinculación con el medio desarrolladas por el Instituto en lo que va ya su tercer año de vida, posicionándose como una institución relevante de la vida universitaria, que aporta un valor indiscutible a la enseñanza del derecho de los alumnos de pre-grado, a la educación continua de nuestros egresados, a la actualización y formación permanentes de la comunidad jurídica nacional, y a la vinculación con el medio de la Universidad San Sebastián.

Durante el año 2014 se desarrollaron por parte del IDEJ una serie de charlas, jornadas y seminarios que contribuyeron a la enseñanza de los alumnos de pre-grado, concretando así la visión del proceso educativo que nos asiste, en la cual la adquisición de conocimientos y habilidades se produce a través de múltiples formas, siendo una de ellas las instancias de sociabilización que se generan en espacios de encuentro y difusión del saber como éstos, en donde los alumnos pueden percibir los conocimientos teóricos y experiencia práctica del ejercicio profesional de parte de actores autorizados en el saber, y en donde, además, se generan oportunidades para conocer y compartir con otros miembros de la vida universitaria y civil. En definitiva, la labor de extensión del IDEJ contribuye permanentemente a la formación de nuestros alumnos, para que no sólo destaquen en lo operativo, sino que también, en lo humano, en lo científico, y en lo social.

Asimismo, algunas de estas actividades contribuyen de manera significativa a plasmar la vocación por lo público y lo social que ha marcado a esta casa de estudios desde sus comienzos. Es el caso, por ejemplo, de las Segundas Jornadas Interdisciplinarias de Estudios sobre el Adulto Mayor, que congregaron, además de alumnos y profesionales vinculados a la temática, a una gran cantidad de adultos mayores que pudieron aprender acerca de sus derechos y de las políticas públicas que los benefician, siendo esta actividad el complemento ideal del trabajo que desde ya hace algún tiempo desarrolla la Facultad a través de sus Clínicas Jurídicas, en la cual los alumnos con la guía de un profesor, tramitan casos vinculados al adulto mayor, entre otros. Así, las actividades de extensión del IDEJ contribuyen de manera importante a fortalecer la vinculación con el medio de nuestra casa de estudios.

En la primera parte de la Segunda Sección sobre Investigación Jurídica, el Anuario presenta diversos artículos de análisis jurídico. Los primeros tres de ellos están dedicados a la temática del derecho laboral, la cual ha cobrado fuerza en el último año debido a las reformas laborales que impulsa el gobierno. En este sentido, constituyen un aporte al debate nacional, al ampliar el conocimiento de los lectores acerca del estado actual del derecho laboral en materia procedimental, de seguridad laboral, y de acoso laboral o mobbing. El siguiente artículo también aborda un tema de contingencia nacional, cual es el debate en torno a la necesidad de una nueva Constitución Política para Chile, en donde el autor argumenta acerca de la urgente necesidad de dicho cambio, y aporta insumos útiles para comprender los distintos mecanismos a través de los cuales éste se puede concretar.

Los últimos dos artículos están referidos a temas penales. El primero de ellos (quinto artículo de la Sección) analiza el artículo 390 del Código Procesal Penal relativo a la presentación por parte del fiscal del requerimiento en procedimiento simplificado, y plantea que dicho artículo presenta vicios de constitucionalidad a la luz del derecho a defensa, en particular, con el derecho que tiene el imputado a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar su defensa y a presentar prueba de descargo. El sexto y último artículo aborda una de las innovaciones más importantes en el ámbito de la penalidad en Chile, cual es la reforma a la Ley N°18.216 sobre medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, realizada por la Ley N° 20.603 (13 de junio de 2012), que introdujo las “penas sustitutivas” en el ordenamiento jurídico chileno. El artículo se aboca en particular al análisis de la llamada “pena mixta”, la cual presenta múltiples complejidades desde el punto de vista jurídico y de su implementación práctica. Desde esa perspectiva, el artículo constituye una valiosa herramienta teórico-práctica para el trabajo de los operadores del sistema penal, penitenciario, abogados en ejercicio, académicos e investigadores. Este trabajo, inédito, es parte de la investigación realizada por la autora en el marco de sus tesis de magíster.

La segunda parte de la sección de Investigaciones Jurídicas contiene una serie de ponencias presentadas por académicos y operadores del sistema de justicia, en el marco de seminarios y actividades de extensión organizadas por el IDEJ durante el año 2015. Así, esta sección se inicia con dos ponencias que dan continuidad al tema de las penas sustitutivas abordado en la parte anterior de esta Sección: la primera de ellas realiza un análisis jurisprudencial sobre la ley 20.603, y tiene la virtud de que su autor es Juez de Tribunal Oral en lo Penal, y la segunda, realiza un análisis de la Ley 20.603 desde la perspectiva de la defensa, abordando sus problemas de aplicación práctica y de interpretación jurisprudencial y doctrinaria, siendo su autor, un ex Defensor Regional. La tercera ponencia se hace cargo de un tema central en las actividades de extensión de la Facultad, para las cuales se han realizado alianzas estratégicas entre las Clínicas Jurídicas de la misma y el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA), y versa sobre la problemática social y jurídica del adulto mayor en Chile, describiendo un perfil demográfico de este grupo etario, haciendo un análisis histórico y estadístico sobre las familias en general, y la vejez en particular, y abordando la problemática específica del maltrato al adulto mayor.

Finalmente, es preciso señalar que las actividades de extensión que se informan en el presente Anuario dan cuenta del tremendo esfuerzo realizado por el anterior Director del IDEJ, el Sr. Luciano Hutinel Penjean, quien dio forma y vida al Instituto y que a partir del año 2015 abordó otros rumbos en su vida profesional. Le deseamos el mayor de los éxitos en su siguiente desafío, que estamos seguros cumplirá tan bien o mejor que el que realizó con el Instituto.

Los desafíos que el IDEJ se ha planteado para los próximos años en todas las sedes de la Facultad son:

En el ámbito de la Extensión y Vinculación con el Medio, continuar con el importante trabajo que se ha desarrollado hasta ahora en dicha área, pero ampliándolo hacia la elaboración e implementación de proyectos colaborativos, que impliquen alianzas y colaboración con la industria y la comunidad, para resolver desafíos reales y relevantes a objeto de potenciar el rol de la USS en el pregrado, e impactar a la comunidad a través del mejoramiento de su calidad de vida, productividad, servicio u otros beneficios. Asimismo, un desafío permanente es dar aplicación plena al principio de eculización de nuestras actividades de extensión en todas las sedes de la Facultad.

En el ámbito de la Docencia de Postgrado, ampliar nuestra oferta de la misma, con programas de post-grado de calidad, que beneficien a los abogados, profesionales del derecho y, muy especialmente, a nuestros egresados.

En el ámbito de la Investigación, profundizar esta línea de acción, desarrollando y promoviendo investigación de excelencia, que contribuya tanto a la docencia como al saber puramente científico, y que se exprese en publicaciones indexadas y de calidad. Para ello, el año 2015 el Instituto ha fortalecido a su equipo, incorporando a un investigador de jornada completa, el Doctor en Derecho Penal por la Universidad Pompeu Fabra, Sr. Iván Navas Mondaca, e integrando en el proyecto de Observatorio Constitucional del IDEJ al recientemente incorporado Prof. de Derecho Constitucional de esta Facultad, Sr. Marcelo Silva Ahumada. El IDEJ, junto con elaborar investigación propia, tiene por fin además promover y facilitar entre los docentes de la Facultad, en todas sus sedes, la investigación de excelencia, para lo cual implementará planes y tomará acciones tendientes a ese fin.

Esperamos seguir creciendo como Instituto, cumpliendo todos los desafíos que nos hemos planteado, para llegar a concretar la misión que le dio vida, cual es, la de convertirnos en un referente nacional en el desarrollo de las labores de extensión, docencia de post-grado e investigación.

Alejandra Díaz Gude
Directora Instituto de Estudios Jurídicos



II.
SECCIÓN DE
EXTENSIÓN

“El rol del abogado en la investigación de delitos en Chile”.

Fecha: 19 de mayo de 2014. Sede: Santiago.

El encuentro marcó el inicio de las actividades que desarrolló la Facultad de Derecho en 2014, y buscó que los alumnos se interiorizaran sobre el quehacer práctico de su profesión. Bajo el título “El rol del abogado en la investigación de delitos en Chile”, el Instituto de Estudios Jurídicos (IDEJ), perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián, realizó esta conferencia que contó con la presencia de Jorge Vitar, fiscal del Ministerio Público y académico del magister de la USS.

El encuentro marcó el inicio de las actividades que el 2014 desarrolló la facultad, encabezada por el decano Xavier Armendáriz. En esta instancia inaugural, se buscó que los alumnos se interiorizaran sobre las realidades prácticas de la profesión. Para esto, Jorge Vitar realizó una conferencia que tuvo como objetivo que los estudiantes comprendieran, mediante su experiencia, el rol del abogado.

La charla, impulsada por el IDEJ, se enmarca dentro de un proceso en que los académicos buscan acercar a los alumnos al mundo del derecho, con el objetivo de mostrarles lo diverso y amplio del mundo jurídico y, de este modo, afianzar en ellos una idea de sus futuras proyecciones en el ámbito laboral.

Luciano Hutinel, ex Director del IDEJ, explicó que este ciclo está especialmente pensado para que los alumnos se interioricen sobre su amplio campo profesional: “Para nosotros era fundamental llevar a cabo este ciclo de charlas, con el objetivo de llevar, a los alumnos, los conocimientos y herramientas que les permitan encantarse, aún más, con la carrera. Con esto, buscamos, a partir de la experiencia práctica y real de colegas abogados, poder transmitirles a nuestros alumnos aquella parte mágica de la carrera, que tiene que ver con el ejercicio diario y como éste, que a veces

es tan distante de lo que uno estudia, puede convertirse en algo tan apasionante en el ejercicio de la profesión”.

Fernando Ruiz de Gamboa, alumno de primer año de la carrera de Derecho, fue uno de los asistentes a esta conferencia. Para él, este tipo de instancias son sumamente enriquecedoras para los estudiantes: “Me parece súper interesante que la universidad genere este tipo de instancias, ya que nos permiten interiorizarnos más sobre nuestra futura profesión. Además (...) estas charlas son sumamente constructivas y refuerzan mucho nuestro material académico”.

El conferencista, Jorge Vitar, se centró principalmente, en los cambios estructurales del nuevo sistema judicial: “Lo importante es mostrar la realidad de lo que implica ser abogado hoy, en el Chile del Siglo XXI, en sistemas que ya no son escritos como antes, sino orales, con audiencia en los tribunales, con mucho trabajo de litigación, argumentación, de cumplir un rol determinado y eso impone nuevos desafíos, que si bien son más exigentes para los alumnos, también los reconforta mucho más”.

El fiscal del Ministerio Público y también académico del magister USS, quedó gratamente sorprendido con los estudiantes asistentes a la conferencia: “Me llevó una muy buena impresión. Vi alumnos muy motivados, interesados en la exposición y con conocimientos jurídicos muy bien incorporados respecto a qué rol se cumple en esta función”, finalizó.



Seminarios

“Aproximación a la problemática social y jurídica asociada al adulto mayor en Chile”. Segunda y tercera versiones.

Fecha: 27 de mayo y 21 de octubre de 2014.

Sede: Santiago.

En las actividades denominadas “Segundas Jornadas Interdisciplinarias de Estudios sobre el Adulto Mayor” y “Terceras Jornadas Interdisciplinarias de Estudios sobre el Adulto Mayor”, se llevaron a cabo temáticas de impacto social y jurídico, asociados al adulto mayor.

En los encuentros se abordaron temas referentes a las políticas gubernamentales en torno a la tercera edad, y a la promoción y protección de los derechos de los adultos mayores frente a los órganos del Estado y especialmente ante los Tribunales de Familia.

Que el adulto mayor se informe sobre las políticas públicas y sociales que el Estado implementará, fue el objetivo de las actividades que organizó el Instituto de Estudios Jurídicos de la Universidad San Sebastián, en conjunto con Centro de Medidas Cautelares, de los Juzgados de Familia de Santiago y el Servicio Nacional del Adulto Mayor (SENAMA).

Ambas actividades se dividieron en dos bloques y los encuentros contaron con expositores de primer nivel. Paula Peña, abogada del programa contra el maltrato y abuso al adulto mayor del SENAMA, fue la moderadora del primero de ellos, que contó con las presentaciones de Tania Mora, jefa de la Unidad Jurídica de SENAMA, y Jessica Arenas, juez preferente del Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago, quienes abordaron los temas “Discriminación y maltrato al adulto mayor” y “Violencia de pareja y maltrato al adulto mayor. Aspectos psicosociales y normativos”, respectivamente.

Durante la segunda parte de la actividad, moderada por Ricardo Pérez de Arce, coordinador de Clínicas Jurídicas de la Universidad San Sebastián, se presentaron las panelistas Yasna Otárola, directora del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho USS, y Gladys González, jefa Unidad de Programas de la División de Gestión y operación Territorial SENAMA, quienes dictaron las conferencias “Capacidad y Representación de los adultos mayores desde la autonomía progresiva” y “Oferta Programática de SENAMA y Establecimientos

de Larga Estadía”.

Para Gloria Ana Chevesich, ministra vocera de la Corte Suprema y una de las invitadas al encuentro, la actividad fue una oportunidad para orientar e informar a la tercera edad: “Fue muy interesante el trabajo, porque los temas tratados son acuciantes para los ciudadanos y se entregaron herramientas e instrumentos para poder solucionar los conflictos que atañen al adulto mayor”.

Por su parte, Tania Mora, directora subrogante de SENAMA, explicó que lo esencial de estos encuentros fue informar sobre cómo pueden ejercer sus derechos las personas mayores de 60 años: “el mensaje principal es relevar y reconocer a los adultos mayores como sujetos de derecho, es decir, que entiendan que tienen exactamente los mismos derechos que el resto de los ciudadanos y, por lo tanto, las mismas posibilidades de ejercerlo. Nuestro trabajo es buscar cómo les entregamos las herramientas suficientes para que puedan hacer usos de ellos y ejercitarlos”.

Roberto Ojeda, coordinador nacional de IDEJ USS, cree que estos encuentros permitirán un mejoramiento en cómo se están enfrentando las soluciones dadas al adulto mayor: “Creo que el público objetivo quedó bien informado sobre las políticas públicas que se plantearon para mejorar el sistema. Y estamos seguros que la implementación de éstas se harán de la mejor forma”.

Además, agregó que las “Segundas y Terceras Jornada Interdisciplinarias de Estudios sobre el Adulto Mayor” fueron el punto de partida para comprender que la edad avanzada no implica diferencias de trato ni de derecho, por lo que es muy importante instalar una cultura del buen trato hacia las personas mayores”, finalizó Ojeda.



XXI Jornadas nacionales de derecho del trabajo y seguridad social. “Riesgos laborales, protección y fiscalización laboral”.

Fecha: 22 y 23 de mayo de 2014.
Sede: De la Patagonia en Puerto Montt.

Destacados expositores ahondaron en la Sede De la Patagonia, temáticas relacionadas con los riesgos laborales, la seguridad social y la fiscalización laboral.

Alrededor de un centenar de profesionales del derecho se dieron cita en la sede De la Patagonia de la Universidad San Sebastián para participar de las XXI Jornadas Nacionales del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, los días 22 y 23 de mayo.

La actividad, organizada por el IDEJ y la carrera de Derecho de la USS, junto a la Sociedad Chilena de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social, contó con el auspicio de Asociación de Magistrados de la Región de Los Lagos, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), la Oficina de Defensa Laboral y de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región del Bío Bío.

Los temas abordados durante la jornada fueron régimen jurídico de responsabilidad laboral del empleador, el trabajo en régimen de subcontratación y los riesgos laborales y el rol de la administración. La iniciativa contó con diversos expositores, entre los que figuran abogados de Santiago, Concepción, Valparaíso, Valdivia, Osorno y Puerto Montt, entre quienes se destacan la Directora Nacional del Trabajo, jueces, docentes y abogados de ejercicio independiente especializados en la materia, quienes profundizaron en el marco legal que acoge los derechos y responsabilidades de los trabajadores.

En este contexto, el director de la carrera de Derecho de la Universidad San Sebastián, de la sede Patagonia, Jorge Martel, señaló que la jornada fue sumamente positiva por

cuanto reforzó, actualizó y reflexionó sobre un ámbito de conocimiento que día a día suma nuevos casos en el sistema judicial chileno.

“La verdad es que estos son temas que están en pleno desarrollo, producto de la última reforma que hubo en el año 2010 y que implementó los nuevos tribunales del trabajo. De manera que estar a la vanguardia de los nuevos procedimientos orales nos permite efectuar una mejor labor profesional, considerando el tiempo como factor clave en estos procesos. Recordemos que con esta reforma (laboral) se pasó de procedimientos antiguos y escritos a procedimientos orales que facilitan la sentencia emitida por los diferentes organismos en un máximo de 60 días, cuando antes se demoraban años”, indicó Martel. En este contexto, el académico informó que entre los docentes que expusieron se encuentran profesionales que serán expositores en el programa de Magíster en Derecho del Trabajo y Litigación Oral Laboral que la Universidad San Sebastián dictará en Puerto Montt a partir de julio, el cual pretende especializar a operadores del sistema judicial laboral, principalmente en el acceso de un sistema que se destaca por la rapidez de los procedimientos, lo que requiere desarrollar habilidades especiales por medio de un programa de este tipo y calidad.



Seminario “Una mirada interdisciplinaria sobre la violencia.”

Fecha: 6 de agosto de 2014.
Sede: Santiago.

El Instituto de Estudios Jurídicos USS (IDEJ) congregó a especialistas de diversas áreas para analizar las motivaciones y las consecuencias de la violencia en nuestra sociedad. Generando un espacio de análisis multidisciplinar, la Facultad de Derecho USS planteó en el campus Bellavista una reflexión académica en torno a la violencia intrafamiliar, a través de criterios jurídicos y sicosociales con el objetivo de avanzar en la protección integral de las personas, como un adelanto del Diplomado en Derecho sobre Violencia Intrafamiliar que dictará nuestra Casa de Estudios.

El seminario “Una Mirada Interdisciplinaria Sobre la Violencia” contó con la participación de un panel de especialistas que, desde su particular punto de vista profesional, profundizaron en esta problemática transversal en nuestra sociedad. Inauguraron el seminario Hugo Lavados, rector de la U. San Sebastián; Xavier Armendariz, decano de la Facultad de Derecho USS, y Luciano Hutinel, director del Instituto de Estudios Jurídicos (IDEJ). Además, Olga Feliú, presidenta del Colegio de Abogados de Chile A.G. entregó un saludo protocolar a los organizadores y asistentes.

El primer panel estuvo compuesto por la abogada María Cecilia Ramírez, ex directora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y de Violencia Intrafamiliar de la Fiscalía Nacional y académica de Derecho Penal en la USS, quien expuso el tema “El error de prohibición a propósito de la Ley de Violencia Intrafamiliar”. Complementó este bloque el sociólogo Mario Sandoval con su ponencia “Los factores sociales que motivan la violencia”, y cómo la invisibilidad ante la pertenencia en grupos sociales puede gatillar conductas violentas.

El segundo bloque fue encabezado por la abogada Yasna Otárola, directora del Departamento de Derecho Privado USS y académica de Derecho Civil en la USS, quien presentó “Una mirada crítica sobre la Ley de Violencia Intrafamiliar”. El seminario cerró con la ponencia “La institución multi problemática y los factores emocionales de la violencia” del médico psiquiatra Fernando Mac-Adoo. Cabe destacar que estos profesionales son parte del Diplomado en Derecho sobre Violencia Intrafamiliar que el IDEJ y la Facultad de Derecho dictarán en la USS Santiago. Este programa está diseñado no sólo para abogados, sino que incorpora una

visión integral de los diferentes profesionales que trabajan en temáticas de violencia intrafamiliar, en su prevención y en la ayuda a las víctimas.

Luciano Hutinel, ex director del Instituto de Estudios Jurídicos (IDEJ) USS, explicó que “este seminario giró en torno a la violencia como fenómeno transversal, y en el Diplomado nos enfocaremos en lo que ocurre dentro del núcleo parental, a objeto que los profesionales asistentes conozcan y puedan participar de este programa. El valor de este diplomado es que no está sólo dirigido a abogados, sino que en lo profesional es transversal para médicos, psicólogos, asistentes sociales, en general desde todos los operadores que desde distintos ámbitos tienen que trabajar con la violencia. El cuerpo académico entrega desde su nicho en el sistema una experiencia práctica sumamente valiosa”. Olga Feliú, presidenta del Colegio de Abogados de Chile A.G., valoró “la labor de las universidades en temas de estudio tan trascendentes como la violencia intrafamiliar, es un trabajo mirado como algo absolutamente positivo. Este seminario y este diplomado que hoy se está iniciando, forma parte de lo que la enseñanza moderna universitaria considera como indispensable, la formación continua de los profesionales. Y temas como este que convocan a muchas disciplinas cuyos resultados efectivos esperamos, serán el fruto del trabajo no sólo de abogados, sino de médicos, psicólogos, terapeutas. Todas estas experiencias son indispensables para buscar soluciones”.

Uno de los asistentes al seminario fue Renato Segura, juez Presidente del Juzgado de Familia de Los Andes, quien precisó que “este es un tema altamente complejo, multidisciplinario y multifactorial, por lo que el enfoque que la ha dado la Universidad San Sebastián tiende a considerar estas perspectivas, lo que es altamente conveniente para los profesionales, el no tener una visión sesgada, y que complemente diferentes experiencias como lo han planteado los expositores”.



Charla: “La declaración de niños como medio probatorio en delitos sexuales: una mirada al caso hijitus de la Aurora”.

Fecha: 30 de julio de 2014.

Sede: De la Patagonia en Puerto Montt.

La abogada María Elena Santibáñez ofreció charla en la USS De la Patagonia, campus Osorno, sobre los alcances del proyecto que intenta evitar una doble victimización en los niños enfrentados a juicios.

“La declaración de niños como medio probatorio en delitos sexuales: una mirada al caso Hijitus de la Aurora” es el nombre de la charla que ofreció en Osorno la destacada abogada penalista, María Elena Santibáñez, abogada de la Pontificia Universidad Católica, PUC, Profesora del magíster en Derecho Penal de la USS, y ex directora de la Unidad de Delitos Sexuales del Ministerio Público.

La actividad se realizó ante la presencia de estudiantes, docentes, invitados especiales y destacados abogados de la ciudad, entre ellos un juez y una fiscal que no solo escucharon a la expositora respecto del proyecto que existe en el congreso para cambiar aspectos relevantes de la declaración de un menor en un juicio por abuso, sino que aportaron a una discusión que se tornó constructiva y enriquecedora para todos los asistentes.

La expositora, María Elena Santibáñez, valoró el proyecto que pretende que los niños declaren sólo una vez en un juicio por este tema, destacó varios aspectos que cambian y que a su juicio, serán positivos para agilizar y esclarecer

los hechos, por la integridad del niño y su familia, sin embargo, también hizo algunos reparos en las formas y en aspectos que deben modificarse antes de ser aprobado. “El avance de este proyecto supone limitar la declaración de los menores a dos instancias, una investigativa y una judicial, a una prohibición a los operadores del sistema para tomar declaraciones a los menores de tal manera que sólo sean personas especializadas que hagan esa labor y establecer estas declaraciones únicas de tal manera que si los juicios orales se repiten, no tengan que volver a prestar declaración estos menores, evitando la segunda victimización”, sostuvo la experta.

La charla organizada por el Instituto de Estudios Jurídicos y la Facultad de Derecho de la USS se realizó en el auditorio Azul y abordó una materia tan importante como actual, que ha acaparado gran espacio en la opinión pública debido a los mediáticos casos que se han presentado.



**Seminario Internacional
“Precongreso mundial de la infancia y la adolescencia”.**

Fecha: 21 de octubre de 2014.

Sede: Santiago.

En el marco del VI Congreso Mundial de la Infancia y la Adolescencia que se realizó en México, la Facultad de Derecho USS organizó un pre congreso sobre la temática. Con la participación de un panel de expertos internacionales, el Instituto de Estudios Jurídicos (IDEJ) y la Facultad de Derecho USS, llevaron a cabo el “Precongreso Mundial de la Infancia y la Adolescencia. El aporte de la academia a 25 años de la Convención de los Derechos del niño”, en el marco del VI Congreso Mundial de la Infancia y la Adolescencia, que se realizó en Puebla, México, del 12 al 14 de noviembre de 2014.

En la oportunidad, Estela Ortiz, Secretaria Ejecutiva del Consejo Nacional de la Infancia, dio la bienvenida a los asistentes, y enfatizó respecto a la importancia política que reviste proteger la infancia en los países que miran al desarrollo.

“Avanzar a garantizar derechos no es un tema menor porque cuando uno hace eso, se entiende que es exigible el cumplimiento de esos derechos, es un tema que tensiona a todo el Estado, a los referentes políticos, lo que es un desafío enorme y el cumplimiento de un sueño que apunta

a mejorar la vida de las personas”, destacó la profesional. A través de la exposición de dos paneles de discusión, los académicos invitados intercambiaron ideas y experiencias sobre los derechos de la infancia y la adolescencia, a través de una mirada interdisciplinaria, abordando su arista en el ordenamiento jurídico.

La jornada, inaugurada por el rector de la Universidad San Sebastián, profesor Hugo Lavados, contó con la participación de la Dra. Úrsula Basset, quien dictó la Clase Magistral inicial, además de Solange Bertrand, directora de Psicología USS Santiago y Yasna Otárola, directora del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de nuestra Casa de Estudios, quienes integraron los paneles de análisis.



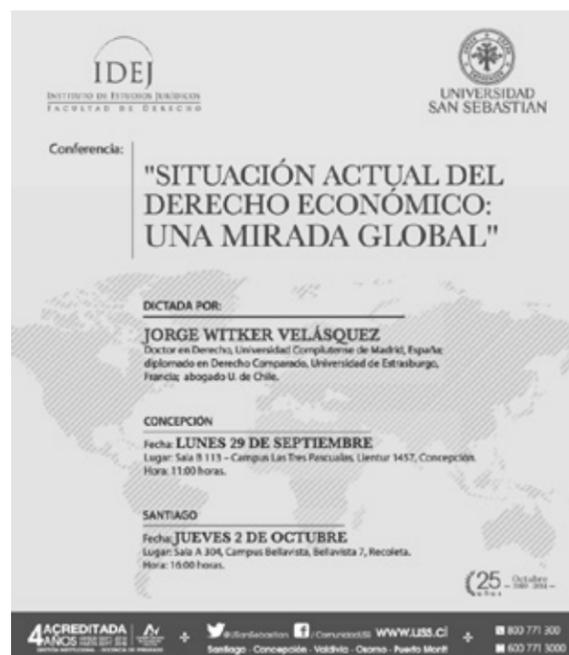
Seminario
“Situación actual del derecho económico: Una mirada global”.

Fecha: 29 de septiembre de 2014.
 Sede: Concepción.

Fecha: 02 de octubre de 2014.
 Sede: Santiago

Con fechas 29 de septiembre y 2 de octubre, se llevaron a cabo los seminarios sobre derecho económico, organizados por el Instituto de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián, titulados “Situación actual del derecho económico: Una mirada global”, impartidos por don Jorge Witker Velásquez, abogado e investigador de planta del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), en nuestras sedes de Concepción y Santiago, respectivamente. En la actividad, el expositor invitado abordó las diferentes aristas del derecho económico global, invitando a los asistentes a reflexionar sobre las verdaderas causas del deterioro económico que se encuentran en franca expansión, y cómo el rol de los Estados, a través de sus políticas públicas, pueden influir sustancialmente en la mejora continua de la economía a gran escala. El Sr. Witker anunció que “las economías globales enfrentan una clara crisis en sus bases, ya que los Estados buscan, por todos los medios, expandir la influencia de sus nacionales, incentivando la búsqueda de oportunidades, generalmente ligadas a beneficios gubernamentales, basados en ayudas que deterioran la competencia entre particulares”. En la oportunidad se congregó a alumnos, egresados, docentes y directivos de las sedes de la Universidad San Sebastián en donde se llevó a efecto el seminario, quienes valoraron la actividad indicando que “iniciativas como estás, nos ayudan a reflexionar sobre qué pasa en nuestro entorno, nos hacen más competentes como futuros abogados, y nos ayudan a tener una visión clara del panorama y de las reglas del juego que actualmente

existen en la economía global”, dijo Roberto Ojeda Amigo, Secretario Ejecutivo del Instituto de Estudios Jurídicos. El Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián. Xavier Armendáriz manifestó que “el acercamiento entre naciones en el ámbito económico es el cauce que se debe seguir y ayudar a mantener para el éxito del crecimiento en la región. Si bien Chile es un ejemplo para Latinoamérica, aún nos falta mucho por avanzar, y la integración es el camino por el cual debemos transitar”. Fruto de este encuentro, se crearon lazos permanentes entre el Instituto de Estudios Jurídicos (IDEJ) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que tienen por objeto concretar una alianza estratégica para fomentar el conocimiento y el debate del derecho a nivel nacional e internacional, con las experiencias que Chile y México puedan aportar al respecto.



Seminario
“Ley 20.720 de insolvencia y Reemprendimiento. Nueva ley de quiebras”.

Fecha: 12 de noviembre de 2014.
 Sede: De la Patagonia en Puerto Montt.

Con motivo de la promulgación y posterior publicación de la nueva Ley 20.720 sobre insolvencia y reemprendimiento (que deroga a la antigua ley de quiebras), se llevó a cabo en la sede Puerto Montt, el Seminario titulado “Ley 20.720 de insolvencia y reemprendimiento. Nueva ley de quiebras”, organizado por la carrera de derecho de esa sede y el Instituto de Estudios Jurídicos (IDEJ) de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián.

En el encuentro se dieron cita docentes, alumnos, jueces y comunidad jurídica en general, incluso autoridades de gobierno, quienes valoraron la iniciativa y apreciaron el valor de la información entregada en la oportunidad.

“Es jurídicamente relevante contar con todas las herramientas que nos entrega el ordenamiento jurídico para poder hacer frente a casos de insolvencia que enfrentan tanto las personas naturales como las empresas. Chile está a la vanguardia en esta materia y son los tribunales quienes deben definir el nuevo enfoque que asumirán las controversias”, comentó Enrique Concha Matus, quien expuso claramente sobre el tema. El Sr. Concha es abogado por la Universidad de Concepción y Síndico de Quiebras y Liquidador y Veedor según la nueva ley.

El seminario abordó los casos en que personas naturales y jurídicas caen en insolvencia por cesación de pagos, además de las causales que pueden invocar los acreedores en juicio y las posibilidades de salvar el negocio y patrimonio a través de fórmulas más expeditas y con mayor información, ya que hay un contacto más directo y transparente entre todos los actores de un proceso judicial.

La iniciativa demostró ser un aporte al conocimiento jurídico esperado por los alumnos y asistentes al seminario, quienes elogiaron la presentación hecha en la oportunidad y esperan que “instancias como éstas se sigan haciendo para

incentivar el debate jurídico y conocimiento práctico del mismo, ya que contar con la presencia de un operador del sistema es la mejor forma que tenemos para inmiscuirnos en la nueva institucionalidad comercial”, comentó el Director de la carrera de Derecho en Puerto Montt don Jorge Martel Rayo.

Por su parte, Roberto Ojeda Amigo, secretario ejecutivo del Instituto organizador, Sede Puerto Montt, indicó que: “la escuela de derecho está a la vanguardia de los nuevos hitos legislativos que cambian el antiguo modelo concursal por un nuevo procedimiento de Reemprendimiento. Es vital para nuestros alumnos contar con una visión práctica y actual de la nueva normativa comercial”.





II
SECCIÓN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA

Primera Parte
ARTÍCULOS

A.

VISIÓN CRÍTICA DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO LABORAL A LA LUZ DEL DEBIDO PROCESO. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y SU POSIBLE SOLUCIÓN.

Robert Concha Tapia^{1}*

RESUMEN

Reconociendo el positivo impacto que ha tenido en la satisfacción de los requerimientos de acceso a la justicia por parte de los trabajadores, el presente artículo se propone efectuar una visión crítica del Procedimiento Monitorio Laboral vigente en Chile, en cuanto a la posible vulneración al debido proceso, atendidas las particulares características de que ha sido dotado por nuestro legislador y en su aplicación práctica por parte de la judicatura. Pretende también, otorgar algunas fórmulas de solución para salvar estos cuestionamientos críticos.

Palabras clave: Procedimiento monitorio, Debido proceso.

ABSTRACT

Acknowledging the positive impact that the requirements of access to justice for workers has had, the following article has the aim to show a critical view of the labor monitoring procedure in Chile nowadays in regards to the vulnerability of the aforesaid procedure, addressing the peculiarities which have been incorporated in it by the legislator as well as its direct implementation by the judiciary. It hopes as well to provide solutions to overcome those critical questionings.

Key words: Monitoring procedure, due process.

.....
1_ *Abogado. Profesor adjunto de Derecho Laboral Universidad San Sebastián.

I. INTRODUCCIÓN.

No cabe duda que el procedimiento monitorio, introducido en nuestra legislación procesal laboral, merced a las leyes N°20.087 y su modificatoria posterior N°20.260, ha constituido un novedoso y eficaz aporte de nuestro legislador a la administración de justicia para los trabajadores, en la búsqueda de "... materializar, en el ámbito del proceso laboral, un sistema de garantías procesales que se orienten a dar efectividad al derecho sustantivo".²

Se trata con este procedimiento de dotar a las contiendas para las que ha sido establecido, de un sistema ágil, expedito y de breve tramitación, para obtener un resultado eficiente y en el más corto plazo, resultado que no es otro, en el caso que nos ocupa, que posibilitar al trabajador hacerse de un título ejecutivo por medio de la inversión de la iniciativa del contradictorio. Ya veremos más adelante que, en el caso chileno, atendidas las particulares características de que se ha dotado a nuestro procedimiento monitorio, la aludida inversión se encuentra atenuada hasta el punto de que se podría afirmar que éste se ha desnaturalizado. A lo que nos enfrentamos, es a un procedimiento que rompe la estructura clásica y de orden lógico del ejercicio de la jurisdicción, con sus etapas de discusión, prueba y resolución. No es dicha estructura la que sigue el procedimiento monitorio. En efecto, su característica principal es la posibilidad de que se obtenga, frente a la demanda del actor, una resolución –sentencia monitoria- que acoja inmediatamente sus pretensiones, desplazando la iniciativa del contradictorio al demandado a quien, sin haber sido escuchado, y solo una vez notificado legalmente, se le entrega la alternativa de reclamar de esta resolución para acceder a un procedimiento declarativo posterior. Son, en consecuencia, las particulares características de este procedimiento, las que plantean dudas o eventuales problemas, cuando lo contrastamos con la "igualdad jurídica entre las partes del proceso, viga maestra del debido proceso"³.

Y a algunas de estas dudas o problemas -los que consideramos más relevantes-, dedicaremos nuestro estudio y análisis crítico, en la búsqueda de resolver la interrogante respecto de si el procedimiento monitorio

establecido por nuestro legislador del trabajo, se encuentra o no subordinado a la garantía constitucional del debido proceso.

II. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO.

1. Concepto de Procedimiento Monitorio.

Reconociendo la dificultad que plantea el tratar de englobar en una sola construcción de palabras las distintas variables que ha presentado históricamente y en distintas legislaciones el procedimiento monitorio, nos aventuramos a recoger un concepto que lo describe como: "Procedimiento a través del cual, concurriendo las condiciones requeridas por la ley, el juez emite una resolución sobre el fondo (normalmente idónea a provocar la ejecución forzosa), a petición de una de las partes, sin el previo contradictorio de la parte frente a la cual la resolución ha sido emitida".⁴

Desde luego, cabe señalar que, tal como adelantamos en la Introducción de este trabajo, la característica central del monitorio consiste en que se produce un distanciamiento de la forma clásica de actuación jurisdiccional. Como indica el destacado profesor Piero Calamandrei: "En su desarrollo normal y completo, la actuación jurisdiccional del derecho pasa, pues, a través de dos fases, cognición y ejecución, coordinadas y complementarias entre sí, en el sentido de que la primera de ellas sirve de preparación y de premisa a la segunda"⁵.

Agrega, el autor en referencia, más adelante, ya esgrimiendo una justificación inicial para la existencia del procedimiento monitorio que: "si la fase de cognición, considerada en su relación de medio a fin frente a la fase ejecutiva, se puede definir como aquella fase del proceso en que se construye el título ejecutivo, nada impide que la cognición pueda ser reducida, o aún omitida del todo, cuantas veces el ordenamiento jurídico ofrezca para la construcción del título ejecutivo medios más expeditos y más económicos que el proceso ordinario de cognición, lento, complicado y dispendioso".⁶

De lo antes expresado, cabe concluir que la visión crítica

en relación a la lentitud en la resolución de los juicios "ordinarios" declarativos en general, es de antigua data y que, en nuestro país, compartiéndose el diagnóstico, se buscó otorgar a los demandantes de justicia laboral la posibilidad cierta de ver satisfechas, en forma rápida y oportuna, sus necesidades de solución jurisdiccional, garantizándose con ello la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Despejada la inquietud inicial, tendiente a conceptualizar a este procedimiento objeto de nuestro estudio, conviene ahora detenernos un instante en su calificación de "monitorio". Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la voz "monitorio" significa, en su acepción más cercana a la materia que nos ocupa: "Que sirve para avisar o amonestar".

En este caso, es el juez laboral, ante la solicitud del interesado, quien ejerce la "monición", definida igualmente por la RAE como "2 f. Advertencia que se da a alguien". Y esa advertencia, no podemos sino concluir que consiste en "el mandato o imposición de pago que realiza el juez contra el deudor, a petición del requirente, inaudita altera pars, es decir, sin previa audiencia del requerido"⁷.

Llevada al ámbito procesal, esta "amonestación del juez", cuyo destinatario no es otro que el demandado, tiene por objeto sacarlo de su estado de pasividad (y, en su caso, renuencia a pagar las prestaciones adeudadas), bajo el apercibimiento cierto de que, si no hace uso dentro de plazo de la alternativa de reclamación que le otorga la ley, por vía breve y sumaria, quedará configurado un título ejecutivo en su contra que tiene por finalidad la realización de una prestación, para cuyos efectos el ejecutante, como en todo procedimiento ejecutivo, contará con las herramientas legales para obtener el cumplimiento forzado de la obligación, embargando y rematando sus bienes, materializando, de esa forma, el derecho de prenda general.

2. Origen del procedimiento monitorio y su evolución histórica.

Según el profesor Piero Calamandrei, el origen del procedimiento monitorio lo debemos buscar en la escuela italiana, pasando posteriormente a ser recogido por las legislaciones alemana y austríaca. El autor en referencia, expresa que las diversas formas de estos procesos que se han adoptado por estos dos últimos países no son

una creación original del derecho alemán, sino que "por el contrario, los mismos encuentran en el praeceptum executivum sine causae cognitione su directo arquetipo de factura genuinamente italiana".⁸

Se atribuye a los juristas italianos la introducción de este procedimiento en Europa, en fases previas a la Codificación, situándola en el Medioevo, más precisamente en la Alta Edad Media Italiana.

Lo anterior, como consecuencia del cada vez más intenso tráfico comercial que generaban los mercaderes italianos, tanto dentro de los límites geográficos de la Península como fuera de ellos. Consecuencia de este incremento sustancial de las actividades de comercio es también la masificación de obligaciones de crédito, fundamentalmente dineraria.

Acorde con lo anterior, se hizo necesario crear un procedimiento que revistiera de las características de celeridad y eficacia para permitir el rápido cobro de deudas de escasa cuantía, cuya satisfacción se vería muy dificultosa si ello se persiguiera a través de los clásicos procedimientos ordinarios.

En la actualidad, la regulación del procedimiento monitorio y su reconocimiento en las diversas legislaciones que lo han adoptado puede dividirse en dos grandes grupos:

i) Los ordenamientos jurídicos del Norte y Centro de Europa que adhieren al denominado procedimiento monitorio puro, en que se permite acceder a esta herramienta procesal aun cuando no se cuente con un antecedente escrito, un principio de prueba documental que dé legitimidad o que demuestre que la pretensión de cobro es plausible.

Este es el caso del modelo alemán, cuyo procedimiento conocido como "Mahnverfahren" requiere la sola afirmación del acreedor sobre la existencia del crédito del que se pretende titular y de su cuantía, para que la petición que formula sea admitida. Álvaro Pérez Ragone advierte, sin embargo, que en el caso alemán y el austríaco "existe paralelamente un proceso monitorio documental en caso de determinados títulos de crédito, pudiendo en este caso el acreedor optar por algunas de las posibilidades".⁹

Otras legislaciones que acogen este modelo puro son las de Bélgica Holanda y Finlandia.

2_ ORELLANA TORRES, Fernando, Comentarios al Nuevo Proceso Laboral, 2ª edición actualizada, Santiago, Librotecna, 2008, p. 67.

3_ HERNÁNDEZ JARA, Patricio, Procedimiento Monitorio Laboral. Estudio Crítico a la luz del debido proceso y del derecho comparado, Santiago, Librotecna, 2012, p. 19.

4_ DE CRISTOFOLINI, G. Citado por PEREIRA LAGOS, Rafael. El Procedimiento Monitorio Laboral, Santiago, Legal Publishing Chile, 2010, p. 11

5_ CALAMANDREI, Piero, El Procedimiento Monitorio, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, S.R.L., 1946, p.21.

6_ CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 21.

7_ HERNÁNDEZ JARA, Patricio. op. cit., p. 163.

8_ CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 27.

9_ PÉREZ RAGONE, Álvaro, "En torno al Procedimiento Monitorio desde el Derecho Procesal Comparado Europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales", en Revista de Derecho, Vol. XIX N°1, (2005), p 7.

ii) Y en las antípodas del anterior, otro grupo de legislaciones (Francia y España) que adhieren al modelo de procedimiento que exige que, a la pretensión de cobro, se acompañe necesariamente un antecedente previo, un principio de prueba documental por escrito, por cuya razón se conoce a este tipo como procedimiento monitorio documental. En el caso español, por ejemplo, el procedimiento monitorio se encuentra plenamente vigente en la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, que establece que en la presentación inicial que se efectúe, (la que no requiere necesariamente representación de abogado o procurador), se impone al juez la obligación de apreciar los documentos acompañados, y si éstos tienen mérito suficiente como para constituir un principio verosímil de prueba por escrito del crédito y de su exigibilidad, dará lugar al requerimiento.

Europa en general, sin embargo, se encuentra en un estadio más generalizado en la aplicación de este tipo de procedimiento, derivado ello del proceso de integración que ha experimentado como comunidad. Tal es así que, ya desde el año 2000, a través de la Directiva 35/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de junio de dicho año (Artículo 5º) existe una referencia implícita al procedimiento monitorio al establecerse que “los Estados Miembros velarán porque se pueda obtener un juicio ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el juzgado competente siempre que no haya habido impugnación de la deuda”¹⁰

Posteriormente, la Unión Europea dicta el Reglamento 1896/2006 que da vida a un “procedimiento monitorio europeo” el cual se puede utilizar para demandas transfronterizas en materias civiles y mercantiles, manteniéndose los procedimientos especiales de cada país para el cobro al interior de sus respectivas fronteras territoriales.

Y son litigios transfronterizos “aquellos en los que al menos una de las partes está domiciliada o tiene su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la petición”.¹¹

En América Latina, progresivamente se han ido introduciendo procedimientos de este tipo. Tal es el caso Uruguayo, que se condice con el procedimiento monitorio documental, desde que exige un principio de prueba por escrito, a excepción de las situaciones que digan relación con obligaciones emanadas de contratos no cumplidos.¹² Misma cosa ocurre en Brasil, ya que para su procedencia se exige un respaldo documental de la deuda que se intenta cobrar y que éstos documentos tengan mérito ejecutivo.

3. Características del procedimiento monitorio.

De los conceptos que hemos señalado precedentemente, se pueden inferir una serie de características que le dan su fisonomía propia y particular al procedimiento monitorio, las que podemos resumir en las siguientes:

i) Persigue la obtención de un título ejecutivo del que el acreedor no cuenta.

Se trata de la característica más importante del monitorio. El requirente, al intentar la acción, lo que pretende es la satisfacción de un crédito del que goza, pero que no consta en algún documento o instrumento de aquellos a los cuales la legislación reconoce la calidad de título ejecutivo. Y en algunos casos, según se ha dicho, ni siquiera tiene un “principio de prueba por escrito”, pero del contexto del asunto surge la calidad de derecho indubitable.

El título ejecutivo cuya creación se persigue, quedará constituido ante el allanamiento o silencio del requerido frente el apercibimiento del tribunal.

ii) La inversión del contradictorio.

Se rompe en este tipo de procedimiento con el esquema clásico de discusión y posterior resolución. Es decir, en este caso, basta con que el tribunal haya acogido la solicitud del requirente para que éste ya cuente con una “sentencia” en su favor, sin necesidad de pasar por un período de discusión previa.

La contradicción, esto es, la discusión del fondo del asunto sometido a la decisión del tribunal, se producirá sólo una vez que el demandado se haya opuesto, dentro de plazo legal, a lo resuelto por el Tribunal.

Piero Calamandrei señala al respecto que: “mientras el proceso de cognición ordinario se inicia, según el principio del contradictorio con la citación del demandado,

de manera que el juez no emite su pronunciamiento sino después de haber oído también al adversario de aquel que propone la demanda, en estas formas especiales de proceso de cognición, el actor, mediante petición, acude directamente al juez, el cual emite sin previo contradictorio una orden de pago dirigida al demandado, señalándole al mismo tiempo un término dentro del cual éste puede, si le interesa, provocar el contradictorio mediante oposición; con la consecuencia de que, a falta de oposición formulada en tiempo, la orden de pago adquiere, con el transcurso del término, eficacia de título ejecutivo”.¹³

iii) Procedimiento concentrado.

Esta particularidad responde a las mismas características anteriores. La rápida creación de un título ejecutivo, requiere que el procedimiento monitorio sea breve y concentrado. En Chile, por ejemplo, esta situación se ve reflejada en el hecho de que, para el caso de que se deba proceder a conocer del fondo del asunto con mayor detenimiento, ya por oposición del demandado o por disponerlo así el Tribunal, ello se materializa en una audiencia única de contestación, conciliación y prueba (a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de aplicación general que consta de dos audiencias), así como también por el hecho de que la sentencia debe dictarse inmediatamente al término de la audiencia.

iv) La intimación previa del deudor.

Se trata de una característica esencial de este procedimiento, por cuanto la configuración del título ejecutivo que se pretende, requiere que previamente el deudor sea amonestado, apercibido respecto de los efectos que se producirán en su contra de no mediar oposición o reclamación. Lo que se persigue es sacar de la inercia al deudor que se ha mantenido pasivo ante el cumplimiento de una obligación, con la finalidad de que, frente a esta intimación del órgano jurisdiccional, el requerido adopte la actitud de allanarse, reclamar o simplemente guardar silencio, pero en todo caso, con plena conciencia de los efectos que cada una de dichas actitudes le acarrearán.

Por lo anterior, y con la finalidad de garantizar el debido proceso y derecho a defensa, dicha intimación debe serle notificada legalmente.

v) La providencia inicial del Tribunal se dicta “inaudita altera parte”.

Estrictamente vinculada con lo anterior, es la circunstancia de que, en este procedimiento, el tribunal resuelve la solicitud del actor sin haber previamente oído al demandado, alterándose, de esta manera, la forma de aplicación del “principio de contradicción o de bilateralidad de la audiencia”, al menos como tradicionalmente se le conoce, que lleva ínsita la premisa de que el tribunal no puede dictar sentencia sin previamente haber escuchado a las partes en contra de quienes va dirigida al acción, dándole la oportunidad de esgrimir sus defensas y alegaciones. En todo caso, el desplazamiento de la oportunidad de ejercicio de este derecho no es ajeno a los procedimientos judiciales, desde que, por ejemplo, efecto similar observamos en la disposición de medidas cautelares por parte de los tribunales de justicia. Aparece claro que esta característica debe acompañar al procedimiento monitorio, por cuanto, de disponerse que la respuesta del requerido sea dada al proveerse la solicitud, por la vía de un traslado, desnaturalizaríamos completamente al procedimiento en su esencia, transformándolo en un juicio declarativo que podrá ser más breve, pero declarativo al fin y al cabo.

vi) Garantiza la celeridad y economía procesal.

Se persigue con este procedimiento obtener “el máximo resultado en la aplicación de la ley, pero con el menor desgaste del proceso judicial”.¹⁴

En efecto, era reconocido ampliamente en nuestro país y sin margen a discusión el problema de la lentitud en la tramitación de las causas laborales. El profesor Francisco Tapia Guerrero, ya en la década precedente, señalaba: “Uno de los temas centrales del derecho laboral chileno era la excesiva demora en los juicios del trabajo. Por ejemplo en materia de notificaciones procesales, la notificación de la demanda llevaba más de 60 días y las del auto de prueba llevaba 39 días como promedio, en consecuencia teníamos casi 100 días de dilación sólo por las notificaciones”.¹⁵

La cuantía menor de las cuestiones que se someten al monitorio, aconsejan la celeridad y economía procesal que lo caracterizan.

10_ MACÍAS, Cristóbal (2002), Disponible en http://www.colegiodeabogados-delaspalmas.com/revistaweb/noticias/articulo_L.php. Citado por PEREIRA LAGOS, Rafael, El Procedimiento Monitorio Laboral, 1ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2010, p. 7.

11_ HERNÁNDEZ JARA, Patricio. op. cit., p.179.

12_ Código de Procedimiento Civil Uruguayo. Art. 352.

13_ CALAMANDREI, Piero, op. cit., p. 24.

14_ ORELLANA TORRES, Fernando, op. cit., p. 80.

15_ TAPIA GUERRERO, Francisco, La necesidad de reforma procesal laboral y previsional: una constatación empírica, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Nº2, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (2005), p. 19.

De otra forma, se mostraría casi con certeza como un procedimiento ineficaz para cubrir las necesidades de acceso a la justicia a que está destinado.

Hacemos la aclaración, sin embargo, que ni en el Foro para la Reforma Procesal Laboral ni en el posterior proyecto del Ejecutivo, se consideró inicialmente introducir un procedimiento monitorio en nuestra legislación, sino que ello fue fruto de moción parlamentaria.

Tal vez conspiró para el hecho de que no se considerara a esta herramienta en el diseño original, el desconocimiento de esta institución, desde que el precedente más cercano al mismo lo encontrábamos, a esa época, en el procedimiento monitorio en materia procesal penal, para la resolución de faltas.

La técnica de inversión del contradictorio, no tenía entonces raigambre ni gran desarrollo en nuestra doctrina nacional.

4. Clasificaciones del procedimiento monitorio.

Distintas son las clasificaciones que se han intentado de este tipo de procedimiento. Nos abocaremos a las más importantes o atingentes al tema de nuestro estudio.

a) Procedimiento sin base documental y con base documental

i) Procedimiento monitorio sin base documental.

Conocido también como procedimiento monitorio puro, constituye la expresión más extrema e idealizada en su tipo, desde que para su inicio no es requisito que el demandante cuente con documentos fundantes de su derecho, sino que basta su sola afirmación en torno a que el demandado le adeuda una determinada suma de dinero. Frente a ello, el juez emite su orden de requerir de pago al demandado, tomando como base esta sola afirmación del acreedor, aún no probada de manera alguna.

En este caso, la mera oposición del demandado, también sin motivación alguna, deja automáticamente sin efecto este requerimiento de pago. Y el procedimiento posterior vendrá ahora a resolver sobre la acción, sin que deba considerarse para ello lo decretado por el juez precedentemente, desde que el requerimiento de pago anterior forma parte de una etapa ya fenecida, en virtud de la oposición formulada.

Piero Calamandrei, refiriéndose a este tipo de monitorio señalaba “El procedimiento monitorio puro, en cuanto a su admisibilidad está condicionada a la existencia de

requisitos especiales del derecho alegado por el acreedor (fungibilidad del objeto, carácter líquido, exigibilidad, etc.) no exige que estos requisitos estén preventivamente probados, sino que se limita a pedir que los mismos sean afirmados en la demanda de inducción; si esta afirmación falta, la demanda de inducción será declarada inadmisibles por falta de los requisitos no expresamente afirmados; pero si esta afirmación existe, el juez no podrá rechazar la demanda por falta de pruebas (67), porque el procedimiento monitorio puro, para llegar a la declaración de certeza del derecho alegado por el acreedor, exonera al acreedor de proporcionar la prueba preventiva y “especula” anticipadamente (68) (y éste es su carácter típico) sobre la supuesta falta de contradicción en tiempo por parte del pretendido deudor”.¹⁶

ii) Procedimiento monitorio con base documental.

En este caso, es requisito necesario contar con documentación fundante que permita dar plausible seriedad a lo pretendido. Se requiere de un principio de prueba por escrito, que puede emanar de las partes o de un tercero.

Acá, a diferencia del anterior, el Tribunal solo emitirá el respectivo requerimiento de pago si el que se pretende acreedor prueba, con base documental, la existencia y hechos constitutivos del crédito del que afirma ser titular. Y la oposición del demandado, a diferencia del caso anterior, no priva o deja sin efecto de inmediato al requerimiento de pago, sino que abre un proceso declarativo en que lo que se discute es si se mantiene o revoca este requerimiento, debiendo comparecer las partes con todos sus medios de prueba para estos efectos.

b) Procedimiento monofásico y bifásico.

i) Procedimiento monofásico.

Conocido también como procedimiento de una sola fase, se trata éste de uno de más expedita y rápida tramitación. Ello se materializa en el hecho de que, frente a la petición del que se pretende acreedor, el juez dicta una sola resolución, la que de no mediar oposición o reclamo del demandado, adquiere automáticamente mérito ejecutivo, sin que sea posible una ulterior revisión de la misma. La finalidad de obtener a la brevedad un título ejecutivo del que no se cuenta, queda satisfecha con la única resolución que dicta el juez sobre el fondo del asunto.

16_ CALAMANDREI, Piero, op. cit., pp. 122-123.

ii) Procedimiento bifásico.

Conocido también como procedimiento de dos fases, se caracteriza por contener en su estructura un mayor grado de protección a los derechos del demandado. El juez dicta ahora una primera resolución que resuelve sobre lo solicitado por el demandante, pero ante la falta de oposición del demandado (a diferencia de lo que ocurre en el monofásico), debe dictar una segunda, y en algunos casos hasta una tercera resolución, como en el caso belga, las que mantienen la característica de ser objeto de impugnación. Y solo una vez resuelta esta impugnación, lo decretado por el tribunal puede adquirir mérito ejecutivo. Álvaro Pérez Ragone, refiriéndose a estos dos tipos de procedimientos indica: “De acuerdo a los efectos atribuidos a la inactividad del requerido se estructura el proceso monitorio en una o más fases. El punto de partida lo constituyen el aviso o requerimiento de pago no acatado por el requerido. Si este silencio es suficiente para que se proceda a emitir la sentencia monitoria o de ejecución, pudiendo el requerido sólo defenderse mediante vías de impugnación no ordinarias, califícase a ese proceso como monitorio de una faz o etapa. Puede suceder, por el contrario, que la inactividad contra el aviso de pago no sea considerada como suficiente y se requieran uno o más actos de oposición del requerido para recién justificar la emisión de la sentencia monitoria o para darle formalmente posibilidad ejecutiva (cláusula de ejecución). Así se otorga al requerido un medio ordinario de oposición contra una segunda o sucesiva intimación y finalmente contra una sentencia monitoria sujeta en realidad a una condición resolutoria o suspensiva. Como puede apreciarse, la estructura en una o más fases (normalmente dos salvo Bélgica que tiene tres) es decisiva en dos aspectos: la duración del proceso y la garantía u oportunidad de defensa del requerido”.¹⁷

c) Proceso monitorio independiente o como etapa introductoria de un proceso contradictorio.

i) Procedimiento monitorio independiente.

Su característica esencial es que, de no mediar oposición del demandado a lo resuelto por el tribunal, el requirente obtiene de inmediato una sentencia condenatoria con efecto de cosa juzgada.

17_ PÉREZ RAGONE, Álvaro, op. cit., p. 8

ii) Procedimiento monitorio introductorio del proceso declarativo.

En este caso, la acción del demandante debe ser presentada a través de una demanda formal. Ya no basta una simple petición o formulario. Resolviendo dicha demanda, el tribunal emite una orden de pago en contra el demandado, quien podrá, una vez notificado de la misma, oponerse a ella provocando, de esta manera, la conclusión del monitorio.

El efecto adicional que esto produce, es que se da comienzo al juicio ordinario contradictorio automáticamente, considerando a la demanda monitoria como demanda que inicia la etapa de conocimiento ordinario del fondo del asunto controvertido.

d) Proceso monitorio obligatorio, voluntario y de oficio.

Siguiendo en esta parte nuevamente a Álvaro Pérez Ragone podemos señalar:

i) Procedimiento monitorio obligatorio.

Concebido para el caso de que se “exige al demandante interponer la acción bajo el procedimiento monitorio en razón del monto o algún otro motivo preestablecido”.¹⁸

ii) Procedimiento monitorio voluntario.

Será de esta naturaleza, - en realidad facultativo- si el actor es libre de demandar utilizando la vía ordinaria o monitoria a su simple elección, sin requisitos de ninguna especie que lo obliguen o condicionen necesariamente a tener que adoptar una de estas dos alternativas en forma obligatoria.

iii) Procedimiento monitorio de oficio.

“Entre obligatorio y facultativo existe una tercera variante: monitorio de oficio. Aquí el deber de dar tramitación a la pretensión, en tanto pretensión monitoria, pesa sobre el órgano jurisdiccional. Es independiente de la voluntad del requirente”.¹⁹

18_ PÉREZ RAGONE, Álvaro, op. cit., p. 11.

19_ PÉREZ RAGONE, Álvaro, op. cit., p. 11.

e) Procedimiento monitorio con o sin límite de cuantía.

En el caso chileno encontramos claramente reconocida esta clasificación. El propio artículo 496 del Código del Trabajo nos da nociones sobre esta circunstancia al imponer el límite de 10 ingresos mínimos mensuales a las contiendas dinerarias que se pueden someter a este procedimiento, pero al hacerlo extensivo también a las contiendas a que se refiere el artículo 201 del mismo cuerpo legal.

5.- Desarrollo del procedimiento monitorio en la legislación chilena. La categorización del monitorio laboral dentro de las clasificaciones antes señaladas.

Ya señalamos anteriormente que, a pesar de su amplio reconocimiento y tradición en las legislaciones del viejo continente, a lo que se sumó su paulatina introducción en legislaciones sudamericanas, en nuestro país no resultaba ser particularmente conocida esta forma procedimental. De hecho, hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma laboral, la única aproximación a esta técnica la encontrábamos en materia procesal penal, en lo relativo a la tramitación de faltas respecto de las cuales el Fiscal pidiera solo pena de multa. Y decimos solo aproximación, por cuanto, en nuestro concepto, atendido lo ya señalado, el monitorio penal no es en estricto rigor un procedimiento de este tipo, según la concepción clásica que tuvo su origen en la escuela italiana allá por el Medioevo.

Más actualmente, encontramos una nueva referencia a este tipo de procedimiento en el proyecto de Código Procesal Civil, en actual discusión en nuestro Congreso Nacional.

a) Establecimiento del monitorio laboral en nuestro país.

Todo lo señalado precedentemente, permite concluir que no es de extrañar que la inclusión de un procedimiento monitorio laboral no haya sido materia del proyecto originalmente enviado por la Presidencia de la República al Congreso Nacional.

En efecto, durante la tramitación del proyecto, que daría lugar posteriormente a la Ley N°20.087, y solo merced a una indicación de los Diputados Bustos, Burgos, Guzmán, Ceroni y Soto, introducida luego de haberse evacuado el "Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia recaído en el proyecto de ley que sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo (Informe complementario al primer

informe de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social)", se propuso para discusión parlamentaria, la introducción de un nuevo párrafo de siete artículos, que incorporaba un procedimiento monitorio, cuestión inédita en nuestro país, circunscrito a la resolución de contiendas derivadas del término de la relación laboral cuya cuantía fuere igual o inferior a cuatro ingresos mínimos mensuales. Posteriormente, ya en el Tercer Trámite Constitucional, se establece como única innovación relevante elevar el número de causas que entran a este procedimiento, atendido el aumento de la cuantía máxima de 4 a 8 Ingresos Mínimos Mensuales, sin considerar para este efecto los incrementos originados por la "Ley Bustos". Esa decisión se adoptó tomando en cuenta que, según los antecedentes que se tuvieron a la vista al momento de la discusión, "alrededor del 52 por ciento de las causas laborales dicen relación con prestaciones inferiores a 8 ingresos mínimos mensuales, lo cual permite afirmar que la gran mayoría de las demandas incoadas serán resueltas bajo el procedimiento monitorio, como lo ha demostrado el Ejecutivo, fundado en estudios muestrales en las Cortes de apelaciones de Santiago y San Miguel".²⁰ Posteriormente, y merced a la indicación N°235 del Ejecutivo, introducida, votada y acordada en Segundo Trámite Constitucional, con motivo del Segundo Informe de la Comisión de Trabajo y Previsión Social, se agregó en el Artículo 513 "después del vocablo "mensuales" la frase "y de aquéllas a que se refiere el artículo 201 de este Código", aspecto aprobado por la unanimidad de los miembros de la Comisión".²¹

Lamentablemente, la Historia de la Ley no arroja antecedentes respecto de las motivaciones que guiaron al Ejecutivo a introducir esta indicación, que extiende el procedimiento monitorio a los juicios de desafuero maternal, y a los parlamentarios posteriormente a aprobarla sin discusión.

Como características centrales del procedimiento aprobado por la ley 20.087, esto es, del monitorio en su versión original, podemos señalar las siguientes:

- i) La existencia de dos etapas, una administrativa y otra judicial. Es decir, el procedimiento se iniciaba en la etapa administrativa para cuyos efectos era competente la Inspección del Trabajo.
- ii) Presentado el reclamo, la Inspección debía citar

20_ Historia de la ley 20.087, p. 792-793. Ver en www.bcn.cl

21_ Historia de la ley 20.087, p. 655. Ver en www.bcn.cl

a empleador y trabajador a un comparendo de conciliación, al que éstos debían concurrir con todos los instrumentos probatorios que fundaran su pretensión. Con ello se recogía y replicaba la práctica tradicional de la Inspección del Trabajo, por lo que esta instancia administrativa en caso alguno se constituía en una audiencia de prueba propiamente tal.

De todo lo obrado se debía levantar un acta que diera cuenta de lo declarado por las partes, de los acuerdos logrados si los hubiere o de su inexistencia, señalándose, además, las prestaciones que del análisis documental aparecieran como no pagadas y de las infracciones constatadas.

- iii) Si el reclamante no concurría al comparendo, se debía despachar una nueva citación y si a esta segunda audiencia tampoco comparecía, era procedente el archivo del reclamo, sin perjuicio del derecho del denunciante a recurrir al Tribunal conforme al procedimiento general.
- iv) El comparendo debía llevarse a cabo con o sin la asistencia del empleador. Si asistía el empleador las alternativas eran lograr acuerdo total, en cuyo caso el procedimiento concluía, parcial, caso en el cual el Inspector actuante debía remitir los antecedentes al tribunal para que éste conociera de la parte no conciliada o, finalmente, que no se lograra acuerdo, con lo que también procedía que se remitieran los antecedentes al tribunal respectivo. En estos dos últimos casos, el juez del trabajo, recibiendo los antecedentes junto con el acta, debía dictar una resolución acogiendo o rechazando la pretensión. Para el evento de que existiera acuerdo en lo adeudado, pero no en la forma de pago, pareciera ser que lo natural era que el trabajador demandara el cobro de lo reconocido por vía ejecutiva.
- v) La resolución que dictaba el juez acogiendo o rechazando las pretensiones del trabajador (también parcialmente), debía ser notificada a las partes que comparecieron a la instancia ante la Inspección, por carta certificada. No se resolvió en la ley qué forma de notificación debía aplicarse a los que no comparecieran a la fase administrativa. La conclusión en orden a que respecto de ellos procedía la notificación por el estado diario, contraviene la necesidad de la esencia del procedimiento monitorio, que es garantizar un eficaz y adecuado medio de notificación de lo resuelto, atendidas las consecuencias que se derivan por la falta de reclamación del afectado.

- vi) El plazo para reclamar de lo resuelto por el juez era de cinco días. Producida esta oposición o reclamo se ponía término a la etapa monitoria, dándose lugar a la etapa declarativa o de contradictorio propiamente tal, en una construcción que contemplaba la existencia tanto de una audiencia preparatoria como una de juicio, con plazos más breves que en el procedimiento de aplicación general.
- vii) La sentencia que dictaba el juez era susceptible de recurso de apelación.

b) Reformas propuestas por el Ejecutivo al procedimiento monitorio de la Ley 20.087.

Estas reformas se condensaron en lo que sigue:

- i) El procedimiento ya no se iniciaría ante la Inspección del Trabajo, sino directamente ante el tribunal del trabajo. Sin embargo, para acceder al procedimiento monitorio, el trabajador debía concurrir, previamente y en forma necesaria, ante la Inspección del Trabajo. Si en dicha instancia no se producía conciliación, bien por falta de acuerdo o por incomparecencia del empleador, el trabajador tenía derecho a interponer su acción ante el tribunal laboral.
- ii) La demanda debía interponerse por escrito y contener las mismas menciones aplicables a la interpuesta en procedimiento de aplicación general, debiendo acompañarse a la misma el acta que dé cuenta de la comparecencia ante la Inspección y los documentos presentados en ésta. (Hace excepción a esta última exigencia el caso de la trabajadora con fuero maternal).
- iii) El juez debía verificar el cumplimiento de los aspectos formales y, con el mérito de los antecedentes acompañados, decidir si se estimaban fundadas las pretensiones del trabajador, en cuyo caso la acogía inmediatamente (en algunos casos, puede ser un acogimiento parcial). En caso contrario, la rechaza de plano.
- iv) La notificación de lo resuelto se efectúa de acuerdo a las normas generales, debiendo dejarse constancia de los efectos que la falta de reclamo o presentación fuera de plazo produce en contra del afectado.
- v) El plazo de reclamación es ahora de diez días.
- vi) Presentado el reclamo, el juez debía citar a las partes a una audiencia única de conciliación y prueba, a la que las partes debían concurrir con todos sus medios de prueba.
- vii) La sentencia se dicta al término de la audiencia, y en contra de ella procede el recurso de apelación.

c) Cambios introducidos por el Senado.

En la tramitación ante el Senado, se le introdujeron al proyecto varias modificaciones, a saber:

- i) Se amplió la cuantía máxima a demandar: Igual o inferior a 10 I.M.M, sin quedar, además, restringidas a las cuestiones derivadas del término de la relación laboral.
- ii) Se reintroduce en el artículo 496 la frase imperativa “se aplicará el procedimiento que a continuación se señala”.
- iii) Desvirtuando aún más la naturaleza del procedimiento monitorio, se introduce una tercera alternativa para el juez ante la presentación de la demanda: citar a las partes a la audiencia establecida en el inciso quinto del artículo 500 del Código del ramo. Lo anterior, para el caso de que no existan antecedentes suficientes para el pronunciamiento del Tribunal.
- iv) Se establecen, además, como parámetros que debe observar el tribunal al resolver: “entre otros antecedentes, la complejidad del asunto que se somete a su decisión, la comparecencia de las partes en la etapa administrativa y la existencia de pagos efectuados por el demandado”.
- v) Se modifica la norma en materia de recursos procesales siendo ahora posible interponer el recurso de nulidad. A diferencia del procedimiento de aplicación general, no es procedente el recurso de unificación de jurisprudencia.

Merced a estas reformas introducidas, es que finalmente el procedimiento monitorio laboral quedó establecido en la forma que hoy albergan los artículos 496 a 502 del Código del Trabajo.

d) Caracterización del procedimiento monitorio laboral chileno.

A la luz de la descripción de clasificaciones doctrinarias de este procedimiento que hemos referido precedentemente, y de la evolución legislativa que ha tenido en nuestro país hasta llegar a la situación actual, podemos señalar que nuestro monitorio laboral responde a las siguientes clasificaciones:

- i) No queda claro si se trata de un procedimiento con o sin base documental, desde que el artículo 499 exige acompañar “el acta levantada en el comparendo ante la Inspección del Trabajo y los documentos presentados en éste”.

Nos inclinamos, en todo caso, por afirmar que se trata de un procedimiento sin base documental, en atención a que la comparecencia ante la Inspección del Trabajo es más bien un requisito de procesabilidad.

- ii) Se trataría de un procedimiento monofásico, en tanto el juez dicta una sola resolución, la que ante la falta de reclamación adquiere mérito ejecutivo. Sin embargo, cabe aquí recordar que las particulares características que nuestro legislador le introdujo (Ejemplo: citación a las partes a audiencia de contestación, conciliación y prueba como proveído de la demanda), no nos permiten afirmar que nuestro monitorio se encuadre perfectamente en esta clasificación.
- iii) Se trata de un procedimiento monitorio independiente, desde que la falta de oposición del demandado, constituye en favor del requirente una sentencia condenatoria con efecto de cosa juzgada.
- iv) Se trata de un procedimiento monitorio obligatorio en razón de la cuantía y de la materia.
- v) Se trata de un procedimiento que responde a las características de ser con y sin límite de cuantía, cuestión que se desprende del expreso tenor del artículo 496 del Código del ramo.

III. EL DEBIDO PROCESO.

1. Cuestiones previas.

Ya hemos señalado al inicio de este trabajo, que la mirada crítica que pretendemos desarrollar respecto de la estructura y aplicación práctica que se ha hecho del procedimiento monitorio, y de las problemáticas que de ello se advierten, no puede sino hacerse a la luz del principio del debido proceso, esto es, a la luz de determinar si estos problemas prácticos o deficiencias son o no una consecuencia de no haberse tenido en consideración por nuestro legislador este imperativo constitucional.

Como nuestro objetivo no es adentrarnos en el estudio profundizado del debido proceso, simplemente nos limitaremos a entregar una breve noción de su origen histórico para, posteriormente, aventurarnos en una definición del mismo y, finalmente, rescatar algunos aspectos de su contenido que nos servirán para el desarrollo formal del párrafo siguiente de nuestro trabajo.

2. Origen de la denominación debido proceso.

El concepto de debido proceso encuentra su origen histórico y ancestral en la Carta Magna de Inglaterra. En efecto, en su Capítulo XXXIX se dispuso: “Ningún hombre libre podrá ser arrestado, detenido o preso, o desposeído

de su propiedad, o de ninguna otra forma molestado, y no iremos en su busca ni mandaremos prenderlo, salvo en virtud de enjuiciamiento legal de sus pares y por la ley de la tierra”. Esta declaración constituye la reacción del Rey Juan Sin Tierra ante la arremetida de los Barones Normandos, quienes ya cansados de la tiranía del monarca, y ante la posibilidad de llegar a la rebelión y posterior guerra civil, buscaron el establecimiento de reglas de un proceso limpio, garantizando dos aspectos que no tenían consagración hasta esa época: “el iudicium parium suorum”, esto es, el juicio por jurados, con su componente intrínseco de imparcialidad y la “lex terrae”, esto es, que el enjuiciamiento se someta a las leyes del país.

Este texto constituye, en buenas cuentas, el antecedente directo de lo que se conoce como el “due process of law” o debido proceso legal, con alcances sustantivo (contenido de la norma que regula la materia objeto del proceso) y adjetivo (procedimiento propiamente tal).

Posteriormente, estas ideas fueron recogidas por el derecho medieval aragonés, pero su reconocimiento no tuvo éxito en el Continente Europeo peninsular, dado el enorme influjo del absolutismo de los Siglos XVI y XVII, absolutamente contrario, por esencia, al establecimiento de sistemas legales que protegieran al ciudadano frente al poder del rey.

Sí obtuvo reconocimiento y desarrollo en la Europa insular, y en el derecho norteamericano, fundamentalmente en el constitucionalismo inglés, en donde el principio del “due process of law” “... se ha desarrollado en los ordenamientos anglosajones por más de siete siglos a través de una constante interpretación jurisprudencial y de una trascendente elaboración doctrinal, la que por primera vez fue formulada por escrito en el Capítulo XXXIX de la Carta Magna de Inglaterra”.²²

Y, posteriormente, en los albores de las ideas independentistas latinoamericanas, se tuvo en cuenta la normativa anglosajona y el Derecho Norteamericano en cuanto consagraban esta garantía para los ciudadanos. En efecto, la Constitución de los Estados Unidos de América de 17 de septiembre de 1787, en su Enmienda N°14, consagraba, en lo pertinente, “tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes,

igual para todos”. Lo anterior, unido a la trascendencia de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fruto de la Revolución Francesa, fueron las piedras angulares de las primeras normas constitucionales establecidas posteriormente en Chile.

“Surge así el debido proceso como una garantía vinculada a la historia misma de la libertad, como un principio fundamental informador del sistema jurídico, expandiéndose más allá de los límites tradicionales del derecho procesal”.²³

3. Definición y contenido sustancial del debido proceso. El caso chileno.

Lo primero que cabe precisar en esta parte, es que nuestra Constitución Política de la República no nos entrega una definición de lo que debe entenderse por debido proceso. Más aún, tampoco se explicita en su texto cuál es su contenido, es decir, cuáles son los componentes del mismo, dejando entregado, o delegando en el legislador, la potestad para definir y establecer sus elementos.

En otras palabras, nuestro Constituyente “desechó la idea de enumerar o enunciar cada una de las garantías integrantes del debido proceso y se optó, en cambio, por crear una solución conceptual que sirviera de referente o baremo al legislador y a los jueces, para el ejercicio de sus respectivas atribuciones de legislación o resolución de casos concretos.”²⁴

El debido proceso, se encuentra reconocido y garantizado en nuestra Constitución Política de la República en su artículo 19 N°3 inciso séptimo que reza, a la letra: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Esta norma constituye, junto a los incisos primero y segundo de la misma, la primera y suprema aproximación de nuestro ordenamiento jurídico al debido proceso.

Pues bien, adhiriendo a la teoría que eleva a rango constitucional a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, cabe advertir que esta garantía también se encuentra presente en los siguientes textos:

23_ COLOMBO CAMPBELL, Juan, op. cit., p. 18.

22_ COLOMBO CAMPBELL, Juan, El Debido Proceso Constitucional, Santiago, LOM Ediciones, 2006, p.28.

24_ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2137-11, de 6 de agosto de 2013, Considerando Octavo.

- i) **Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que prescribe:** “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.
- ii) **Artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos que en su numeral 1, primera parte, señala:** “Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.
- iii) **Artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos que expresa:** “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Sin embargo, pese a todos estos reconocimientos, subsiste el problema de la definición de lo que debemos entender por debido proceso. Y en esta parte, ante la ausencia de definiciones doctrinarias, ha sido el Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, quien lo ha definido como: “Aquel que cumple integralmente la función constitucional de resolver conflictos de intereses de relevancia jurídica con efecto de cosa juzgada, protegiendo y resguardando, con su natural consecuencia, la organización del Estado, las garantías constitucionales y, en definitiva, la plena eficacia del Estado de Derecho”.²⁵

Lo que sí aparece claro es que en Chile no existe un modelo único de expresión de las garantías integrantes del debido proceso, en atención a que ellas dependen de la naturaleza del procedimiento.

Sin embargo, hay elementos comunes que abarcan a todos los derechos que integran las reglas del artículo 19, numeral 3, de la Constitución: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella

25_ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol 2259-12, de 2 de mayo de 2013, Considerando Octavo.

por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada defensa y asesoría con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores y la necesidad del juez imparcial. En concreto, el catálogo descriptivo que nos entrega el Tribunal Constitucional, de elementos que conforman el debido proceso o el “procedimiento legal racional y justo”, incorpora presupuestos y principios orgánicos vinculados a los jueces, pero también presupuestos y principios funcionales vinculados al procedimiento.

4. Presupuestos del debido proceso relevantes para nuestro estudio.

Tal como ya lo adelantamos precedentemente, seleccionaremos aquellos presupuestos más atinentes a las problemáticas que desarrollaremos en la tercera parte de este trabajo, y efectuaremos, respecto de cada uno de ellos, una breve relación de su contenido, alcance e importancia.

a) El derecho a la acción.

“Es la facultad de un sujeto de traspasar un conflicto al proceso para lograr su solución jurisdiccional”.²⁶

En otras palabras, toda persona tiene la facultad de recurrir ante los Tribunales de Justicia para demandar y obtener la satisfacción de sus derechos y, de ser necesario, hacer ejecutar lo resuelto coercitivamente utilizando las herramientas legales que contiene para ello nuestro ordenamiento jurídico. Dicha facultad le es entregada por el legislador y garantizada por el Constituyente, como consecuencia de la renuncia de las personas a obtener dicha satisfacción por medio de la autotutela.

Este presupuesto, se erige como garantía de las personas en cuanto ostentan el derecho de someter todas y cada una de sus pretensiones derivadas de la inobservancia de la ley que les afecta, al conocimiento y resolución del tribunal competente previamente establecido.

b) La bilateralidad de la audiencia.

La bilateralidad de la audiencia “Es el derecho a tener conocimiento sobre el proceso y su efecto es consustancial al ejercicio pleno del derecho a la

26_ COLOMBO CAMPBELL, Juan, op. cit., p. 96.

defensa. Se configura como un principio de organización o formativo del procedimiento. Es la expresión de uno de los elementos consustanciales del debido proceso, puesto que representa la garantía procesal de la igualdad ante la justicia”.²⁷

Es un principio formativo del procedimiento y se le conoce también como de contradicción o de igualdad de las partes.

Se traduce, en consecuencia, en que toda persona debe tener garantizado el derecho de poder defenderse ante acciones judiciales ejercidas en su contra.

“Actualmente, con el concepto incorporado al proceso de las cargas procesales, el emplazamiento legal constituye suficiente satisfacción de este principio”.²⁸

Es decir, el debido emplazamiento constituye el presupuesto necesario para la aplicación de la bilateralidad de la audiencia, desde que el adecuado conocimiento de la acción ejercida, permite al afectado tomar la decisión de defenderse efectuando sus alegaciones y allegando las probanzas que estime necesarias en sustento de las mismas, en cada una de las fases que componen el proceso al que está sometida la resolución de la controversia de la que forma parte, desde el mismo momento de iniciarse la litis, en igualdad de condiciones con su contraparte, y tomando oportuno conocimiento de todos los actos y resoluciones que se dicten en este proceso. O por el contrario, optar por no defenderse en juicio, pero, en ambos casos, sabiendo que la sentencia, por el hecho de estar ya válidamente emplazado, le será plenamente oponible y su cumplimiento, en caso de serle adversa, se podrá obtener incluso por la fuerza.

c) La producción libre de pruebas conforme a la ley y el derecho a su impugnación.

“El derecho a una adecuada defensa implica la aptitud procesal de presentar pruebas y tener derecho a impugnar aquellas que vulneren las pretensiones y derechos que se hagan valer”.²⁹

Se trata de una garantía inherente al debido proceso. Éste no se podría concebir sin dicho presupuesto, desde

27_ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo, “El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Revista de Estudios Constitucionales (2013), pp. 264-265.

28_ COLOMBO CAMPBELL, Juan, op. cit., p. 93.

29_ GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo, op. cit., p. 267.

que no basta con el derecho a la acción, esto es, con la facultad de someter al conocimiento del tribunal una controversia, si ello no lleva aparejado el derecho de aportar los elementos necesarios para persuadir al sentenciador, con la finalidad de hacerlo arribar al convencimiento de la justicia de nuestras pretensiones.

d) El derecho al juez imparcial.

“La necesidad de esta garantía es una consecuencia directa del reconocimiento del carácter no mecánico de la función judicial”.³⁰

Se trata de un requisito que es condición inseparable del ejercicio de la jurisdicción.

En resumidas cuentas, el juez es y debe ser siempre un tercero extraño a la controversia, ya que ello lo habilita para resolver la misma.

Lo que se persigue, en consecuencia, es que el sentenciador actúe con la mayor objetividad, sin tener interés directo, preferencia o una posición tomada por alguna de las partes que recurren a su pronunciamiento.

“Ese principio está vinculado al tipo de jurisdicción que aplica el juez a la solución del conflicto. Si es de derecho la imparcialidad cobrará fuerza con la aplicación y eventualmente la interpretación de la norma escrita escogida aplicable a la decisión. Si es de equidad es la conciencia, la sana crítica y la experiencia la que debe lograr la decisión más conveniente y adecuada a la solución del caso”.³¹

La exigencia de imparcialidad del juez es, por tanto, “consecuencia inmediata del establecimiento en toda sociedad civilizada, de órganos encargados de resolver los conflictos que pudieren surgir entre sus ciudadanos, en tanto su creación se hace partiendo de que los que solicitan justicia han de tener confianza en ellos”.³²

30_ FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. El Juez Imparcial, Granada, Editorial Comares, 1997, p. 2.

31_ COLOMBO CAMPBELL, Juan, op. cit., p. 87.

32_ FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido, op. cit., p.1

IV. PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO. POSIBLES SOLUCIONES.

1. Cuestiones previas.

Habiendo ya analizado y expuesto el contenido esencial del debido proceso, corresponde hacerse cargo ahora del aspecto central de nuestro estudio, es decir, efectuar el análisis crítico de la aplicación del procedimiento monitorio, a la luz del debido proceso, particularmente en cuatro aspectos que consideramos de interés y que han dado lugar a ejecuciones prácticas por parte de juzgados del trabajo, que no han dejado de generar controversia obligando, en algunos casos, a nuestros Tribunales Superiores a generar pronunciamientos que, en todo caso, por el efecto relativo de las sentencias que rige en nuestro país no tienen el carácter de vinculantes para los jueces en su actividad jurisdiccional diaria.

2. Desarrollo de las problemáticas.

a) ¿Necesaria coincidencia de las prestaciones reclamadas en sede administrativa con aquellas pretendidas en sede judicial posterior?.

Teniendo claro que conforme a nuestro procedimiento monitorio el trámite administrativo previo de reclamo ante la Inspección del Trabajo constituye un requisito de procesabilidad, cabe responder a la interrogante de si, ya agotada la instancia administrativa sin conciliación, en la demanda judicial posterior es posible o no incorporar prestaciones laborales o indemnizaciones que no fueron objeto de reclamo.

El profesor Rafael Pereira Lagos sostiene, al respecto, que: "Las pretensiones contenidas en la demanda deben haber sido sometidas a la conciliación ante la Inspección del Trabajo. Si bien éste no es un requisito que esté consignado en la ley, nos parece que guarda armonía con el objetivo de la gestión de conciliación que debe efectuar la Inspección entre trabajador y empleador. No sería procedente que se demande ante el Tribunal una materia no tratada en el comparendo de conciliación, ya que no estaría cumpliendo con el requisito de procesabilidad".³³

En el mismo sentido se pronunció el Primer Juzgado de Letras de Coronel, en sentencia de fecha 3 de julio de 2013 dictada en los autos RIT M-11-2013.

Recurrido de nulidad dicho fallo, la I. Corte de Apelaciones

de Concepción (Autos Rol N°251-2013), en sentencia de fecha 15 de noviembre de 2013 que acoge dicho recurso, concluyó que el artículo 497 del Código del Trabajo en ningún momento exige una identidad exacta entre las pretensiones reclamadas ante la Inspección del Trabajo con aquellas demandadas ante el órgano judicial. Prosiguen los sentenciadores indicando que la exigencia legal es sólo deducir previamente un reclamo administrativo para intentar descongestionar la carga de trabajo de los juzgados laborales.

Estimamos que éste es el razonamiento correcto que se desprende de la adecuada interpretación de las normas en juego – artículos 497 y 499 del Código del ramo –, como asimismo por razones prácticas.

En efecto, ni aun aplicando una interpretación exegética de la norma podemos llegar a la conclusión de que en ellas se imponga al trabajador la obligación de hacer coincidentes las prestaciones que contienen su reclamo administrativo previo, con aquellas que forman parte de su demanda posterior.

Cabe además tener en consideración en esta parte que, por lo general, el trabajador concurre a la instancia administrativa de mutuo propio y sin asistencia de abogado, por lo que las prestaciones que incorpora como parte de su reclamo son las que aparecen como más evidentes o a las que considera tener derecho. Sin embargo, el análisis jurídico posterior, no pocas veces arroja diferencias en los montos reclamados o nuevas prestaciones o indemnizaciones a las que el trabajador ignoraba tener derecho.

Aceptar la limitación en comento, por lo demás sin sustento normativo, podría constituir una abierta infracción al "derecho a la acción", elemento consustancial al debido proceso, que como ya hemos señalado, constituye una garantía de las personas en cuanto ostentan la atribución de someter todas y cada una de sus pretensiones derivadas de la inobservancia de la ley que les afecta, al conocimiento y resolución del Tribunal competente previamente establecido. A la misma conclusión arribamos recurriendo al Principio Protector que informa nuestra legislación laboral. Manifestación de dicho principio, en materia de interpretación y aplicación de la ley, es "la regla del "in dubio pro operario" conforme a la cual, en casos dudosos o difíciles, que no son posibles de dilucidar con los métodos tradicionales o que conduzcan a resultados injustos, ha de optarse por la interpretación que más favorezca al trabajador".³⁴

34_ ASTUDILLO CONTRERAS, Omar. El recurso de nulidad laboral. Algunas consideraciones técnicas., Santiago, Legal Publishing Chile, 2012, pp.

b) La probable existencia de dos pronunciamientos paralelos del tribunal.

Nos referimos, por ejemplo, a la situación que se presenta cuando un trabajador entabla demanda en contra de su empleador, pero también en contra de un demandado solidario y/o subsidiario, como ocurre en materias de subcontratación, y en que el juez del trabajo, estimando fundadas las pretensiones del demandante, la acoja inmediatamente en contra de ambos demandados, siendo esta resolución de carácter provisoria reclamada solo por una de las partes.

La interrogante que se plantea, entonces, es la siguiente: ¿Podrá el juez declarar a esta resolución como sentencia definitiva firme y ejecutoriada en contra de quien no reclamó?. ¿O por el solo hecho de haber reclamado alguna de las partes, la resolución provisoria dictada por el juez laboral deja de existir, debiendo éste, como natural consecuencia, citar a las partes a la audiencia de conciliación, contestación y prueba de rigor?.

Si se opta por la primera alternativa, en los hechos tendremos en el juicio dos sentencias de término y parciales. La primera, constitutiva de la resolución provisoria que adquiriría el carácter de sentencia definitiva firme y ejecutoriada respecto de quien no reclamó. Y la segunda, que sería la sentencia definitiva dictada después de haberse llevado a cabo la audiencia de rigor a que se refiere el artículo 500 del Código del Trabajo.

A vía de ejemplo, señalaremos que por la primera opción antes referida se ha pronunciado el Juzgado del Trabajo de Concepción mediante resolución de fecha 05 de marzo de 2013 dictada en los autos RIT M-690-2012.

Sin embargo, resolver en este sentido plantea, en nuestro concepto, las siguientes problemáticas:

i) Determinación de los límites de las materias que se pueden discutir y probar en autos. La posibilidad de sentencias contradictorias.

Para la configuración del problema recurramos a una situación teórica: El actor demanda a su empleador directo y, solidaria o subsidiariamente, a la empresa principal, aludiendo haber desempeñado servicios bajo régimen de subcontratación. Acogida de plano la demanda y notificada a las partes, solo reclama de ella la empresa principal. Y el juez laboral declara que, ante la falta de reclamo, la resolución provisoria

72-73.

dictada adquiere la naturaleza de sentencia definitiva firme y ejecutoriada en contra del demandado principal. Finalmente, cita al actor y a la demandada solidaria/subsidiaria a la audiencia de conciliación, contestación y prueba.

La interrogante que se plantea es la siguiente: ¿Puede la demandada solidaria/subsidiaria en su contestación de demanda impugnar los fundamentos del libelo respecto de tópicos que conciernen al demandado principal: Por ejemplo, esgrimir y ofrecer probar que entre actor y demandado principal no medió relación laboral sino de otro tipo o, incluso más, que el actor nunca fue trabajador de este demandado, o que las prestaciones que se reclaman no corresponden?. ¿O solo puede y estará limitado en sus dichos y probanzas a acreditar que no existió relación civil o comercial con el supuesto contratista y, por ende, que no existió trabajo bajo régimen de subcontratación, o que habiendo existido dicho régimen hizo efectivos sus derechos de información y retención para transformar su responsabilidad de solidaria en subsidiaria?.

Si optamos por la primera alternativa, esto es, por la libertad de argumentos y probanzas en favor de la empresa principal que reclamó, y en el escenario de que ésta tenga éxito en su teoría del caso (y que se agoten los recursos procesales o transcurran los plazos sin que el actor recurra de nulidad), nos enfrentaríamos claramente a dos pronunciamientos contradictorios, ambos con la calidad de sentencias definitivas firmes y ejecutoriadas.

Por el contrario, si aceptamos como correcta la segunda variante antes referida, la demandada principal solo podría esgrimir argumentos y rendir probanzas destinadas a acreditar que entre ella y el demandado principal no existió vínculo civil o comercial o que, habiéndolo existido, hizo uso de los derechos de información y retención para lograr ser condenado solo subsidiariamente.

Creemos que esta última opción es, a la luz del debido proceso, absolutamente inviable, dado que vulneraría la garantía o derecho de producción libre de pruebas y su impugnación.

Sin embargo, se abre la puerta a la existencia de eventuales pronunciamientos contradictorios. Es decir, perfectamente nos podríamos encontrar con el escenario de que exista, en el mismo juicio, una sentencia en que se condene al empleador (demandado principal), declarándose que la relación laboral que lo unió con el trabajador lo fue bajo régimen de subcontratación, y

otra posterior, consecuencia del reclamo de la empresa principal demandada solidaria/subsidiariamente, que declare que en los hechos no existió relación laboral sino de otro tipo, o que el actor jamás se desempeñó en la obra contratada, o que entre el demandado principal y la demandada solidaria/subsidiaria jamás existió vínculo contractual de ninguna especie, cuestión que resultaría absolutamente incongruente.

ii) La posibilidad de demandas fraudulentas en perjuicio de la empresa principal.

Otra situación teórica que podría ocurrir si se aceptara como correcta la tesis de que empresa principal demandada está limitada en cuanto a sus defensas y objeto de sus probanzas, estaría dada por el peligro de que, existiendo trabajo bajo régimen de subcontratación, se presentaran demandas por actores que, en la realidad de los hechos, nunca fueron trabajadores del contratista, y que, acogiéndose de plano dichos libelos, el contratista, previamente concertado con el supuesto trabajador, no reclamare de la resolución provisoria. En estos casos, la empresa principal solo podría hacer valer como defensa el ejercicio de los derechos de información y retención (y, en consecuencia invocar el beneficio de excusión), pero resultaría igualmente condenada como responsable subsidiaria, por lo que, tarde o temprano, ante la posibilidad de encontrarse enfrentado a un contratista insolvente, nada fuera de lo usual en nuestro sistema por lo demás, debería responder con su patrimonio de las acreencias de los injustos demandantes.

No parece ser éste el criterio correcto, y en abono de nuestra postura concurre una sentencia dictada en Recurso de Revisión por la Excm. Corte Suprema de Justicia con fecha 26 de junio de 2014 en autos Rol N°5283-2014. En los hechos, se trata de una demanda tramitada en procedimiento monitorio dirigida en contra de un empleador y en contra de la empresa principal y dueña de la obra o faena, la que al ser proveída fue acogida parcialmente sólo respecto de la empleadora y rechazada en contra de la empresa principal. Notificada a las partes, ésta fue reclamada únicamente por la empleadora. Llevado a efecto el comparendo de conciliación, contestación y prueba, sólo compareció la parte demandante, procediéndose por el tribunal a dictar sentencia que acogió la demanda condenando al demandado principal y también a la demandada solidaria.

La empresa principal arguye que la sentencia posterior no le empece, en atención a que la primera resolución dictada rechazaba la demanda, y no fue ella objeto de reclamo por la parte demandante. Alega, en consecuencia, que existe cosa juzgada material ante dos sentencias firmes contradictorias dictadas una en fecha anterior a la otra.

La Excm. Corte Suprema desestima estos argumentos por cuanto, acertadamente, establece que la primera resolución dictada, al ser objeto de reclamo carece de la firmeza o ejecutoriedad que exige la ley. En consecuencia, no es relevante que lo resuelto inicialmente se oponga o difiera de la segunda sentencia, ya que es esta última la que adquirió el carácter de firme o ejecutoriada.

Concluye el máximo Tribunal en que, en la especie, no existen dos sentencias contradictorias dictada una antes que la otra, ya que la primera resolución solo tuvo un carácter transitorio, enmarcado dentro de la técnica de inversión del contradictor. Y al ser reclamada perdió efecto. De ello se sigue que en este caso no existe cosa juzgada material.

En consecuencia, extrapolando lo resuelto por la Corte Suprema a los casos objeto de nuestro análisis, en nuestro concepto, lo que debería decretar el juez laboral ante el reclamo de cualquiera de las partes en contra de lo resuelto provisoriamente al proveer una demanda monitoria, es citar a todas las partes a la audiencia respectiva de conciliación, contestación y prueba, ya que el reclamo en comento activa la etapa de contradicción, privando del efecto de cosa juzgada material a lo inicialmente resuelto, respecto de todos los intervinientes.

c) La falta de emplazamiento de la empresa principal, en la fase de reclamo administrativo ante la Inspección del Trabajo que debe realizar el trabajador para acceder, posteriormente, al procedimiento monitorio.

Otra cuestión que, en nuestro concepto, es digna de analizar, es la particular circunstancia que se produce con la empresa principal, cuando el trabajador reclamante es dependiente de una empresa contratista y las prestaciones o indemnizaciones cuya satisfacción pretende, y que forman parte del contenido de su comparencia previa ante la Inspección del Trabajo, se han generado cuando prestaba servicios bajo régimen de subcontratación.

Ya hemos señalado anteriormente, que el reclamo que exige el artículo 497 del Código del Trabajo es un requisito

de procesabilidad, es decir, un trámite previo que permite acceder al trabajador a un procedimiento más breve y concentrado. Ello, en concordancia con el hecho de que, fruto de las modificaciones que le fueron introducidas al monitorio, éste no comienza en la fase administrativa, como inicialmente se ideó.

Sin embargo, la falta de emplazamiento de la empresa principal a dicha instancia, provoca como consecuencia que ésta sólo viene a tomar conocimiento de los hechos una vez que la demanda del trabajador ha sido proveída, esto es, cuando el Tribunal ya ha resuelto y ordenado notificar a las partes la demanda y providencia que puede haber acogido de inmediato el libelo, haberlo rechazado de plano, o citado a la audiencia de rigor.

La situación en comento, se centra particularmente en el caso de que el juez, estimando fundadas las pretensiones del demandante, acoja de inmediato la demanda.

Para el demandado principal, la notificación de la demanda y resolución favorable no debería revestir ninguna sorpresa, desde que, habiendo sido emplazado previamente en forma obligatoria para concurrir a la instancia administrativa, tiene pleno conocimiento de que se están ejerciendo por el trabajador acciones o trámites destinados a obtener las prestaciones e indemnizaciones que estima le corresponden (salvo el caso del empleador que no pudo ser notificado, pero que, en todo caso, sería una figura residual).

Sin embargo, la empresa principal solo vendrá a tener noticia de los hechos en virtud de circunstancias ya consumadas. Al no haber sido emplazada en la instancia administrativa, su conocimiento de las pretensiones del actor solo le será posible una vez que éstas ya hayan sido acogidas provisoriamente por el juez del trabajo y en virtud de la correspondiente notificación. Con el agregado de que, por las particulares características de nuestro monitorio, el juez ya pudo en su resolución haber emitido pronunciamientos de fondo que exceden a lo meramente dinerario (por ejemplo, dar por acreditada la existencia de una relación laboral en casos de informalidad por ausencia de contrato de trabajo).

La Inspección del Trabajo, ante el reclamo del trabajador, no cita a la empresa principal, sino solo al contratista. Ello al amparo de que, en esta relación triangular, la vinculación laboral directa se da entre trabajador y empleador, por lo que considera a la dueña de la obra empresa o faena como un tercero ajeno a dicha vinculación.

Sin embargo, no es menos cierto que, como sucede en la mayoría de los casos, es la empresa principal la que,

en definitiva, termina pagando las prestaciones a las que resulta condenada solidaria o subsidiariamente con el empleador.

Estimamos que la propia normativa que regula el funcionamiento de la Dirección del Trabajo entrega las herramientas suficientes para que, en estos casos, la empresa principal también sea emplazada para comparecer a la Inspección del Trabajo. En efecto, el Artículo 29° inciso primero del DFL N°2, que dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo, indica que: “La Dirección del Trabajo y los funcionarios de su dependencia podrán citar a empleadores, trabajadores, directores de sindicatos o a los representantes de unos u otros, o cualquiera persona en relación con problemas de su dependencia, para los efectos de procurar solución a los asuntos que se le sometan en el ejercicio de sus respectivas funciones, o que deriven del cumplimiento de disposiciones legales o reglamentarias, como asimismo, para prevenir posibles conflictos”.

Acudiendo a esta disposición, la Inspección del Trabajo puede perfectamente citar a la empresa principal, cuestión que, por lo demás, podría tener las siguientes ventajas:

- i) Propiciar un escenario favorable para poner término a controversias antes de que éstas se judicialicen, con lo que se cumpliría efectivamente la finalidad perseguida por el legislador al instaurar esta comparencia administrativa previa.
- ii) Y, por añadidura, descongestionar el ingreso de causas ante los tribunales del trabajo.

d) La falta de imparcialidad del juez del trabajo que acoge inmediatamente la demanda.

Hemos querido dejar para el final el análisis de esta situación, porque es probablemente la que más dificultades presenta al momento de contrastar nuestro monitorio laboral con la garantía constitucional del debido proceso.

Señalamos lo anterior, por cuanto no podemos sino reiterar que el monitorio vigente en Chile, en virtud de las particulares características de que ha sido dotado, se encuentra absolutamente desnaturalizado.

Recordemos que históricamente el procedimiento monitorio surgió como una alternativa de solución para dotar a los acreedores de un medio ágil y expedito para el cobro de prestaciones dinerarias de escasa cuantía. Lo que se pretendía era que, por medio de la técnica de inversión del contradictor, el juez dotara al requirente de un rápido título ejecutivo, objeto de cumplimiento forzoso.

Sin embargo, en nuestro país, el monitorio que nos rige excede con mucho de dicha finalidad, desde que a diario son sometidas a la resolución de los juzgados laborales, al amparo de este procedimiento, cuestiones que exceden de lo meramente dinerario y que constituyen verdaderos pronunciamientos sobre el fondo de lo debatido.

La demostración más clara de lo que hemos venido afirmando, la constituye el hecho de que el propio artículo 496 del Código del Trabajo hace aplicable este procedimiento a “las contiendas a que se refiere el artículo 201 de este Código”.

Pero aún más y sin ir más lejos, solo teniendo como filtro el límite de la cuantía fijado en el artículo 496 del Código del ramo, se presentan en nuestros tribunales, para ser conocidas y resueltas en este procedimiento, todas las demandas sobre despido injustificado, indebido o improcedente, incluso aquellas en que, por ejemplo, se solicita además al tribunal un pronunciamiento declarativo sobre la existencia de la relación laboral.

Y resulta ser que ante este escenario, el juez laboral está perfectamente habilitado para, considerando fundadas las pretensiones del demandante, acogerlas inmediatamente, quedando a su sola discreción el alcance que le asigne a los parámetros que le entrega la ley para resolver de esta forma, por ejemplo, la complejidad del asunto que se somete a su decisión o la comparecencia de las partes en la etapa administrativa.

Resulta ser entonces, que en este escenario, si el o los demandados que resultan afectados reclaman de esta resolución, el juicio declarativo posterior a que haga lugar dicho reclamo será conocido y resuelto por el mismo juez que ya emitió un pronunciamiento, que por mucho que se le pretenda vestir con el ropaje de provisorio, constituye una verdadera resolución que se ha pronunciado, insistimos, sobre materias de fondo que exceden con largueza a lo meramente dinerario.

Es en esta parte que cobra relevancia el análisis de este aspecto a la luz del derecho al juez imparcial que garantiza el debido proceso.

Recordemos que dicha garantía se resume en que el sentenciador debe resolver con la mayor objetividad, sin tener interés directo, preferencia o una posición tomada por alguna de las partes que recurren a su pronunciamiento. Podría sostenerse que, en estos casos, el juez, al resolver sobre el fondo aunque provisoriamente, debiendo tener para ello en consideración obligatoria los parámetros que le entrega el artículo 500 del Código del Trabajo, tal vez sin quererlo termina por adoptar una posición,

aún antes de haber escuchado a la o las otras partes, lo que de por sí le restaría imparcialidad para resolver en el juicio posterior.

Como elemento adicional, cabe recordar en esta parte que el artículo 195 del Código Orgánico de Tribunales, consigna como causal de implicancia de los jueces, precisamente, en su numeral 8°: “Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”.

Este cuestionamiento no implica que pongamos en duda que nuestros jueces obran en todo caso con la debida imparcialidad, sino que persigue poner en el centro del debate esta circunstancia, con la finalidad de que se estudien mejoras al procedimiento, necesarias en nuestro concepto, atendidos los elementos modificatorios de su estructura pura que le introdujo nuestro legislador, desnaturalizando completamente su esencia de base.

3.- Propuestas de solución.

De lo referido precedentemente, resulta fácil advertir que, salvo lo observado respecto de la imparcialidad del juez que acoge provisoriamente la demanda, las demás problemáticas planteadas se circunscriben al escenario en que se trata de demandas intentadas por trabajadores que habrían desempeñado servicios bajo régimen de subcontratación.

En este contexto las propuestas de solución legislativa o práctica son las siguientes:

- i) Modificar el inciso quinto del artículo 500 del Código del Trabajo de forma que, en definitiva quede bajo la siguiente redacción: “Presentada la reclamación dentro de plazo, lo resuelto por el juez quedará automáticamente sin efecto, debiendo éste citar a todas las partes a una audiencia única de, conciliación, contestación y prueba, la que deberá celebrarse dentro de los quince días siguientes a su presentación, y que se desarrollará con los litigantes que asistan, afectándole al rebelde las resoluciones que en dicha audiencia se dicten sin necesidad de ulterior notificación”.
- ii) Modificar el inciso primero del artículo 497 del Código del ramo de forma que su redacción sea: “Será necesario que previo al inicio de la acción judicial se haya deducido reclamo ante la Inspección del Trabajo que corresponda, el que, para el caso de que el trabajador se haya desempeñado bajo régimen de subcontratación, debe ser puesto también en conocimiento de la empresa principal.

La Inspección del Trabajo deberá fijar día y hora para la realización del comparendo respectivo, al momento de ingresarse dicha reclamación”.

De la misma manera, modificar el inciso tercero de este artículo, segunda parte, de forma que indique: “En este caso, deberá entregarse personalmente dicha citación al empleador y a la empresa principal, o en el caso de no ser posible, a persona adulta que se encuentre en el respectivo domicilio de cada una de ellas”.

iii) Una solución práctica que evitaría cambios legislativos en caso de tratarse de demandas en que el trabajador esgrima prestación de servicios bajo régimen de subcontratación, sería que los Juzgados del Trabajo, en todos esos casos, no acogieran de plano la demanda, sino que siempre citaran a las partes a audiencia de conciliación, contestación y prueba.

iv) Finalmente, en cuanto a la situación que se produce cuando el juez del trabajo acoge de plano una demanda, que en cuanto a sus pretensiones exceden lo meramente dinerario involucrando también pronunciamientos de fondo, insistimos en el hecho de que enfrentamos problemas a la luz de la garantía de imparcialidad del juez.

No porque pongamos en duda la actividad del juzgador, sino porque éste se ve expuesto a dicha situación, merced a la completa desnaturalización del procedimiento monitorio en nuestra legislación laboral, que se hace extensivo a materias y pronunciamientos ajenos a la finalidad tenida en vista al momento de su creación, que no es otra que, como ya se ha dicho, posibilitar al trabajador hacerse de un título ejecutivo para el rápido cobro de prestaciones dinerarias de escaso monto, por medio de la inversión de la iniciativa del contradictorio. Nuestra posición, en esta parte, se inclina por la decisión que deberían adoptar los sentenciadores, en tanto emitan un pronunciamiento de fondo y ante posterior reclamo de cualquiera de las partes, de inhabilitarse (por causal de recusación) para conocer del juicio declarativo posterior, dejando entregada la solución de la controversia al no inhabilitado que corresponda. No es óbice para lo anterior eventuales problemas de agendamiento de audiencias que se podrían generar en los juzgados del trabajo o tribunales de competencia común, por cuanto aspectos de carácter administrativo jamás pueden imponerse por sobre el adecuado resguardo a la solución imparcial de las contiendas que se sometan al conocimiento de estos tribunales, garantía del debido proceso en nuestro país.

V. CONCLUSIONES.

No cabe duda que la introducción del procedimiento monitorio en nuestra legislación laboral ha significado un gran avance en el constante proceso de instalar herramientas que permitan un acceso más expedito, rápido y eficaz a la administración de justicia, en este caso, para los trabajadores que persiguen la declaración de derechos en su favor o el cobro de prestaciones laborales que se les adeudan.

La escasa cuantía de las prestaciones dinerarias involucradas, ante la inexistencia de procedimientos ágiles que permitieran su cobro, perfectamente podrían haber inclinado al trabajador a desistir de su intención de llevar adelante la demanda pertinente.

En este contexto, el procedimiento monitorio, unido a la importante contribución de la Defensoría Laboral, que concentra entre su fuente de ingresos judiciales un alto porcentaje de causas monitorias, son la muestra patente de la acertada decisión de nuestro legislador de incorporar, durante la tramitación del proyecto de reforma respectivo, al monitorio como sistema procesal de tramitación de este tipo de causas.

De hecho, puede resultar hasta extraño que esta fórmula procedimental no haya sido considerada en el proyecto inicial de reforma enviado al Congreso por la Presidencia de la República.

Sin embargo, pese a lo ventajoso que ha resultado ser su aplicación, no podemos sino reiterar que el gran problema que reviste es que, tanto en su idea original (moción parlamentaria) como en su manifestación final, plasmada en el Párrafo 7° del Título I del Libro V del Código del Trabajo (artículos 496 a 502), la normativa generada es un pálido reflejo del procedimiento monitorio en su concepción histórica original y más pura. Tal y como lo hemos dejado de manifiesto con anterioridad, aun cuando se ha tratado de mantener la idea central de inversión del contradictorio, en su diseño se le ha desnaturalizado absolutamente.

Ya se ha dicho que el monitorio históricamente nació con la finalidad de proveer a los acreedores de obligaciones dinerarias de escasa cuantía, que no poseían un título ejecutivo, de hacerse de uno por medio de la técnica de inversión del contradictorio, a fin de dotarlos de un

instrumento que les permitiera rápidamente perseguir ejecutivamente su cobro.

Sin embargo, en Chile se le ha asignado una connotación distinta, desde que se le han anexado materias no propias del cobro de prestaciones dinerarias sino declarativas y más aún, se ha dotado al juez de la facultad de no pronunciarse derechamente y de inmediato respecto de lo pretendido por el actor, sino que citar a las partes a audiencia de contestación, conciliación y prueba.

Por otro lado, la técnica de inversión del contradictor, atendida la escasa tradición en nuestro país de este tipo de procedimiento, pareciera inicialmente ser contraria a la garantía del debido proceso que claramente apreciamos en los procedimientos declarativos tradicionales, con sus marcadas etapas de discusión (demanda-contestación y otros trámites), prueba y decisión del mismo. Estimamos que una adecuada comprensión de la filosofía que está detrás de la creación de este tipo de procedimiento, permite arribar a la conclusión de que la garantía constitucional en comento no se ve afectada por la configuración propia del monitorio.

Sin embargo, la aplicación práctica que los tribunales han hecho de este procedimiento, unido a la constatación cierta de que, a diario ingresan a los juzgados del trabajo demandas al amparo del monitorio laboral, cuyas pretensiones exceden a las simplemente dinerarias alcanzando a aspectos declarativos respecto de los cuales los jueces se pronuncian derechamente, por ejemplo, declarando la existencia de una relación laboral no escriturada, o nulo, injustificado, indebido o improcedente un despido, nos hacen arribar a la conclusión de que se podrían eventualmente estar produciéndose vulneraciones a la garantía del debido proceso.

Esta aprehensión la circunscribimos casi en su totalidad, como ha quedado de manifiesto al analizar por separado cada uno de los problemas prácticos advertidos, a la situación en que las demandas discurran en torno a labores desempeñadas por trabajadores bajo régimen de subcontratación y en que ha resultado demandada y emplazada la denominada empresa principal, en su calidad de solidaria/subsidiariamente responsable. En esos casos, dependiendo el criterio de aplicación que siga cada juez, se podría ver vulnerado el contenido del debido proceso en sus manifestaciones de derecho a la acción,

bilateralidad de la audiencia, o la producción libre de pruebas conforme a la ley y el derecho a su impugnación.

Y en este sentido, con el objeto de superar estas problemáticas, es que se proponen en este trabajo las correcciones legislativas ya precedentemente detalladas.

Mención aparte merece la conclusión a que arribamos respecto a la garantía en comento, en lo referido a la imparcialidad del juez que debe conocer del asunto. Ello, directamente vinculado con la desnaturalización del monitorio laboral aplicado en Chile, ya antes explicada.

Estimamos que cada vez que un juez laboral emite un pronunciamiento de fondo al proveer una demanda, cuyo contenido en cuanto a lo solicitado excede lo puramente dinerario (única materia propia del monitorio en su concepción original), y esa resolución es reclamada por el o los afectados, el juez que dictó dicha resolución se encuentra inhabilitado para conocer del juicio ahora en su fase declarativa, desde que ya ha emitido opinión de fondo al respecto.

Incurrir en conducta contraria, como hasta la fecha se está haciendo, creemos, constituye vulneración a la garantía del debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA.

I LIBROS.

ASTUDILLO CONTRERAS, Omar. El recurso de nulidad laboral. Algunas consideraciones técnicas., Santiago, Legal Publishing Chile, 2012.

CALAMANDREI, Piero, El Procedimiento Monitorio, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, S.R.L., 1946.

COLOMBO CAMPBELL, Juan, El Debido Proceso Constitucional, Santiago, LOM Ediciones, 2006.

FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ, Plácido. El Juez Imparcial, Granada, Editorial Comares, 1997.

HERNÁNDEZ JARA, Patricio, Procedimiento Monitorio Laboral. Estudio Crítico a la luz del debido proceso y del derecho comparado, Santiago, Librotecnia, 2012.

ORELLANA TORRES, Fernando, Comentarios al Nuevo Proceso Laboral, 2ª edición actualizada, Santiago, Librotecnia, 2008.

PEREIRA LAGOS, Rafael, El Procedimiento Monitorio Laboral, Santiago, Legal Publishing, 2010.

II REVISTAS.

GARCÍA PINO, Gonzalo y CONTRERAS VASQUEZ, Pablo, "El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista de Estudios Constitucionales (2013).

PÉREZ RAGONE, Álvaro, "En torno al Procedimiento Monitorio desde el Derecho Procesal Comparado Europeo: caracterización, elementos esenciales y accidentales", en Revista de Derecho, Vol. XIX N°1, (2005).

TAPIA GUERRERO, Francisco, La necesidad de reforma procesal laboral y previsional: una constatación empírica, en Anuario de Derecho del Trabajo y Seguridad Social N°2, Santiago, Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (2005).

B.

LA OISS Y SU INFORME SOBRE LA SEGURIDAD EN EL TRABAJO EN CHILE

The Iberoamerican social security organization (oiss) and its report on security at the workplace in Chile.

Hugo Cifuentes Lillo¹
Marco Vásquez Bermejo²

RESUMEN: ANTECEDENTES Y SISTEMÁTICA DEL INFORME.

El presente informe es una actualización del que fue elaborado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) en respuesta a la invitación de la Comisión Asesora Presidencial para la Seguridad en el Trabajo de Chile, constituida en el año 2010.

Se ha procurado que el documento sea eminentemente práctico y a tal fin, el informe se estructura como un “chequeo” del estado de situación de la organización preventiva chilena respecto de aquellos puntos que la OISS consideraba al año 2010 más críticos para optimizar el aprovechamiento de los recursos materiales, la acción institucional y el desarrollo de los profesionales dedicados a las labores de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Hemos estimado pertinente presentar este informe, lo más actualizado posible, a las XXI Jornadas Nacionales de la Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo y Seguridad Social en Puerto Montt, sobre “RIESGOS LABORALES, PROTECCIÓN Y FISCALIZACIÓN LABORAL” como una contribución al debate que actualmente se lleva a cabo de nuestro Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales.

Palabras clave: Riesgos del Trabajo, Visión desde el derecho comparado, OISS.

ABSTRACT:

This report is an updating written by the Iberoamerican Social Security Organization in response to the invitation of the Presidential Advisory Commission on Security in Chile, founded in the year 2010.

It has procured that the following report will be essentially practical. The report will be structured as a rigorous check on the present situation of the preventive Chilean organization respecting the points that OISS considered more critic in the year 2010. As an answer to optimize the natural resources, the institutional action and the development of the professionals dedicated to the labours aforementioned on security and health in the workplace.

We have considered appropriate to present this updated report at the XXI national conference in the Chilean Society of Labor Law and Social Security about “LABOR RISK, PROTECTION AND LABOR SUPERVISION” in Puerto Montt. The report is a contribution to the present debate about Social Insurance of workplace accidents and professional diseases.

Keywords: Work risks, Vision about comparative law, OISS

1_ *Abogado de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Profesor de Seguridad Social en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad Diego Portales, Director de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social, OISS, Chile, hcifuentes@uc.cl

2_ *Colaborador. Egresado de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Ayudante de Seguridad Social en Facultad de Derecho PUC, Chile, movasque@uc.cl

** SIGLAS

DIAT	Denuncia Individual de Accidente de Trabajo
DIRECTEMAR	Directorio General del Territorio Marítimo y Marina Mercante
ISL	Instituto de Seguridad Laboral
OISS	Organización Iberoamericana de Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SERNAGEOMIN	Servicio Nacional de Geología y Minería
SST	Seguridad y Salud en el Trabajo
SUSESOS	Superintendencia de Seguridad Social

I. INTRODUCCIÓN:

Los indicadores generales de siniestralidad coinciden en señalar que en la última década (2000 a 2009) se ha producido en Chile una reducción constante de este fenómeno. Así, de acuerdo con las estadísticas publicadas por la Superintendencia de Seguridad Social, SUSESOS, los índices de accidentalidad del país se han reducido significativamente, pasando del 9,1% de 2000 al 6,5% de 2009, lo cual supone una reducción próxima al 30%. Conforme los datos de la misma SUSESOS, estos índices han continuado mejorando.

Por su parte, la tasa de mortalidad también ha sufrido un comportamiento a la baja en los últimos años, situándose en 2009 en 6,3 muertos por cada 100.000 trabajadores, lo que significa que aproximadamente 400 trabajadores perdieron la vida en su jornada laboral, principalmente en los sectores de la construcción, el transporte y la agricultura. Y además hay que destacar el trabajo en las minas y canteras. Otros datos que se pueden destacar son que anualmente se producen 1.500 accidentes mortales de tránsito, que más de 100.000 niños trabajan en Chile en “condiciones inaceptables”, o que todavía entre el 30 y el 40% de la población trabajadora realiza su actividad laboral desde la informalidad (según datos de la OIT), ajena al sistema de protección social, de salud y de las políticas de seguridad y salud laboral.

Y además del enorme coste social y humano asociado a este fenómeno de la siniestralidad, se estima un importante costo económico, que para el conjunto de la Región Iberoamericana se sitúa entre el 8 y el 10% del Producto Interior Bruto.

Por tanto, y teniendo presente que se han conseguido avances significativos, es evidente que el camino por

recorrer es todavía largo en la búsqueda de la reducción de la siniestralidad laboral y de la aminoración de los efectos que este fenómeno conlleva.

De igual manera conviene hacer presente que la Organización Iberoamericana de Seguridad Social lleva desde 2006 desarrollando entre sus líneas estables de trabajo el impulso de las Políticas de Seguridad y Salud, tal y como se recoge en su planificación bienal de actividades, habiendo puesto en marcha hasta la fecha varias ediciones del Congreso de Prevención de Riesgos Laborales en Iberoamérica, PREVENCIÓN.

A ella se agrega la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2013, la cual en el Congreso PREVENCIÓN de Santiago de Chile de 2013, se acordó su revisión y actualización, para ser presentada en el próximo encuentro de este tipo, a desarrollarse en el año en curso, en principio, en la Ciudad de México

Sin entrar a desarrollar el diagnóstico previo, la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2013 recoge un conjunto de objetivos, generales y específicos, que en mayor o menor medida pueden ser aplicados a todos los países de la Región. Entre ellos destacan reforzar el marco normativo y las instituciones nacionales de inspección y control, acercar la prevención a quienes más sufren la siniestralidad, generar mejoras efectivas en la cultura preventiva, avanzar en los sistemas de información y registro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, o incrementar la cooperación y la colaboración regional en materia de seguridad y salud laboral.

Los objetivos generales son las grandes líneas de actuación, el abordaje de los temas que deben ser tenidos en cuenta a la hora de establecer las políticas públicas nacionales en la materia. Son los cinco siguientes:

- i) Luchar contra el dumping social
- ii) Avanzar en el protagonismo de los agentes sociales en la seguridad y salud en el trabajo
- iii) Avanzar en la mejora de la cultura preventiva
- iv) Mejorar los sistemas de información y registro de los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales
- v) Incrementar la cooperación y la colaboración regional en materia de seguridad y salud laboral

Por su parte, los objetivos específicos establecen acciones más concretas en respuesta a las carencias más comunes de la Región, previéndose que cada país asuma unos determinados compromisos en función de su nivel de desarrollo en materia preventiva. Se han establecido los ocho siguientes:

- i) Reforzar el conocimiento de las condiciones de trabajo en cada país
- ii) Reforzar el marco normativo de Seguridad y Salud en el Trabajo
- iii) Reforzar los órganos técnicos de Seguridad y Salud en el Trabajo
- iv) Reforzar las instituciones nacionales de inspección y control de las obligaciones preventivas
- v) Avanzar en el conocimiento de las causas de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales, así como en la valoración del riesgo laboral
- vi) Promover programas de apoyo a la empresa para facilitar el cumplimiento de las obligaciones preventivas, sobre todo en la pequeña y mediana empresa
- vii) Mejorar la capacitación de los agentes implicados en la seguridad y salud
- viii) Promover políticas públicas de Responsabilidad Social

Sin duda, y con carácter general, estos objetivos deben formar parte de las políticas públicas de seguridad y salud en el trabajo de cualquier país y encontrar una concreción coherente con su realidad, siempre sostenidas sobre la base del tripartismo y de la participación de todos los agentes relacionados con la prevención de riesgos profesionales. Pero más allá de este conjunto de objetivos, la Estrategia se constituye como el instrumento básico para establecer de forma consensuada el marco general en el que se desarrollen las políticas de Seguridad y Salud en la Región a mediano y largo plazo, y como un compromiso por parte de los Estados para acercarse a las políticas de prevención y protección frente a los riesgos profesionales, a través del

desarrollo de Estrategias y planes de acción nacionales, que garanticen progresivamente el mejoramiento continuo de las condiciones de trabajo de los países de la Región.

II. LEGISLACIÓN EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

La primera cuestión a analizar es la suficiencia de la normativa del país y, en este sentido, el marco general en materia preventiva está definido por la Ley 16.744 de 1968, siendo también de interés el Reglamento sobre Prevención de Riesgos Profesionales de 1969.

Y es que la Ley 16.744 no cubre sólo los daños a la integridad o salud de los trabajadores y las compensaciones económicas respectivas, sino que tiene además un marcado énfasis preventivo. En su título VII, especialmente dedicado a la Prevención, se definen los organismos responsables de la vigilancia y la fiscalización en la materia, así como las obligaciones de implantar medidas por parte de los empresarios.

Igualmente, en el mismo Título se definen los instrumentos de prevención de riesgos que deben existir en las empresas (comités paritarios de higiene y seguridad, departamentos de prevención de riesgos, reglamentos de higiene y seguridad), así como también se ha incorporado el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo en relaciones de subcontratación.

Y si a este marco general se le añade toda la legislación específica podemos concluir que, en términos generales, Chile cuenta con un amplio acervo normativo así como con multitud de instituciones participantes en materia de Seguridad y Salud en el Trabajo (en adelante SST) que le coloca en la vanguardia de los países de América Latina, y puede considerarse equiparada a la reglamentación exigida en la Unión Europea, salvo en lo que se refiere a los siguientes aspectos que, a nuestro juicio, deberían regularse de manera singular:

- i) Un sistema unificado y sólido de inspección de la seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo.
- ii) Un sistema de asistencia técnica a empresarios (especialmente pequeña empresa) y trabajadores.
- iii) El control de la fabricación, importación y suministros de máquinas y sustancias.
- iv) Las medidas de coordinación entre las diversas autoridades y los distintos organismos.
- v) La definición de las actividades económicas o procesos críticos de mayor riesgo laboral a fin de establecer

estándares de prevención singulares, como sería el caso de la minería o la industria pesada.

III. ORGANIZACIÓN DE LA ACCIÓN PREVENTIVA Y DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS RECTORAS

Tal y como se recoge en la Estrategia de Salud y Seguridad en el Trabajo de la Unión Europea 2007-2012, "... la aplicación de la legislación preventiva es una de las más importantes obligaciones de los Estados para estimular la creación de un entorno laboral sano y seguro...".

Como ya se ha especificado anteriormente, Chile dispone de un cuerpo legislativo de seguridad y salud en el trabajo suficiente, por lo que el control y vigilancia de su cumplimiento es un objetivo básico a la hora de mejorar los datos de siniestralidad laboral en el país y, en definitiva, para mejorar la cultura preventiva empresarial y de la sociedad en su conjunto.

En el sistema chileno no existen normas sobre coordinación de las Administraciones Públicas encargadas de la Seguridad y Salud en el Trabajo (salvo lo establecido en la Ley de Bases de la Administración del Estado y en el Código del Trabajo), particularmente en lo que a unidad de criterios y políticas se refiere.

Así mismo, en Chile no se conoce un marco coordinado frente a la seguridad y salud en el trabajo a cargo de un Ministerio o de Entidad pública identificable, sino que lo que existen son políticas de carácter vertical: política laboral, política de salud, de seguridad social. Cada uno de los sectores involucrados lleva adelante sus propias acciones que están más o menos articuladas en una política sectorial. De modo que más bien, en la actualidad, la política nacional en la materia se podría formular como una política "transversal" que se desprende de otras políticas verticales.

En este sentido, el país no tiene elaborada ni implementada una estrategia nacional en seguridad y salud en el trabajo, que integre a todos los estamentos públicos involucrados en la prevención de riesgos laborales (Ministerio del Trabajo, Salud, Agricultura, Minería, Defensa). No existe un único organismo en Chile que aglutine los esfuerzos de estas Instituciones y dirija la política preventiva. Son varios las instituciones con responsabilidades en la coordinación y establecimiento de programas nacionales de prevención de riesgos laborales.

Por ello, es especialmente recomendable: la existencia de una única Institución u Organismos que dinamizara

y ordenara las políticas públicas en la materia. Por otro lado, la necesidad de establecer una Estrategia Chilena de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Esta Estrategia debería responder a las necesidades reales en la materia, por lo que debería contar al menos con un diagnóstico de la situación de la prevención de riesgos laborales en Chile, unos objetivos generales y una serie de objetivos operativos que puedan medirse, que sean ambiciosos y a la vez posibilistas. Los objetivos deben dirigirse a todos los actores que intervienen en el sistema de prevención de riesgos en Chile: Gobierno, Ministerios, Empresas y Organizaciones Empresariales, Organizaciones Sindicales, Mutuales, Universidades, Entidades formativas y Sociedad civil.

Por último, es importante que este documento cuente con instrumentos de evaluación y seguimiento de dichos objetivos.

IV. REGISTROS DE LA SINIESTRALIDAD Y EXPLOTACIÓN INFORMATIVA PARA LA ELABORACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para poder orientar políticas eficaces de seguridad y salud es necesario disponer de herramientas de información e investigación precisas que garanticen la explotación de datos y su segregación por todos los parámetros indicadores de la siniestralidad. Los sistemas de información deben ser concebidos para gestionar los datos obtenidos, pero también para obtener información que permita a los poderes públicos detectar carencias preventivas y la definición y evaluación de las políticas públicas de prevención.

En el Ministerio del Trabajo y Previsión Social, existen dos sistemas de información sobre accidentes del trabajo: la base de accidentes Ley N° 16.744 que es llevada por la Superintendencia de Seguridad Social y el Programa de Vigilancia de Accidentes del Trabajo graves y fatales que lleva la Dirección del Trabajo. Ambas registran información de utilidad para las actuaciones del propio Ministerio del Trabajo, pero la diversidad de criterios en el tratamiento origina disfunciones y, a veces, diversidad en los datos. Igualmente, en la investigación de accidentes confluyen dos departamentos ministeriales (Salud y Trabajo), con iguales competencias en fiscalización de materias de salud y seguridad, con una estructura y procedimientos de trabajo diferentes, que tradicionalmente no han contemplado compartir la información sobre accidentalidad, lo que

provoca ineficacias y disfunciones.

Por otro lado, la información oficial estadística sobre accidentalidad es recogida por el DIAT (Denuncia individual de accidente de Trabajo) que es remitida por las empresas a los Organismos Administradores del Seguro, contempla hasta 2010 la descripción del accidente mediante un sistema de texto libre, lo que impide su tratamiento estadístico y la consecuente pérdida de información de interés.

En los actuales sistemas de registro suelen estandarizarse datos como: causa del accidente, tipo de agente causante, parte del cuerpo lesionada, fecha, hora y lugar del accidente, equipos de trabajo y maquinaria, lo que permite su tratamiento y explotación estadística ofreciendo perfiles detallados de riesgo y siniestralidad segmentados por actividad, ámbito territorial, edades, género, y consecuentemente la posibilidad de adoptar medidas preventivas mucho más precisas en contenido y mejor dirigidas a colectivos específicos.

En consecuencia, las propuestas que se formulan en este apartado son:

- i) La estandarización y codificación del mayor número de factores intervinientes en el accidente de trabajo y la enfermedad profesional.
- ii) La unificación estadística en un solo organismo que garantice la homogeneidad de criterio y la unidad de tratamiento.
- iii) La realización de encuestas periódicas de condiciones de trabajo.

V. SISTEMA DE GESTIÓN DE LA PREVENCIÓN EN LAS EMPRESAS.

La aplicación efectiva de la legislación preventiva, requiere que su aplicación se concrete a través de un sistema de gestión que determine las obligaciones y concrete las responsabilidades y los procedimientos de trabajo, así como la documentación de lo realizado.

Esto fortalece, por un lado, el cumplimiento concreto de las obligaciones por parte de empresarios y trabajadores y, por otro, la labor de Inspección y control.

En el caso de la normativa chilena, a excepción de lo establecido en el Decreto 76/2007 y la Ley 20.123 sobre subcontratación, no se determina la obligación de establecer un sistema de gestión de prevención de riesgos laborales, para cualquier tipo de empresa.

Sí existe la obligación de que las empresas dispongan de un Reglamento Interno de Seguridad e Higiene en el Trabajo, que recoja las disposiciones generales sobre procedimiento estándar de seguridad e higiene, las obligaciones y las prohibiciones. Pero son contenidos que, en resumen, no se acercan al concepto de un sistema de gestión de la prevención.

En la Unión Europea, el Sistema de Gestión de la Prevención es incorporado por la Directiva Marco 89/391/CEE. Se exige que todas las empresas, con independencia de su tamaño y sector de actividad, dispongan de un "Plan de Prevención", documento básico de gestión de la prevención, es decir, un manual global de cómo gestionar la prevención en la empresa, con qué recursos se cuenta para ello, quién se responsabiliza de la prevención, cuáles son las funciones en materia de prevención de todos los empleados, cada uno a su nivel jerárquico, y finalmente cómo se integra la prevención en los sistemas productivos de la empresa. Igualmente, se establecen diferentes posibilidades de organizar la Prevención de Riesgos en la empresa, en función del número de trabajadores y del sector de la actividad, facilitando al empresario la elección de un modelo de organización acorde a las características propias de su empresa.

La documentación básica que debe contener un Sistema de Gestión de la Prevención es la siguiente:

- i) Plan de Prevención.
- ii) Evaluación de riesgos (identificación, valoración y propuestas de medidas preventivas).
- iii) La Planificación de la actividad preventiva (compromiso de subsanar las deficiencias preventivas recogidas en la Evaluación de Riesgos, indicando plazo de ejecución, recursos económicos previstos y responsable de la ejecución).
- iv) Necesidades de formación de los trabajadores según los riesgos existentes en su puesto de trabajo.
- v) Registros de actuaciones realizadas: formación facilitada a los trabajadores; entrega de la información de los riesgos a los empleados; entrega de Equipos de Protección Individual; Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; Investigación de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales; Consulta y participación de los trabajadores;

coordinación empresarial en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

- vi) Medidas de emergencia y evacuación.
- vii) Vigilancia de la salud, control específico de la salud de los trabajadores en relación con su puesto de trabajo y la capacidad para desempeñarlo.

La Prevención de Riesgos Laborales es una actividad multidisciplinar que contempla cuatro grandes especialidades, tres de ellas de carácter técnico y una cuarta de carácter médico: Seguridad en Trabajo, Higiene Industrial, Ergonomía y Psicología aplicada, y Medicina del trabajo.

Y cada una de ellas se encuadra, respectivamente, en un ámbito específico de actuación: entorno físico: equipos y herramientas, entorno ambiental: contaminantes químicos, físicos y biológicos, entorno del puesto de trabajo: exigencias físicas y mentales y la organización del trabajo, y control y seguimiento del estado de salud: relación puesto de trabajo y salud.

La capacitación para el desarrollo de estas especialidades a nivel superior está regulada con unos contenidos mínimos detallados y una carga lectiva establecida para cada una de ellas, así como la formación previa para el acceso a estas titulaciones.

La Vigilancia de la Salud, entendida como la vigilancia periódica del estado de salud de cada trabajador individualmente considerado en cuanto a sus características personales de edad y estado físico en relación con los riesgos laborales existentes en el puesto de trabajo que desarrolla, es uno de los pilares de la prevención de riesgos en Europa. La aplicación de esta disciplina preventiva se basa en la interrelación y coordinación entre los técnicos de prevención y los médicos del trabajo. El resultado final del reconocimiento médico que se realiza mediante protocolos con indicación de las pruebas médicas a realizar, es que el trabajador obtiene el grado de aptitud para su puesto de trabajo en función de los riesgos laborales a que está expuesto.

La Vigilancia de la Salud debe formar parte integral del sistema de gestión de la prevención de la empresa. La experiencia en la Unión Europea es que la gran mayoría de las empresas, con independencia de su tamaño, suelen contratarla con servicios especializados de prevención, y constituye una importante herramienta para la detección de riesgos laborales y problemas de salud en la empresa. Por todo ello, se recomienda, tal y como se recoge en la

Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2013:

- i) Incorporar a las obligaciones de las empresas la disposición de un sistema de gestión de la prevención.
- ii) En esta línea se recomienda que se establezca la normativa necesaria para que todas las empresas dispongan de una documentación mínima que asegure la actividad preventiva ordenada y rigurosa en las mismas.
- iii) Disponer de un marco normativo específico relativo a la prevención de riesgos laborales que promueva la integración de la prevención en la gestión empresarial.
- iv) Sería deseable avanzar en la incorporación de la Medicina del Trabajo-Vigilancia de la Salud al sistema de gestión de la prevención y en particular que se incorpore a la legislación la necesidad de realizar exámenes periódicos de la salud a los trabajadores según los riesgos laborales de su puesto de trabajo.

VI. SISTEMA DE PARTICIPACIÓN DE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS

Las vías de diálogo social en el marco de la prevención de riesgos son ya indiscutibles en el mundo laboral. Todas las Estrategias internacionales y nacionales de prevención incorporan el papel de los interlocutores sociales y la implicación de los empresarios y trabajadores en la mejora de la seguridad y salud en el trabajo como instrumento imprescindible para mejorar las condiciones de trabajo. La Estrategia Europea (2002-2006) establecía el diálogo social como instrumento privilegiado para abrir nuevas vías de progreso: permite por una parte aplicar la legislación vigente de manera eficaz y por otra, abordar todas las cuestiones relacionadas con la promoción del bienestar en el trabajo así como los riesgos específicos propios de los distintos sectores y profesiones.

También la Estrategia Iberoamericana establece, que tanto las organizaciones empresariales como las centrales sindicales deben ser consideradas como pilares en los que se fundamenten las políticas de región, incluidas las de SST. Su fortalecimiento en el mundo laboral es esencial para lograr la participación activa en la promoción e implementación de una agenda de trabajo decente que sólo puede ser garantizada a través del diálogo social. Además, es necesario avanzar en la asunción de responsabilidades por los agentes sociales implicados en la seguridad y salud como elemento imprescindible para

abordar los objetivos que se establezcan en la prevención. En el seno de las empresas, el Comité Paritario existente en Chile para aquellas con más de 25 trabajadores garantiza legalmente esta participación empresario-trabajadores en la seguridad y salud en el trabajo. Sin embargo en las empresas más pequeñas, de menos de 25 trabajadores no está asegurada dicha participación. En este sentido, en los países de la Unión Europea es habitual la existencia de una figura sindical con atribuciones en prevención de riesgos, que normalmente se denomina Delegado de Prevención.

Por todo ello, se recomienda:

- i) Reforzar la eficacia de los comités paritarios
- ii) Extender los esquemas de participación de los trabajadores en las empresas de menos de 25 trabajadores
- iii) Definir las competencias de este representante de los trabajadores

VII. SISTEMA DE CONTROL PARA LA DETECCIÓN, SANCIÓN Y CORRECCIÓN DE INFRACCIONES

La existencia y funcionamiento rigurosos de los Órganos de Inspección y Control de las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo garantiza la fiabilidad y eficacia del sistema preventivo. Una aplicación efectiva de la legislación es una condición indispensable para garantizar niveles de protección y competitividad similares en las empresas. En este sentido, la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud, establece la necesidad de avanzar en la mejora del sistema de vigilancia y control de las obligaciones preventivas, para dotar de mayor credibilidad a los sistemas de riesgos profesionales, adaptándose a los nuevos riesgos y modelos de la organización del trabajo. En Chile, el control y fiscalización en esta materia es asumida por múltiples instituciones: Dirección de Trabajo, Superintendencia de la Seguridad Social, Secretaría Regionales Ministeriales de Salud, Instituto de Salud Pública, SERNAGEOMIN, DIRECTEMAR o Mutuales, entre otras. Este fraccionamiento competencial es proclive a la descoordinación en la actuación inspectora de control y favorece la superposición competencial y la aparición de lagunas de actuación, además de impedir un aprovechamiento óptimo de los recursos materiales y profesionales adscritos a esta función.

Al año 2010 no existían protocolos de actuación en el

ámbito de control y fiscalización ni en el seno de cada institución, ni entre ellas, a fin de homogeneizar las tareas inspectoras.

Además, aunque algunas instituciones disponen de órganos técnicos, no se ha observado la existencia de un órgano técnico específico en Seguridad Laboral, con capacidad de aglutinar y establecer criterios técnicos homogéneos, así como realizar el asesoramiento técnico científico a las Administraciones Públicas e instituciones educativas. En parte, la Comisión Ergonómica Nacional (CEN) realiza estas funciones pero sólo en el ámbito de la ergonomía, por lo que sería recomendable ampliar este campo de actuación a las otras disciplinas preventivas. Por otro lado, es importante determinar si el número de inspectores existentes en los diferentes organismos con competencias en la materia son los suficientes para el cumplimiento de estas funciones. Convendría precisar si todos ellos destinan toda su jornada a la labor de seguridad e higiene en el trabajo

El número de efectivos para el control y seguimiento en la inspección de trabajo en España dedicados a la prevención de riesgos, al año 2010, era de aproximadamente un inspector cada 15.000 trabajadores, y en el caso de los países europeos de mayor desarrollo preventivo (Alemania, Suecia, Francia) era de un inspector para cada 10.000 trabajadores.

Por ello, es recomendable:

- i) La unificación funcional o, cuando menos, la elaboración de protocolos de actuación homogéneos.
- ii) Así mismo, sería recomendable, de no existir, la elaboración y ejecución por parte de los Órganos Inspectores, de planes anuales que prioricen la intervención de control y sanción de infracciones.
- iii) Al 2010 se desconocía si los Órganos Inspectores en la materia disponen de alertas en sus sistemas de organización, que permitan rápidamente detectar situaciones anómalas en relación con el incremento de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. En Europa se ha constatado la eficacia de este tipo de alertas que permiten intervenir de forma inmediata ante riesgos inminentes, accidentes múltiples, accidentes fatales, situaciones catastróficas (accidentes aéreos) lo que suele hacer más fructífera la labor de investigación del siniestro.

VIII. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTOS EN EL ORDEN ADMINISTRATIVO, CIVIL Y PENAL

Como en la mayoría de los países, en Chile, la responsabilidad sobre la seguridad y salud de los trabajadores recae principalmente sobre el empleador, que tiene responsabilidad en el orden administrativo, en el civil y en el penal.

En Chile, los diversos órganos de control y fiscalización, anteriormente tratados, pueden imponer sanciones administrativas en base a los incumplimientos normativos. La responsabilidad civil en materia de seguridad y salud en el trabajo está enfocada hacia una finalidad social, consistente en reparar de forma inmediata las consecuencias del daño ocasionado. Cuando el empresario incumple sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, la reparación se lleva a cabo mediante una indemnización de carácter pecuniario o patrimonial que está regulada por la legislación.

No se aprecian diferencias significativas respecto a la responsabilidad civil en seguridad y salud en el trabajo en Chile frente a otros países desarrollados.

Donde sí se aprecian diferencias es en la responsabilidad penal, que en los países europeos se ha desarrollado significativamente, y se está mostrando como el factor coercitivo más efectivo y disuasorio de los incumplimientos empresariales graves. En este sentido, además de la tipificación del delito contra la integridad del trabajador por incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se considera interesante las experiencias de desarrollo institucional para optimizar la acción de la justicia.

Por un lado, en la mayoría de países europeos se ha creado la Fiscalía especializada en siniestralidad laboral, con funciones específicas en este ámbito y la misión de coordinar la actuación del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional en relación con los delitos derivados de la siniestralidad laboral.

Otra experiencia interesante de coordinación institucional en la materia se da en España, al haberse establecido un protocolo de colaboración entre la Inspección de Trabajo, el Ministerio de Interior y el Ministerio de Justicia para la investigación eficaz y rápida de los delitos contra la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores, así como para la ejecución de las sentencias condenatorias en seguridad y salud en el trabajo.

IX. EL PAPEL DE LAS ENTIDADES ASEGURADORAS EN LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

De la siniestralidad laboral se derivan unos altos costos económicos y sociales en perjuicio de los trabajadores, las empresas, y el propio Estado.

Los Sistemas de Protección Social tienden actualmente a ampliar su campo de acción de manera que cubra, no sólo la labor reparadora de los daños causados, sino las actividades tendentes a fomentar las “actividades preventivas” y aquellas otras que buscan superar plenamente los daños causados, “rehabilitación y reinserción” a fin de que el trabajador no pierda la condición de “activo”, lo que comporta mantenimiento de cotizantes para el Sistema y ahorro de costes en prestaciones.

El sistema Chileno de Seguro Social contra Riesgos de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales, establece que dicho seguro puede ser administrado por las Mutuales.

Complementariamente a las competencias de reparación y rehabilitación del daño, las Mutuales desarrollan actividades preventivas en sus empresas protegidas, aunque no está regulado el tipo de actividades a realizar. Ello puede favorecer que la actividad mutual se convierta más en un instrumento de competencia intermutual que en una lucha efectiva contra la siniestralidad laboral.

Por otro lado, no se evidencia un control efectivo de dichas actividades ni de la calidad de las mismas, ni se ha observado al año 2010 la existencia de un ratio orientativo de gasto de las Mutuales en las actividades preventivas. Las Mutuales chilenas tienen la obligación de remitir a la Superintendencia de Seguridad Social las indicaciones y medidas preventivas recomendadas a las empresas para corregir las infracciones en materia de seguridad detectadas.

También pueden imponer sanciones a las empresas asociadas por incumplimiento normativo, medida que en la realidad es de difícil cumplimiento por la relación Mutual-empresa. Esto puede ayudar a debilitar la percepción de la empresa sobre su responsabilidad en la seguridad y salud en el trabajo.

Por todo ello, se realizan las siguientes recomendaciones:

- i) Que se proceda a la regulación de una intervención decidida y ordenada de las Mutuales en el desarrollo de planes preventivos.
- ii) Establecer directrices vinculantes respecto de su actuación preventiva. Vincular ratios mínimos u orientativos de gasto para esta actividad y sistemas

de verificación de los resultados obtenidos.

- iii) Articular una participación activa de las mutuales en la determinación de las políticas públicas preventivas

X. SITUACIÓN DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS (PYMES)

En todos los países, las fuentes estadísticas de accidentes de trabajo muestran una realidad conocida por todos y es que, en su conjunto, la siniestralidad afecta en mayor medida a las pequeñas empresas.

En muchos casos, la amplitud de la legislación de seguridad y salud en el trabajo existente puede afectar a que sea de difícil cumplimiento para las pequeñas y medianas empresas, no en su aspecto técnico sino especialmente en el administrativo o de gestión, o incluso de recursos.

En consecuencia, la prevención de riesgos en Chile, como en el resto de países, resulta una carga excepcional para la mayor parte de las pequeñas y medianas empresas, quienes deben competir en las mismas condiciones de seguro social por riesgos laborales con las grandes empresas.

La realidad es que, en muchos casos, la legislación no parece adaptada a este tipo de empresas que tienen mayores dificultades para asumir los costes derivados del cumplimiento de la legislación, por lo que requiere un tratamiento y apoyo singular por parte de los poderes públicos.

En lo que se refiere a la participación de los trabajadores, los comités paritarios de higiene y seguridad son obligatorios para empresas de más de 25 trabajadores. En las organizaciones donde estos comités funcionan los resultados son altamente positivos.

En empresas que ocupen a más de 100 trabajadores es obligatoria la existencia de un Departamento de Prevención de Riesgos Profesionales, que será dirigido por un experto en prevención que formará parte de los comités paritarios. Y este contexto choca con la realidad de la frecuente falta de información de los empleadores y trabajadores en este tipo de empresas. Según múltiples estudios realizados en varios países, son numerosos los empleadores que simplemente desconocen sus obligaciones legales o los beneficios a los que pueden acogerse en virtud de las políticas de promoción de las pymes o políticas similares. En muchos casos la situación se agrava por la frecuente introducción de cambios normativos.

El desconocimiento generalizado de la legislación y normativa entre las pymes es un obstáculo principal en lo que atañe al cumplimiento de la legislación. Este problema

puede abordarse a través de campañas de información a cargo de los gobiernos y las mutuales.

Asimismo la dependencia exclusiva del enfoque de aplicación tradicional, fuertemente centrado en las sanciones, no tiene necesariamente como resultado un cumplimiento de la legislación en este tipo de empresas. Las investigaciones muestran que cuando se combinan con medidas positivas de información e incentivos para el cumplimiento de la legislación, se obtienen mejores resultados en términos generales.

Tanto en Europa como en España son constantes y casi anuales las campañas públicas en apoyo a la pequeña empresa, para mejorar la cultura preventiva entre los empresarios y trabajadores, e igualmente existen programas específicos desarrollados por instituciones públicas y de las organizaciones empresariales y sindicales españolas para fomentar y difundir las obligaciones y derechos de los trabajadores en los centros de trabajo de este tipo de empresas.

Por último, las investigaciones desarrolladas por la OIT indican que la representación del sector de las Pymes en los procesos de formulación de estrategias suele ser insuficiente, y que éste es uno de los motivos que explican el sesgo en favor de las grandes empresas. Pocas veces se organizan las Pymes de manera tal que les permita participar e influir en la formulación de las políticas públicas, ya que tanto los trabajadores como los empleadores de las Pymes suelen experimentar dificultades en materia de representación.

Por todo ello, se realizan las siguientes recomendaciones:

- i) Adaptación de la normativa a las peculiaridades.
- ii) Desarrollo de políticas públicas específicas.
- iii) Potenciar la participación de las organizaciones representativas.

XI. Colectivos más desfavorecidos: empleo informal, trabajo infantil, mujeres, sectores de mayor exposición al riesgo

El riesgo profesional no es un fenómeno casual ni indiscriminado, sino que guarda una estrecha relación con los diversos factores que inciden en la actividad productiva diaria y en el mercado de trabajo. Así, por ejemplo, el tipo de producción, la formación del trabajador o los procesos y tecnologías utilizadas se muestran como elementos diferenciadores a la hora de hablar de siniestralidad.

De esta manera, y esta es una situación que se produce en cualquier país del mundo, la siniestralidad no afecta

por igual a todos los colectivos, a todos los trabajadores. A pesar de la aparente heterogeneidad de la Región Iberoamericana, en materia de siniestralidad sí podemos encontrar una serie de rasgos comunes, de perfiles de siniestralidad que en general se asocian con los trabajadores del sector informal (donde suele haber mayor proporción de mujeres, de migrantes, de jóvenes o de niños), de los sectores de actividad más expuestos a la siniestralidad y de la pequeña empresa, tratada en el anterior punto de este informe.

En su diagnóstico situacional, y siempre teniendo en cuenta el escaso número de indicadores fiables a manejar en esta materia, la Estrategia Iberoamericana 2010-2013 señala que aproximadamente el 50% de la fuerza laboral de la región se encuentra en el sector informal, ajena al Sistema de Protección, de salud o a las políticas de prevención de riesgos profesionales. Por supuesto, es bien sabido que informalidad y siniestralidad son dos conceptos íntimamente relacionados.

Por su parte, en Chile el porcentaje no es tan alto, pero al año 2010 desempeñaban su trabajo en este sector entre un 30 y un 40% de la población trabajadora, según datos de la OIT. Además, según la propia OIT, todavía trabajaban en el país más de 100.000 niños en "condiciones inaceptables". Y un sector informal en el que suelen trabajar en mayor proporción tanto las mujeres como los trabajadores migrantes.

Por tanto, el primer paso para trazar cualquier política pública de seguridad y salud laboral en estos colectivos debe ser conseguir que estos trabajadores sean incorporados al sector formal. Y así lo recoge la Estrategia Iberoamericana entre sus objetivos generales. Algunas medidas para promover este objetivo que pueden llevarse a cabo son, por ejemplo, facilitar el registro oficial de empresas, establecer programas de subvenciones y bonificaciones a las empresas que pasen al sector formal, promover políticas fiscales que favorezcan este objetivo o establecer medidas legislativas de control y cumplimiento normativo por parte de la propia Administración Pública.

Por otro lado, existen una serie de sectores de actividad en los que, dada la actividad física desarrollada y la peligrosidad de la misma, las tasas de accidentalidad son más altas. En el caso de la Región Iberoamericana, se estima en unas 140.000 muertes anuales producidas en los sectores de la construcción, el agropecuario, la minería y la industria química. Además, según estudios de la OISS, la incidencia en el sector agrario centroamericano multiplica por 5 los valores medios europeos, estimando que entre 30 y 35

trabajadores de cada 100 sufren un accidente al año. En el caso de Chile, la situación encuentra ciertas similitudes, puesto que los sectores donde hay mayor accidentalidad son la industria manufacturera, el transporte, la construcción o la agricultura. En todos ellos las tasas se encontraban al año 2010 por encima del 7%, sino del 8%, cuando la tasa general era en torno al 6%.

Por su parte, las mayores tasas de mortalidad se producen en los sectores de la agricultura, la construcción, el transporte y, con carácter singular, la explotación de minas y canteras, donde prácticamente se multiplica por 5 la media en estos sectores se situó en 2009 en 6,3 muertos por cada 100.000 trabajadores, lo que significa que aproximadamente 400 trabajadores perdieron la vida en su jornada laboral, principalmente en los sectores de la construcción, el transporte y la agricultura. Y además hay que destacar el trabajo en las minas y canteras, desgraciadamente de tanta actualidad en estos días, que tiene la mayor tasa de mortalidad con 29,6 muertos por cada 100.000 trabajadores, es decir cinco veces más que la media. Prácticamente el 70% de los accidentes fatales se produjeron en estos cuatro sectores.

Frente a esta realidad se propone:

- Que, desde el análisis de los perfiles de riesgo y de los datos de siniestralidad de cada colectivo, se identifiquen los colectivos más sensibles dentro del ámbito y de la realidad chilena, y que en función de este análisis se determinen las políticas y acciones concretas y priorizadas a emprender para cada uno de esos colectivos.

XII. RECOMENDACIONES

Dada la pluralidad de instituciones competentes en materia de prevención en Chile, la profusión normativa, la diversidad de objetivos establecida por cada gestor y la sentida necesidad de clarificar las políticas públicas en la materia, la OISS sugirió en 2010 iniciar un proceso de elaboración de una Estrategia Nacional de Seguridad y Salud, que se constituya como el marco general de referencia para todas las instituciones y agentes implicados en la prevención de los riesgos laborales asegurando:

- i) Que integre todas las políticas públicas relacionadas con la seguridad y salud laboral,
- ii) Que sirva para unificar las directrices, responsabilidades e instrucciones de cada uno de los agentes preventivos implicados, y mejore la coordinación interinstitucional

entre todas las instancias con responsabilidad en la materia.

- iii) Que priorice las actuaciones a emprender en atención a la gravedad o urgencia de las necesidades detectadas y permita optimizar los recursos dispersos disponibles.

1. Legislación.

Chile se encuentra en el ámbito normativo a la vanguardia de los países de América Latina, y puede considerarse equiparada a la reglamentación exigida en la Unión Europea. Únicamente cabe recomendar la regulación singular de las siguientes materias en atención a los análisis efectuados en los distintos apartados del informe:

- i) Un sistema unificado y sólido de inspección de la seguridad, higiene y medio ambiente de trabajo.
- ii) Un sistema de asistencia técnica a empresarios (especialmente pequeña empresa) y trabajadores.
- iii) El control de la fabricación, importación y suministros de máquinas y sustancias.
- iv) Las medidas de coordinación entre las diversas autoridades y organismos con competencia en la materia.
- v) La definición de las actividades económicas o procesos críticos de mayor riesgo laboral a fin de establecer estándares de prevención singulares, como sería el caso de la minería o la industria pesada.

2. Organización de la acción preventiva y de las políticas públicas rectoras.

Sin duda, la seguridad y salud en el trabajo no puede ser un competencia exclusiva de un departamento sino que, por el contrario, se configura como una misión gubernamental horizontal que ha de encontrar concreción especializada en los distintos departamentos ministeriales en razón de su competencia (Trabajo, Educación, Industria, Seguridad Social, Economía, Justicia, etc.) sin embargo a juicio de la OISS, esta circunstancia hace especialmente recomendable la existencia de una institución u organismo técnico especializado que garantice el análisis permanente de la situación, dinamice las políticas preventivas en coherencia con ello y esté dotado de competencia para ejercer una coordinación efectiva sobre todas las instancias con competencia y responsabilidad en la materia.

3. Registros de la siniestralidad y explotación informativa para la elaboración de políticas públicas.

La disponibilidad de una información detallada, rigurosa y confiable es esencial para la ordenación de las políticas públicas y la acertada conducción de las instituciones competentes en la materia.

A tal efecto, se recomienda:

- i) La estandarización y codificación del mayor número de factores intervinientes en el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, incorporando las modificaciones necesarias al formulario de denuncia individual de accidentes de trabajo (DIAT) que permitan un tratamiento informatizado o automatizado para ampliar la información actual proporcionada y poder trabajar con segmentaciones territoriales, de actividad, causas de los accidentes, equipos de trabajo, tipo de siniestro, partes del cuerpo afectada, días de mayor concurrencia, edades, géneros.
- ii) La unificación estadística en un solo organismo que garantice homogeneidad de criterio y unidad de tratamiento evitando la diversidad de la información derivada de la pluralidad de fuentes.
- iii) El diseño y desarrollo de encuestas periódicas de condiciones de trabajo, realizadas en los hogares, como único medio para conocer aspectos que estén incidiendo en la siniestralidad, así como el perfil de riesgo para los colectivos desprotegidos (sector informal, trabajo infantil)

4. Sistema de gestión de la prevención en las empresas.

Se aprecia la ausencia de un sistema de gestión preventiva de aplicación generalizada a la totalidad de las empresas, sistema que entendemos necesario como instrumento de armonización, orientación y seguridad jurídica para el ejercicio de las acciones del empresario y también para facilitar las labores de los órganos de fiscalización y control de su cumplimiento, sobre la base de que cada empresa documente lo actuado.

La documentación básica de un Sistema de Gestión de la Prevención es la siguiente:

- i) Plan de Prevención
- ii) Evaluación de riesgos
- iii) Necesidades de Formación de los trabajadores
- iv) Registros de actuaciones realizadas
- v) Vigilancia de la Salud

Por todo ello, se recomienda, tal y como se recoge en la Estrategia Iberoamericana de Seguridad y Salud en el Trabajo 2010-2013:

- i) Incorporar a las obligaciones de las empresas la disposición de un sistema de gestión y documentación de la prevención.
- ii) Disponer de un marco normativo específico relativo a la prevención de riesgos laborales que promueva la integración de la prevención en la gestión empresarial.
- iii) Sería deseable avanzar en la incorporación de la Medicina del Trabajo-Vigilancia de la Salud al sistema de gestión de la prevención y en particular que se incorpore a la legislación la necesidad de realizar exámenes periódicos de la salud a los trabajadores según los riesgos laborales de su puesto de trabajo.

5. Sistema de participación de trabajadores y empresarios.

Se detecta que en las empresas de menos de 25 trabajadores, no está asegurada la participación de los trabajadores en el desarrollo de las políticas de seguridad y salud de la empresa.

Por otro lado, debería revisarse el ámbito competencial de los comités paritarios para garantizar una capacidad de intervención temprana y eficaz ante la existencia de riesgos que no hayan sido debidamente tratados.

Por ello, se recomienda:

- i) Reforzar la eficacia de los comités paritarios.
- ii) Extender los esquemas de participación de los trabajadores en las empresas de menos de 25 trabajadores.

6. Sistema de control para la detección, sanción y corrección de infracciones.

El fraccionamiento competencial que registra el sistema chileno es proclive a la descoordinación en la actuación inspectora de control, además de favorecer la superposición competencial y lagunas de actuación, e impedir un aprovechamiento óptimo de los recursos materiales y profesionales adscritos a esta función.

Por ello, es recomendable:

- i) La unificación funcional o, cuando menos, la elaboración de protocolos de actuación homogéneos.
- ii) Así mismo, sería recomendable, al no haberse detectado su existencia, la elaboración y ejecución por parte de los Órganos Inspectores, de planes anuales que prioricen

la intervención de control y sanción de infracciones para los sectores de actividad y las empresas que registren mayor siniestralidad, para los colectivos más vulnerables al accidente de trabajo o la enfermedad profesional y para las actividades que registren los siniestros más graves o fatales.

- iii) Se desconoce si los Órganos Inspectores en la materia disponen de alertas en sus sistemas de organización, que permitan rápidamente detectar situaciones anómalas de empresas y sectores de actividad, en relación con el incremento de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales.

7. Responsabilidad por incumplimientos en el orden administrativo, civil y penal.

No se aprecian diferencias significativas respecto a las responsabilidades administrativa y civil en seguridad y salud en el trabajo en Chile frente a otros países desarrollados. No obstante, sería recomendable que se realizara un esfuerzo en la tipificación de las sanciones de seguridad y salud a fin de clarificar y priorizar a los empresarios sus obligaciones preventivas.

Donde sí se observan variaciones es en la responsabilidad penal, que en los países europeos se ha desarrollado significativamente en la última década, y se está mostrando como el factor coercitivo más efectivo y disuasorio de los incumplimientos empresariales graves.

En este sentido, además de la tipificación del delito contra la integridad del trabajador por incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo se considera interesante las experiencias de desarrollo institucional para optimizar la acción de la justicia.

Por ello, nuestra propuesta en este ámbito sería el desarrollo de figuras especializadas en el ámbito judicial y de coordinación institucional para potenciar la acción coercitiva en el ámbito administrativo y judicial.

8. El papel de las Entidades Aseguradoras en la Prevención de Riesgos Laborales.

En atención al carácter integral de la protección social y la interacción entre las labores preventivas y el consumo de prestaciones sociales, se realizan las siguientes recomendaciones:

- i) Que se proceda a la regulación de una intervención decidida y ordenada de las Mutuales en el desarrollo de planes preventivos.

- ii) Establecer directrices vinculantes respecto de su actuación preventiva priorizada en las actividades de mayor riesgo y en las empresas de menor tamaño con menores recursos preventivos.
- iii) Vincular ratios mínimos u orientativos de gasto para esta actividad y sistemas de verificación de los resultados obtenidos.
- iv) Articular una participación activa de las Mutuales e ISL en la determinación de las políticas públicas preventivas, aprovechando la experiencia acumulada en el tratamiento de la siniestralidad.

9. Situación de las Pequeñas y Medianas Empresas:

Es un fenómeno constatado en todos los países que el menor tamaño de las empresas y la consecuente menor disponibilidad de medios, información y formación, las hace resistentes a cualquier clase de inversión o intervención en materia preventiva y, por ello, más vulnerables a la siniestralidad.

Para contrarrestar esta situación se proponen las siguientes recomendaciones:

- i) Adaptación de la normativa a las peculiaridades de la pequeña y mediana empresa y a su perfil de siniestralidad, simplificando el marco de las obligaciones y el coste ligado al cumplimiento de las mismas en la medida de lo posible, como se ha hecho recientemente en algunos países europeos.
- ii) Desarrollo de políticas públicas específicas de información, asistencia técnica y apoyo al cumplimiento de las obligaciones preventivas.
- iii) Potenciar la participación de las organizaciones representativas de estas empresas en la elaboración de las políticas públicas preventivas.

10. Colectivos más desfavorecidos: empleo informal, trabajo infantil, mujeres, sectores de mayor exposición al riesgo:

La siniestralidad, lejos de ser un fenómeno uniforme, muestra mayor intensidad en determinados sectores de actividad que presentan mayor exposición al riesgo o riesgos más graves. Lo mismo ocurre cuando las condiciones de trabajo son más duras o penosas, como suele ocurrir en la informalidad e, igualmente puede presentar mayor incidencia o gravedad en colectivos más vulnerables por sus condiciones físicas: menores de edad, discapacitados, embarazadas, etc.

Esta realidad impone, por un lado, el análisis segmentado que permita la identificación de los colectivos más sensibles dentro del ámbito y de la realidad chilena y obtener conclusiones objetivables de lo acontecido en ellos, de su perfil de siniestralidad concreto para determinar las políticas y acciones específicas y priorizadas para cada uno de esos colectivos.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Informe para la Comisión Asesora Presidencial para la Seguridad en el Trabajo, 24 de septiembre de 2010, por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Disponible en http://www.oiss.org/IMG/pdf/Informe_CST_Chile_2_.pdf [Consulta: 6 julio 2015].
- 2.- II Estrategia Europea sobre Seguridad y Salud 2007-2013 de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social. Disponible en http://www.oiss.org/IMG/pdf/EISST_mayo2010_.pdf [Consulta: 6 julio 2015].

C.

LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR A PROPÓSITO DEL MOBBING O ACOSO MORAL

SARA BÁEZ OJEDA
Estudiante de Derecho
U. Católica del norte

RESUMEN

El presente trabajo pretende determinar la responsabilidad que le incumbe al empleador a propósito del mobbing o acoso moral laboral, y en ese sentido el problema que origina la ley 20.607 que estableció en nuestro ordenamiento el mobbing, ya que sólo se limitó a conceptualizar esta institución, incluirla como una nueva causal de despido, y establecer la posibilidad de que el trabajador accione el autodespido al verificarse esta especie de actos.

Es por esto que esta ley 20.607 no suplió los vacíos que la jurisprudencia y la doctrina venían llenando a falta de regulación, y que sin embargo hoy en día sigue desarrollándose por esta vía –jurisprudencial y doctrinalmente- la forma de accionar la responsabilidad que tiene el empleador y el régimen de responsabilidad aplicable en el acoso moral laboral.

ABSTRACT:

This research aims to determine the responsibility that concerns the employer due to the mobbing or moral harassment in workplace, the issue's root is law 20.607, which established our system of mobbing, since it was only limited to conceptualized this institution, include it as a new cause of dismissal, and establish the possibility that the employee activates an auto dismissal when this type of actions occur.

That is why the law 20.607 did not fulfill the gaps that the jurisprudence and doctrine had been filling due to the lack of regulation and nevertheless, nowadays it keeps developing in that manner –jurisprudence and doctrinal – the manner to assume the employer's responsibility and the regime of responsibility applicable to mobbing.

I. CONCEPTUALIZACIÓN DEL MOBBING

El concepto de mobbing, es un concepto que tiene su origen en la sicología, fue acuñado por primera vez en el año 1966 por el psicólogo Heinz Leymann, quien define “El mobbing o terror psicológico en el ámbito laboral consiste en la comunicación hostil y sin ética, dirigida de manera sistemática por uno o varios individuos contra otro, que es así arrastrado a una posición de indefensión y desvalimiento, y activamente mantenido en ella. Estas actividades tienen lugar de manera frecuente (como criterio estadístico por lo menos una vez a la semana) y durante largo tiempo (por lo menos seis meses). A causa de la elevada frecuencia y duración de la conducta hostil, este maltrato acaba por resultar en considerable miseria mental, psicósomática y social.”¹

En nuestra legislación el concepto de mobbing fue introducido en el año 2012 por la ley 20.607 en que modificó el artículo 2 del Código del Trabajo, a propósito de los actos contrarios a la dignidad humana, por lo que en la segunda parte del inciso segundo de este artículo prescribe “Asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral, entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para el o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo.”

Si bien es cierto que esta modificación que introdujo el concepto legal de mobbing es bastante reciente, eso no impidió que durante varios años a través de la jurisprudencia y la doctrina se haya producido un desarrollo de esta institución, como se indica en sentencia del Juzgado del Trabajo de Santiago en la causa R.I.T. T 39 2013, en su considerando décimo “La Figura del Acoso Laboral. Que nuestra legislación laboral hoy en día define lo que se entiende por acoso laboral. Si bien la introducción del concepto legal es reciente, el mismo responde a lo que ya la doctrina y jurisprudencia venían indicando al respecto hace mucho tiempo”

Una de las definiciones que entrega la doctrina es la que propone Sergio Gamonal y Pamela Prado, los que han definido el mobbing de la siguiente manera “un proceso

conformado por un conjunto de acciones u omisiones, en el ámbito de las relaciones laborales públicas y privadas, en virtud de las cuales uno o más sujetos acosadores crean un ambiente laboral hostil e intimidatorio respecto de uno o más acosados, afectando gravemente su dignidad personal y dañando la salud del o los afectados con miras a lograr distintos fines de tipo persecutorio.”²

II. ELEMENTOS QUE CONFIGURAN EL ACOSO MORAL O MOBBING

A partir de la definición que consagra nuestro ordenamiento jurídico es posible visualizar elementos que configuran el acoso laboral:

- a) Conducta agresiva o de hostigamiento: En virtud de lo que establece el dictamen de la Dirección del Trabajo, respecto de la interpretación de la ley 20.607, señala que deberá remitirse a su sentido literal (artículo 19 del Código Civil) por lo que busca conceptualizar estas conductas a través de la definición que establece la Real Academia de la Lengua Española, el cual señala que se entiende por conducta agresiva “es acto de acometer a alguien para matarlo, herirlo o hacerle daño”, definida también como “acto contrario al derecho de otra persona”. Por su parte la palabra hostigamiento es la “acción y efecto de hostigar” y entre las acepciones de su infinitivo “hostigar”, se cuentan las siguientes: “molestar a alguien o burlarse de él insistentemente” e “incitar con insistencia a alguien para que haga algo”³.
- b) Es una conducta reiterada en el tiempo: este elemento es lo que hace que una conducta aislada no constituye mobbing. Por lo que, para que estos actos de acoso se verifiquen por la concurrencia de un conjunto de manifestaciones diversas que degraden, y sean capaces, por su intensidad y sistematicidad, de generar un ambiente laboral vejatorio y humillante.⁴
- c) Los sujetos del acoso laboral: estos son el acosador y el acosado. Respecto del acosador estos pueden ser uno o varios, y permite que se pueda establecer con claridad quién es el sujeto activo. Por otra parte

2_ Gamonal, S., & Prado, P. (2009). El Mobbing o Acoso Moral Laboral. Santiago, Chile: LegalPublishing. p 22, 23.

3_ Diccionario de la Real Academia española, disponible en <http://lema.rae.es/drae/?val> Fecha de consulta [29/04/2014]

4_ Ugarte Cataldo, J. L. (2012). El acoso Laboral: entre el Derecho y Psicología. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 39, p 222

el acosado o sujeto pasivo también pueden ser uno o varios trabajadores.

- d) Ejercida por cualquier medio: en este sentido cabe realizar una interpretación amplia de la definición legal, por lo que deberá necesariamente comprender la actitud activa del acosador como la actitud pasiva (omisión).
- e) Resultados del acoso laboral: en este caso se deberá verificar uno o varios de los resultados señalados en la definición, esto es el menoscabo, maltrato o humillación del afectado, como también el hecho de amenazar o perjudicar la situación laboral, entendida como estabilidad en el empleo, o las oportunidades en el empleo.

III. MODALIDADES DEL MOBBING

Existen diversas modalidades de cómo se puede verificar el acoso moral, estos son tres:

- a) Acoso vertical: Se produce cuando existe una relación de jerarquía entre el acosado y el acosador, por lo tanto esto podrá darse tanto en forma descendente, el más común (cuando lo ejerce el empleador o alguna persona que tenga grado de jefatura) y también de manera ascendente, situación más excepcional, la cual se da cuando una o varias personas en una posición jerárquica inferior dentro de la estructura de la organización acosan a una persona que se encuentra en una posición superior. Como ejemplifica Caamaño, cuando un trabajador pasa a tener como subordinados a los que fueron sus colegas de trabajo o cuando se incorpora a la organización una persona a un cargo directivo, y desconoce la organización o incorpora nuevos métodos de gestión que no son compartidos o aceptados por los subordinados.⁵
- b) Acoso horizontal: este tipo de acoso se verifica cuando los trabajadores que se encuentran en una situación equivalente, o sea que no existe un grado de jerarquía entre ellos, y son estos quienes realizan conductas de acoso moral hacia otro trabajador. El ataque puede deberse a numerosas causas: celos, envidia, competencia o problemas de tipo personal. Aquí el acosador busca entorpecer el trabajo de su colega o

5_ Caamaño Rojo, E. (2012). Propuestas para la delimitación de la noción jurídico-laboral de acoso moral laboral o mobbing. Estudios Laborales (6), 71.

compañero de trabajo con el objetivo de deteriorar su imagen o carrera profesional; también puede llegar a atribuirse a sí mismo los méritos ajenos.⁶

- c) Acoso mixto o complejo: en este supuesto, el acoso comienza como horizontal, vale decir, el agresor es uno varios de los compañeros de trabajo de la víctima, pero en un momento posterior, toma conocimiento de la situación la jefatura o el empleador y, en vez de intervenir en favor de la víctima, no adoptan ninguna medida para solucionar la situación.⁷ Por lo que se produce una omisión por parte del empleador, aunque también pudiera producirse situaciones de acoso por su parte.

IV. RESPONSABILIDAD A PROPÓSITO DEL MOBBING O ACOSO MORAL

i. Régimen de responsabilidad aplicable.

En el trabajo, las partes –el trabajador y empleador- están unidas por de contrato de trabajo, este último se encuentra definido en el artículo 7 del Código del Trabajo: “Contrato individual de trabajo es una convención por la cual el empleador y el trabajador se obligan recíprocamente, éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, y aquél a pagar por estos servicios una remuneración determinada”. Por lo tanto este vínculo existente entre las partes las obliga al igual que en los contratos civiles, pero tratando de este especial contrato en donde supone que hay una inferioridad por parte del trabajador que desarrolla las obligaciones bajo dependencia y subordinación del empleador, el ordenamiento jurídico consagra una serie de estándares mínimos que se deben cumplir en esta relación laboral, parámetros establecidos para el resguardo de los trabajadores y que incluye el respeto hacia las garantías consagrada en la Constitución y en los tratados internacionales ratificados por Chile. Es en este contexto en el que el acoso moral, vulnera los derechos fundamentales, inherentes a la persona, especialmente el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica del trabajador, sin perjuicio de que además se vea vulnerado el derecho a la honra. Al producirse esta

6_ Caamaño, op. Cit. “Propuestas...”, Estudios Laborales.

7_ Caamaño Rojo, E. (2011). La noción de acoso moral laboral o “mobbing” y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 37, pp 215ss

situación de acoso moral en la relación laboral, producirá en el trabajador daños, los cuales pueden ser de diversa índole, pero que sin perjuicio que se produzcan en el ámbito laboral deberán ser resarcidos. Lamentablemente no hay normas que señalen expresamente en esta materia, cual es el régimen de responsabilidad aplicable, por lo que deberemos recurrir al sistema de responsabilidad civil, -responsabilidad contractual y extracontractual- que deberá aplicarse supletoriamente en estos casos, así como señala el Profesor Gamonal la responsabilidad civil es un instituto de aplicación transversal en nuestro derecho, por lo que no se divisa razón para excluir a las relaciones laborales en caso que producto de desenvolvimiento de las mismas se cause daño a alguno de los sujetos, como ocurre en el acoso moral laboral.⁸

Dado que el mobbing se produce con ocasión de la relación laboral, deberá aplicarse el régimen de responsabilidad contractual, ya que existe un contrato de trabajo en que se han incumplido ciertas obligaciones, como analizaremos más adelante. Una de las más importantes es la obligación contenida en el artículo 184 del Código del Trabajo conocida como el deber de cuidado “el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también en los implementos necesarios para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.” Así lo ha establecido la jurisprudencia en la causa RIT T-8 de 2010, Tribunal del Trabajo de Curicó “El artículo 184 coloca al empleador en una posición de garante de la vida y salud de los trabajadores ante los riesgos laborales e intensifica de esta manera la eficacia horizontal de la garantía del artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental. En efecto, en virtud del contrato de trabajo el empleador debe asumir la obligación de tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, de lo que cabe colegir, la obligación específica de mantener un ambiente laboral libre de acoso moral, pues este tipo de hostigamiento afecta no sólo la integridad física del trabajador, sino que el derecho a la salud en su globalidad.”

8_ Gamonal, Prado, op. Cit. “El mobbing...”, P. 97

II. REQUISITOS QUE SE DEBEN CUMPLIR PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DE EMPLEADOR

Para recurrir al régimen de responsabilidad civil, deberemos tener en consideración los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad, sin perjuicio que deberá realizarse ciertos alcances, ya que estamos aplicando a un contrato especialísimo, como lo es el contrato de trabajo, así señala el Profesor Gamonal que no obstante la aplicación de las disposiciones del Código Civil en materia de responsabilidad en el ámbito laboral, al momento de analizarlas, será necesario formular una serie de precisiones, en consideración a sus especificidad, lo cual evidencia, por ejemplo entre el acosador y víctima, lo liga un contrato de trabajo, figura jurídica regulada con principios propios por un área especial del derecho como es el derecho laboral.⁹

Es por esto que en la relación laboral para estar en presencia de la responsabilidad contractual deberán verificarse alguna de estas hipótesis:

- a) Vinculación contractual: Es lógico que para que se dé origen a esta responsabilidad se esté incumpliendo el contrato, y es por eso que la primera hipótesis supone que quien incumple sea el empleador. Es por esto que esta se dará si entre la víctima y victimario existe un vínculo contractual preexistente, que está constituido por el contrato de trabajo.¹⁰ En este caso el acoso moral se verá de manera vertical entre el empleador y el trabajador.
- b) Representación del empleador: Otra situación que puede darse es que no sea el mismo empleador el que ejerza el mobbing sobre el trabajador, sino que sea en virtud del artículo 4 del Código del trabajo, quien realiza labores de dirección o administración por cuenta o representación de una persona natural o jurídica, es quien efectúa el acoso. También será una modalidad vertical del mobbing, ya que existe una relación de jerarquía entre acosador y acosado.
- c) Omisión del empleador: Una última hipótesis se dará en el caso de que el empleador haga vista gorda de la situación de acoso moral que se está produciendo hacia un trabajador, el empleador asume una actitud pasiva en caso que el acoso sea llevado por una persona que ejerce algún cargo, no obstante no quede comprendido en el

9_ Gamonal, Prado, op. Cit. “El mobbing...”, P. 99

10_ Gamonal, Prado, op. Cit. “El mobbing...”, P. 99

artículo 4, o bien porque es un acoso entre trabajadores de similar condición jerárquica.¹¹ Esta se producirá en la modalidad de acoso mixto y horizontal.

Respecto de los requisitos que deberán observarse en materia propiamente civil se distinguen como elementos:

- a) Incumplimiento de una obligación contractual: Es claro que el empleador incumple en la obligación contractual toda vez que viola lo dispuesto en diversas normativas del Código del Trabajo y que son parte del contrato de trabajo, ya que las normas laborales son de orden público e imperativas, es así que en primer lugar incumple lo establecido en el inciso 2° del artículo 2 del Código del Trabajo, el cual señala que “ las relaciones laborales deberán siempre fundarse en un trato compatible con la dignidad de la persona... asimismo, es contrario a la dignidad de la persona el acoso laboral entendiéndose por tal toda conducta que constituya agresión u hostigamiento reiterados, ejercida por el empleador o por uno o más trabajadores, en contra de otro u otros trabajadores, por cualquier medio, y que tenga como resultado para él o los afectados su menoscabo, maltrato o humillación, o bien que amenace o perjudique su situación laboral o sus oportunidades en el empleo”. Además de las garantías de carácter constitucional señala en artículo 19 de la Constitución, replicadas en el artículo 5 del Código del Trabajo, que expresa “El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”. En el inciso segundo se señala la irrenunciabilidad de estos derechos establecidos por las leyes laborales.

También se incumple el deber general de protección consagrado en el artículo 184 del código del Trabajo “el empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y la salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también en los implementos necesarios para prevenir accidentes del trabajo y enfermedades profesionales”. Esta clase de incumplimiento ha sido apoyado por la jurisprudencia, como lo señala la Corte de Apelaciones de Concepción en la causa RIT T 640 del 2008 en su considerando decimotercero” Que,

11_ Gamonal, Prado, op. Cit. “El mobbing...”, P.

en el caso de autos se trata de determinar si ha existido acoso laboral hacia la trabajadora, en términos de haberle causado problemas en su salud, lo que conlleva el incumplimiento grave del empleador de la obligación que establece el artículo 184 del Código del Trabajo, de tomar las medidas necesarias para proteger eficazmente la salud y vida de los trabajadores. Disposición que debe entenderse en armonía con la normativa de la Ley 16.744, que regulan las enfermedades profesionales y accidentes del trabajo, en especial con el artículo 69 de la referida ley”. Además eventualmente podría existir incumplimiento del reglamento interno, si en éste se señala expresamente el acoso moral, ya que el reglamento interno se entiende incorporado al contrato de trabajo.¹²

Otra situación que podría darse respecto de los trabajadores que forman parte de un sindicato, y que el incumplimiento se verifique en lo que establece el contrato colectivo, siempre y cuando este último se refiera expresamente al mobbing.

Por todo lo anterior es el empleador quien incumple los deberes que consagra el contrato, y la normativa que establece los parámetros mínimos para el desarrollo del trabajo.

- b) Existencia de un daño: El daño en materia civil puede ser patrimonial o moral. Sin perjuicio que pueda darse las dos clases de daño, en el mobbing es manifiesto que producto del acoso moral hacia el trabajador se producirá un daño en su esfera psíquica, ya que el mobbing supone una serie de requisitos, como el hostigamiento y la reiteración en el tiempo, por lo que resulta más evidente que el trabajador sufre un daño moral en su persona.

- c) La existencia de una relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño: en cuanto a este requisito no se producen mayores problemas en la práctica, ya que si el acoso moral se produce en la relación laboral, lo

12_ En el fallo del Segundo Juzgado del trabajo RIT T 63-2009 se condena a la empresa a establecer en el reglamento interno a prohibir el acoso moral laboral, y señala lo siguiente “La denunciada vendida deberá, en un plazo que no exceda de los sesenta días hábiles, incluir en su Reglamento Interno de Orden, Higiene y seguridad un referencia expresa y explícita, relativa a la prohibición de quienes desempeñe cargos de jefatura de efectuar maltratos verbales o escritos, de cualquier índoles y por cualquier causa a los subordinados y demás trabajadores, debiéndose respetar siempre la dignidad del trabajador, y de sus derechos fundamentales, y dar a conocer dicha regla a todos ellos. Si dicha mención ya se contempla en el reglamento respectivo, se deberá informarla nuevamente a todos los trabajadores por el medio más idóneo que se determine por la misma empresa”

En este sentido se incumplirá toda vez que el reglamento interno se entiende incorporado al contrato de trabajo en virtud del artículo 160 del Código del Trabajo.

más lógico es que haya incumplimiento por parte del empleador. Lo complejo como señala el profesor Gamonal es la forma de acreditar el daño, en el acoso moral lo más probable es que los inconvenientes probatorios para el acosado no sean referidos a la causalidad, sino en materia de daño¹³

d)Reprochabilidad del empleador: este último requisito está referido al dolo y la culpa. Es por esto que respecto del dolo, podrá ser la conducta de acoso realizado con dolo directo o eventual, y tratándose de la culpa, deberá responder por culpa levisima toda vez que el legislador establece el deber de cuidado en el artículo 184 del Código del Trabajo que constituye una exigencia mayor para el empleador, de esta manera lo señala Diez Schwert al señalar que jurisprudencialmente el término “eficazmente” utilizado por la disposición ha sido entendido como “suma diligencia”, “máxima diligencia”, “sumo cuidado” de manera tal que se considera que el empleador respondería de la culpa levisima ante el incumplimiento del deber de protección u obligación de seguridad que consagra este artículo y toda la normativa complementaria.¹⁴

III. FORMAS DE HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR

Existen diversas formas de hacer efectiva la responsabilidad del empleador, esto principalmente porque con anterioridad a la dictación de la ley 20.607 no se había establecido una regulación respecto del mobbing, por lo que se buscó jurisprudencialmente que no quedaran impunes los actos de mobbing recurriendo a la normativa general del derecho laboral.

a)Procedimiento de Tutela: La reforma procesal laboral introducida por la Ley 20.087, permitió ante el vacío de una normativa del mobbing, suplir dicho vacío, para pasar a jugar un rol importante en la forma de hacer frente al mobbing. El artículo 485 del Código del Trabajo señala que «El procedimiento contenido en este Párrafo se aplicará respecto de las cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten los

13_ Gamonal, Prado, op. Cit. “El mobbing...”,p. 103

14_ Diez Schwert, J. L. (2005). Víctimas directas y por repercusión en la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia recient: el problema de la competencia las distorsiones sustanciales. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia , p 570 y ss.

derechos fundamentales de los trabajadores». Es así como a través de la jurisprudencia fue desarrollando en definitiva una serie de pilares que permiten sustentar acciones contra el mobbing, es indiscutido que frente a hechos tan grave que puede sufrir una persona como es el hostigamiento reiterado en el tiempo, queden impunes por falta de legislación. En definitiva, resulta llamativo y positivo constatar que la ausencia de un concepto legal de acoso laboral, no ha impedido que esta clase de hostigamiento psicológico pueda ser denunciado y sancionado en base a las normas generales contenidas por el Código del Trabajo que reconocen y aceptan la plena vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores.¹⁵

Sin embargo esta forma de suplir el vacío normativo también tenía límites, ya que si bien la vulneración de derechos fundamentales se presentaba como un mecanismo de protección idóneo, pero limitado, debido a la propia redacción del artículo 485 del Código del Trabajo, exclusivamente a las conductas de acoso laboral provenientes del empleador (mobbing vertical descendente)¹⁶

“Este procedimiento sólo será competente en los casos en que directamente el empleador sea responsable de acoso laboral, esto es, cuando se trate del abuso de las facultades legales de dominio y dirección que detenta el empleador, que dañe derechos constitucionales de un trabajador de forma injustificada, arbitraria y desproporcionada. Pero en el caso de que sean colegas de la víctima quienes la acosen, sin intervención directa del empleador, podría demandarse judicialmente bajo este procedimiento al empleador que omitió ejercer facultades legales suyas que le hubieran permitido prevenir o detener un ataque u acoso contra alguno de sus trabajadores.¹⁷

b)Despido indirecto: La dictación de la ley 20.607, al introducir la letra f el artículo 160, consagra expresamente la posibilidad de solicitar el despido indirecto en virtud de conductas de acoso laboral. Sin embargo tanto la doctrina y la jurisprudencia con anterioridad a la dictación de la ley ya venían desarrollando un análisis respecto del autodespido por acoso moral laboral, al encasillarlo en la causal de incumplimiento grave de las obligaciones.

15_ Caamaño, op. Cit. “Propuestas...”, Estudios Laborales.

16_ Caamaño, op. Cit. “Propuestas...”, Estudios Laborales.

17_ Carvajal Godoy, Gabriela (2011) Tema de colección. Mobbing o acoso moral en el trabajo. Thomson Reuters.

c)Ejercicio de la acción de tutela por vulneración de derechos fundamentales con ocasión del despido indirecto: Este medio procesal es la mejor forma de hacer efectiva la responsabilidad del empleador, principalmente porque la acción de tutela subsana de cierto modo el inconveniente probatorio que implica el autodespido, como señala López “No se libera al trabajador completamente de la carga de la prueba, ya que no se altera el onus probandi, sino que se trata de un aligeramiento de la prueba, pues éste deberá acreditar en juicio la existencia de indicios suficientes de la ocurrencia de la conducta lesiva, trasladándose en ese caso la carga de la prueba al empleador quien deberá explicar los fundamentos de la conducta lesiva, sometiéndola el juez al estándar de la proporcionalidad en sentido amplio.”¹⁸ Por esto el trabajador sólo acreditará los “indicios” del acoso moral realizadas por el acosador, y este último será el llamado a justificar las medidas que vulneraron los derechos fundamentales de la víctima.

Sin perjuicio de esto existe un fallo de la Corte Suprema Rol 2.202- 2012 que señala la incompatibilidad de estas acciones al señalar en el considerando decimo “que por lo reciente consignado y habiéndose incurrido en error de derecho, deberá acogerse el recurso de nulidad sustantivo planteado sobre el particular por la parte demandada. Por consiguiente debe entenderse unificada la jurisprudencia en el sentido anotado en los fundamentos que proceden, esto es, que la acción prevista en el inciso 1° del artículo 489 del Código del Trabajo, no procede cuando ha sido el trabajador quien ha puesto termino a la relación laboral por vía del despido indirecto contendía en el artículo 171 dl precitado cuerpo normativo”.

Pero la doctrina ha reafirmado de manera inequívoca que si son compatibles. Por su parte Ugarte señala que “la razón principal, de partida, para sostener la plena compatibilidad entre el despido indirecto y la tutela laboral es de carácter dogmático. El despido indirecto no es otra cosa que un despido. Así lo entiende prácticamente toda la doctrina laboral, por razón casi obvia: el termino del contrato de trabajo no viene motivado por la voluntad del trabajador, sino por la decisión del empleador de no cumplir el contrato, o en nuestro caso, por su conducta discriminatoria.”¹⁹ A su vez López considera que “aplicando el propio texto legal y los principios informadores del

18_ López Perán, Á. “El Autodespido...” Estudios Laborales

19_

derecho del trabajo, han brindado argumentos sólidos y contundentes, en pos de la tesis de la compatibilidad. De esta forma se ha admitido por los tribunales del trabajo que los trabajadores, afectados por prácticas de acoso laboral, puedan deducir una denuncia de tutela de derechos fundamentales, con ocasión del despido indirecto, que no es sino una forma de despido, a la cual le resultan aplicables todas las instituciones propias del despido disciplinario”²⁰

IV. INDEMNIZACIONES PROCEDENTES DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPLEADOR: INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL

A partir de la responsabilidad que tiene el empleador en estos actos de acoso moral, surgen a su vez los cuestionamientos de qué clase de indemnizaciones son procedentes a su respecto, es claro que tratándose del autodespido el Código del Trabajo ha establecido de manera expresa las indemnizaciones legales, tarifándolas, pero se discute si en virtud de lo dispuesto en el artículo 171 inciso segundo es posible obtener otras indemnizaciones que establece el ordenamiento jurídico, principalmente, la indemnización del daño moral causado por la conducta del empleador.

La jurisprudencia ha entendido que es procedente la indemnización del daño moral²¹, así por ejemplo lo ha

20_ López Perán, Á. “El Autodespido...” Estudios Laborales

21_ Jurisprudencia que afirma la procedencia del reparo del daño. Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol 11.553-2009, “En estos autos se ha pedido la reparación indemnizatoria por el acoso laboral de que la demandante dice y ha probado haber sido víctima de parte de su empleadora, teniendo plena procedencia la indemnización por el daño moral, máxime si se tiene en consideración lo estatuido en el artículo 171 del Código del Trabajo, esto es, si quien incurriere en las causales de los números 1,5 ó 7 del artículo 160 fuere el empleador, el trabajador podrá poner término al contrato y recurrir al juzgado respectivo, para que éste ordene el pago de las indemnizaciones establecidas en el inciso cuarto del artículo 162, y en los incisos 1° o 2° de artículo 163 según corresponda; tratándose de la aplicación de las causales de las letras a) y b) del número 1 del artículo 160, el trabajador afectado podrá reclamar del empleador simultáneamente con el ejercicio de la acción que concede el inciso anterior, las otras indemnizaciones a que tenga derecho. Dentro de la amplitud indemnizatoria que establece el artículo 171 del Código del Trabajo no cabe duda que queda comprendida también la indemnización por daño moral cuando éste se ha originado en el hostigamiento del trabajador en un caso, o en la invocación maliciosa de la causal invocada por el trabajador en el caso de su empleador. Lo que se ha denunciado en la demanda de autos, esto es, una conducta de hostigamiento de carácter permanente durante el desarrollo del contrato laboral, y no como conducta producida en el despido mismo. Y es precisamente por esta razón que la demanda por acoso laboral ha sido acertadamente acogida, porque precisamente sólo cabe a los Tribunales del Trabajo conocer del daño causado a la trabajadora

declarado la Corte de Apelaciones de Concepción Rol 3583-2006 al indicar: “Que, la indemnización por daño moral y psíquico reclamada por el actor en su demanda, fundada en el mobbing, hostigamiento y acoso laboral efectuado en su contra por su empleador, sin duda es una cuestión suscitada entre empleador y trabajador, derivada de su contrato de trabajo, razón por la cual puede ser demandada en sede laboral”

Por otra parte la doctrina también reafirma la plena compatibilidad de la indemnización por daño moral en el caso de accionar la acción de tutela con ocasión del autodespido, López indica que “indemnizaciones tarifadas del Código del Trabajo, han sido establecidas en atención a la antigüedad del trabajador, y sobre la base de su última remuneración mensual. Pues bien, si considerásemos que tales indemnizaciones forfaitaire contemplan el eventual daño moral que produzca el despido abusivo o indirecto, ocurre que el daño moral de un trabajador con sólo un año de antigüedad laboral, y que gana el sueldo mínimo mensual, sería tarifado en un valor injustificadamente inferior al daño moral que podría incluirse en la indemnización de un ejecutivo de una empresa, con varios años de antigüedad laboral y un sueldo de varios millones de pesos, situación que repugna al principio de igualdad ante la ley, al principio de la reparación integral del daño, y ciertamente no ha podido

mientras ésta se encuentra ligada contractualmente con su empleadora, de manera tal que, la indemnización solicitada lo es por un daño que el Código Civil reconoce es de responsabilidad del empleador, no sólo por haber sido ocasionado por éste, cuanto porque, aun cuando no exista un texto legal expreso que sancione el acoso laboral con la respectiva indemnización por el daño que con ello se ha causado a la trabajadora víctima, ésta si tiene legítimo derecho a ser indemnizada, máxime si tal acoso lo fue con motivo de un estado de embarazo que el Código del Trabajo se ha encargado de proteger detalladamente”.

Fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago rol 9791-2008 en su considerando sexto y séptimo señala: 6º) Que estos antecedentes dan cuenta de malos tratos de palabra, actitud hostil, de desprecio actitudes de represalia y amenazas por parte de la empleadora, atentatorios contra la dignidad personal de la demandante, que vulneran su integridad psíquica y que, evidentemente, configuran una situación de acoso laboral, el que aparece motivado por el embarazo de la trabajadora no comunicado por ésta en la oportunidad de ser contratada. La existencia misma de este acoso permite establecer, a su vez, la existencia de un daño moral derivado de dicha situación, sin perjuicio de que las testigos de la actora, ya mencionadas, expresan haberla visto en estado depresivo o decaída, alterada y nerviosa, a raíz del hostigamiento que sufría, testimonios que permiten acreditar igualmente ese daño. 7º) Que el daño moral sufrido por la demandante debe serle indemnizado; dicha parte solicita por tal concepto el pago de \$20.000.000; no obstante, dicha indemnización será regulada prudencialmente de conformidad a los antecedentes del proceso, teniendo presente, como parámetro, la disposición del artículo 489 inciso 3º del Código del Trabajo, por estar establecida para una situación equivalente. Así, deberá estarse en cuanto al monto de la indemnización del daño moral, a lo que se determinará en lo resolutivo.

ser la intención del legislador laboral”²²

CONCLUSIONES

La dictación de la ley 20.607 no solucionó el problema de la responsabilidad que tiene el empleador a propósito del acoso moral, pero debemos entender que esta responsabilidad será de carácter contractual, toda vez que lo que liga al empleador con el trabajador es un contrato de trabajo. Esta responsabilidad se originará siempre que quien realice las acciones sea el empleador mismo, alguna persona que represente al empleador (artículo 4 del Código del Trabajo) y cuando el empleador conociendo de la situación de acoso de un trabajador hacia otro trabajador no tome ninguna medida, además de cumplirse con los requisitos necesarios para la configuración de la responsabilidad civil (incumplimiento, daño, reprochabilidad y relación causal entre el incumplimiento y el daño).

La ley 20.607 sólo estableció la posibilidad del autodespido, sin recoger lo que la jurisprudencia y la doctrina habían desarrollado respecto de la posibilidad de accionar la acción de tutela de derechos fundamentales, que durante bastante tiempo permitió a los trabajadores pudieran ejercer por este medio procesal una forma efectiva de hacer frente a las situaciones de acoso moral.

Por último el hecho que a través de la jurisprudencia y la doctrina se ha sostenido la plena compatibilidad de la indemnización por daño moral al deducir la acción de tutela con ocasión del autodespido.

22_ López Perán, Á. “El Autodespido...” Estudios Laborales

BIBLIOGRAFÍA

Caamaño Rojo, E. (2011). La noción de acoso moral laboral o “mobbing” y su reconocimiento por la jurisprudencia en Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 37, 215 - 240.

Caamaño Rojo, E. (2012). Propuestas para la delimitación de la noción jurídico-laboral de acoso moral laboral o mobbing. *Estudios Laborales* (6), 71.

Diccionario de la Real Academia española, disponible en HYPERLINK “<http://lema.rae.es/drae/?val>” <http://lema.rae.es/drae/?val> Fecha de consulta [29/04/2014]

Diez Schwerter, J. L. (2005). Víctimas directas y por repercusión en la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia reciente: el problema de la competencia las distorsiones sustanciales. *Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valdivia*, p 570 y ss.

Gamonal, S., & Prado, P. (2009). *El Mobbing o Acoso Moral Laboral*. Santiago, Chile: LegalPublishing.

Leymann, Heinz, the “mobbing” Encyclopedia, disponible en HYPERLINK “<http://www.leymann.se>” www.leymann.se [fecha de consulta: 29/04/2014]

López Perán, Á. (01 de 07 de 2012). El Autodespido como mecanismo de tutela frente a las conductas de acoso laboral. *Estudios Laborales*, 203.

Ugarte Cataldo, J. L. (2013). Comentario de sentencia Corte de Apelaciones de Valdivia Rol 47- 2012 . *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 1, p147 ss.

Ugarte Cataldo, J. L. (2012). El acoso Laboral: entre el Derecho y Psicología. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 39, 221- 231.

DE LA COMPRENSIÓN DE UN PROCESO CONSTITUYENTE PARA CHILE

From the understanding of a constituent process to chile

Julio Mauricio Muñoz Villa*

RESUMEN

Este artículo expresa la necesidad urgente de un cambio constitucional en Chile, en lógica refundacional. Como demostraremos, nuestra Constitución actual se ha agotado, representa la idea de poder y orden de una época oscura, la de la dictadura militar, que está configurada con valores, instituciones y prácticas ajenas a la de una comunidad política esencialmente democrática, como la que exige el Chile de hoy.

Palabras clave: Constitución, Poder Constituyente, Asamblea Constituyente, Conciencia Constitucional.

ABSTRACT

This article expresses the urgent need for a constitutional change in Chile, in refundational logic. As we will demonstrate, our current Constitution is exhausted, represents the idea of power and order of a dark time, that of the military dictatorship, which is configured with values, institutions and practices outside of an essentially democratic political community, as the one who demands the Chile of today.

Keywords: *Constitution, Constituent Power, Constituent Assembly, Constitutional Consciousness.*

General Lagos 1025, Edificio D, Valdivia, Chile. Correo electrónico: julio.munoz@uss.cl ; jmunozvil@yahoo.com
Este artículo constituye una versión extendida de aquel publicado en el Número Especial –Laicidad y Proceso Constituyente, Agosto de 2015- de la Revista Digital Chilena INICIATIVA LAICISTA, bajo el título “Reflexiones sobre un proceso constituyente para Chile, pp. 22-24.

*_ * Abogado. Master Universitario en Estudios Europeos por la Universidad Pontificia de Salamanca, España. Master Universitario en Democracia y Buen Gobierno y Doctorando en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Director Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad San Sebastián, Chile. Secretario de Estudios y Profesor de Derecho Político y Derecho Constitucional, Carrera de Derecho, Universidad San Sebastián, sede Valdivia. Dirección Postal:

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro actual texto fundamental, la denominada Constitución Política de 1980, se asienta y configura en valores, instituciones y prácticas que, a diario y cada vez, menos veladamente, amenazan peligrosamente a nuestra joven democracia. Así las cosas, el tema de la Asamblea Constituyente, si bien trascendental, se nos presenta como secundaria frente al tema de fondo constituido por la problemática constitucional que nos aqueja por décadas y que requiere un cambio que no solo es necesario sino por sobretodo urgente. De ahí que, si bien se ahondará debidamente en ella, nuestra reflexión principal radicará en aquellos puntos que han generado el actual momento constitucional, lo que ha dado origen a la exigencia de un cambio constitucional bajo principios, valores y reglas distintas a las que hoy rigen bajo la Constitución de 1980.

Para llevar a cabo tan ambicioso proyecto en tan limitado espacio, debo detenerme en conceptos fundamentales previos para entender la temática que nos convoca, como en el de Constitución, Poder Constituyente y Asamblea Constituyente. Una vez hecho eso, me involucraré en los temas fundamentales que hoy nos tienen en este particular momento constitucional, de cuyas consecuencias y soluciones me permitiré dar algunas luces en las apreciaciones finales de este trabajo.

II. CONSTITUCIÓN Y PODER CONSTITUYENTE

Encuentra la palabra constitución su origen etimológico en la expresión latina “Constitutio”, que significa organización, disposición, situación.

Para Konrad Hesse, “la Constitución es el orden jurídico fundamental de la Comunidad. La Constitución fija los principios rectores con arreglo a los cuales se debe formar la unidad política y se deben asumir las tareas del Estado. Contiene los procedimientos para resolver los conflictos en el interior de la Comunidad. Regula la organización y el procedimiento de formación de la unidad política y la actuación estatal. Crea las bases y determina los principios del orden jurídico en su conjunto”¹.

Entiende Karl Loewenstein la Constitución como un dispositivo de control del poder. De esta manera para que un sistema

político se entienda como democrático constitucional dependerá de la existencia de instituciones que permitan efectivamente que el ejercicio del poder político esté distribuido entre los diversos detentadores del poder y que éstos mismos estén permanentemente controlados por los destinatarios del poder, quienes son en definitiva los detentadores supremos del poder².

Por su parte, para Peter Häberle, discípulo de Hesse, “Constitución quiere decir orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir incluye a la sociedad constituida, aunque ciertamente no en el sentido de nociones de identidad, es decir, no sólo es el Estado constituido (la Constitución no es sólo Constitución “del Estado”)³. Pero a la Constitución no la entiende sólo como un texto jurídico sino también como un contexto cultural. De lo que resulta que lo jurídico viene a ser sólo un aspecto de esta Constitución cultural. La constitución así, es algo vivo, que no está solo reservado para el conocimiento de los juristas, sino que igualmente, se constituye en guía para todo ciudadano y grupo. Al ser cultural, la Constitución es más que reglas, instituciones y procedimientos jurídicos, es, en definitiva, expresión de lo que un pueblo fue, es y pretende ser. Lo que le ha permitido afirmar a Antonio Pérez Luño que, “No es la Constitución sólo un texto jurídico o un entramado de reglas normativas sino también expresión de una situación cultural dinámica, medio de la autorrepresentación cultural de un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas. Las Constituciones vivas, como obra de todos los intérpretes de la Constitución en una sociedad abierta, son más bien, de acuerdo con su forma y su contenido, expresión y mediación de cultura, marcos para la recepción y (re)producción cultural, así como archivo cultural para las

2_ “La clasificación de un sistema político como democrático constitucional depende de la existencia o carencia de instituciones efectivas por medio de las cuales el ejercicio del poder político esté distribuido entre los detentadores del poder, y por medio de las cuales los detentadores del poder estén sometidos al control de los destinatarios del poder, constituidos en detentadores supremos del poder. [...] Han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, independientemente de si la legitimación de su dominio tiene fundamentos fácticos, religiosos o jurídicos. Con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas -«la constitución»- destinadas a limitar el ejercicio del poder político. La constitución se convirtió así en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder”. LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, p. 149.

1_ HESSE, Konrad, “Concepto y Calidad de la Constitución”, en Escritos de Derecho Constitucional, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 16.

3_ HÄBERLE, Peter, El Estado Constitucional, Primera Edición, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 3-4.

informaciones, las experiencias, las vivencias y el saber popular recibidos⁴. Esto explicaría, según Pérez Luño, la trascendencia que Häberle le da tanto a los preámbulos como a los símbolos constitucionales, pues vienen a constituir señas de identidad y elementos definitorios de la sociedad abierta sobre la que se construye todo Estado constitucional⁵. No debemos olvidar que todas estas concepciones se enmarcan dentro del fenómeno político-jurídico, denominado constitucionalismo moderno, que como en otra oportunidad hemos señalado “se caracteriza por la implantación del principio de supremacía constitucional sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico, por la consagración de los derechos y libertades fundamentales del ser humano, y el establecimiento de mecanismos jurídico-políticos que garanticen, tanto respecto de los detentadores de los poderes públicos como de los particulares, el respeto tanto a la constitución como al ejercicio mismo de aquellos derechos y libertades fundamentales⁶”.

Nos es posible distinguir dos tipos de constituciones, una material y otra formal. Esta última responde al conjunto de normas jurídicas que se distinguen de las leyes ordinarias. Mientras la constitución material viene a significar el conjunto de normas jurídicas escritas o no, que regulan lo esencial del Estado, su gobierno y los derechos fundamentales de las personas. Al respecto expresa Gomes Canotilho “Una de las concepciones de constitución más aplaudidas por la moderna iuspublicística —la teoría material de la constitución— pretende conciliar la idea de constitución con dos exigencias fundamentales del estado constitucional democrático: (1) la legitimidad material, lo que apunta a la necesidad de que la ley fundamental incluya los principios materiales informadores del estado y de la sociedad; (2) la apertura constitucional, pues la constitución debe posibilitar la concurrencia y la lucha política de los partidos y de las fuerzas políticas portadoras de proyectos alternativos para la concreción de los fines constitucionales⁷”.

Al cuerpo creador o responsable del nacimiento o producción de una constitución se le denomina Poder Constituyente,

al que Carl Schmitt⁸ define como la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. Mientras que para Ernst Böckenförde “el poder constituyente es aquella fuerza y autoridad (política) capaz de crear, de sustentar y de cancelar la Constitución en su pretensión normativa de validez. No es idéntico al poder establecido del Estado, sino que lo precede. Pero, cuando se manifiesta, influye sobre él y opera también dentro de él según la forma que le corresponda para actuar⁹”. Según el mismo Böckenförde su definición se distingue de la de Schmitt “en la medida en que no se limita al aspecto de la toma de decisiones políticas, sino que atiende también a los aspectos de la producción, el mantenimiento o la superación de la pretensión normativa de validez. El poder constituyente se concibe así como un concepto referido a la legitimación¹⁰”. En cuanto al sujeto del poder constituyente el mismo Schmitt distingue: el poder constituyente de Dios, según la concepción medieval que toda autoridad o poder deriva de Dios; el poder constituyente del pueblo, según la doctrina elaborada por Sieyès durante la Revolución francesa; el poder constituyente del rey, sostenida durante la Restauración monárquica (1815-1830) y; el poder constituyente de una minoría. Para este último tipo, Schmitt, está pensando en las Aristocracias antiguas o medievales.

El poder constituyente se distingue entre originario y ordinario (derivado, constituido). El poder constituyente originario es aquel que actúa en la creación de la primera constitución. Tiene un carácter fundacional, regulando el sistema político y los demás órganos constitucionales, tales como Gobierno, Congreso o Poder Judicial, entre otros. Por su parte, el poder constituyente ordinario o derivado, es aquel establecido en la propia Constitución, y que designa al órgano y el procedimiento a seguir ante una reforma total o parcial de dicho texto.

En cuanto a la naturaleza del poder constituyente, Pedro De Vega expresa: “Respecto a la naturaleza del poder constituyente, no admite duda alguna que se trata de un poder absoluto y total. Importa, sin embargo, recalcar que,

al producirse su definición como poder soberano, lo que se hace en realidad es trasladar e incorporar a la organización democrática moderna la doctrina de la soberanía, tal y como había sido teorizada por Bodino, y conservada en la tradición de la monarquía absoluta. De esta forma, de igual manera que el príncipe se hallaba supra leges y quedaba legibus solutus, el poder constituyente se concebirá también fuera de toda limitación. [...]

De la calificación del poder constituyente como poder soberano e ilimitado, derivarán, cuando menos, dos consecuencias importantes.

En primer lugar, que mientras los poderes constituidos tienen su fundamento en la Constitución, y desde ella se explican sus posibilidades y modos de actuación, el poder constituyente se justifica por sí mismo. Su fundamentación no es jurídica, sino ontológico-existencial¹¹.

Continúa De Vega señalando, “En segundo término, hay que advertir, igualmente, que, a diferencia de los poderes constituidos que, en cuanto poderes jurídicos, tienen establecidos sus modos de actuación en la Constitución, el poder constituyente, en cuanto poder pre-jurídico, como res facti, non juris, no sólo es ilimitado en los contenidos de su voluntad, sino en las propias formas de su ejercicio. Con lo cual, la pregunta sobre el cómo se ejerce realmente el poder constituyente, se convierte por necesidad en el centro medular y el núcleo de referencia de toda su problemática¹²”.

III. ASAMBLEA CONSTITUYENTE

Existen diferentes formas en que se expresa y funciona el poder constituyente. Son diversos los sistemas ideados para reformar un orden constitucional, ya de forma parcial, ya de forma total o, para el establecimiento un nuevo texto constitucional.

Según Karl Loewenstein “De acuerdo con las teorías de la soberanía del pueblo y del *pouvoir constituant* originario del pueblo soberano, se ha generalizado, y hasta estereotipado, un procedimiento para la elaboración y la adopción de la constitución escrita: una asamblea nacional o constituyente será elegida por todo el pueblo para esta tarea específica¹³”.

Afirma Carl Schmitt que, “En la Democracia moderna se

ha formado la práctica de una llamada Asamblea nacional constituyente democrática, es decir, elegida según los postulados fundamentales del sufragio universal e igual, como procedimiento «democrático» reconocido. Habrá de venir siempre que haya sido abolida una Constitución y haya que dar otra nueva. Sin embargo, la convocatoria de una «Asamblea nacional constituyente» no es el único procedimiento democrático imaginable. Antes bien, se han introducido en democracias modernas otras clases de ejecución y formulación de la voluntad constituyente del pueblo.

a) La Asamblea nacional que acuerda y despacha (normaciones legal-constitucionales): una Asamblea elegida según los postulados democráticos fundamentales, comisionada especialmente para la formulación y formación de las determinaciones legal-constitucionales, acuerda el texto de las leyes constitucionales y las expide. Una formación legal-constitucional así surgida, entra en vigor por acuerdo de simple mayoría, sin que pueda tener lugar un referéndum sobre el proyecto aprobado; por lo tanto, sin confirmación por parte de los ciudadanos con derecho a voto. [...] b) La Asamblea (Convención) que proyecta (normaciones legal-constitucionales) con inmediato referéndum u otra confirmación, directa o indirecta, de, proyecto, por los ciudadanos con derecho a voto. [...] c) Especialidades en caso de Convención para una Constitución federal. Aquí, la Constitución puede ser sometida al asentimiento del pueblo de los distintos Estados-miembros. [...] d) Plebiscito general sobre una propuesta surgida de un modo cualquiera, o sobre una nueva ordenación y regulación introducida de un modo cualquiera. [...] e) Excepciones y casos especiales en esta práctica democrática¹⁴. Planteamientos, los de Schmitt, ratificados por Böckenförde¹⁵.

En la doctrina nacional, el profesor Humberto Nogueira Alcalá, distingue los siguientes procedimientos de actividad del poder constituyente¹⁶.

1.- Sistema de decisión parlamentaria única. “En este sistema, la reforma se producirá con la única intervención del

4_ HÄBERLE, Peter, Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1998, p. 46.

5_ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Estado Constitucional y derechos de la tercera generación, Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, 1997, p. 558.

6_ MUÑOZ VILLA, Julio Mauricio, Las declaraciones de derechos del periodo de revoluciones. Fundamento del Constitucionalismo Moderno. Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 28, 2013-2, Concepción, Chile, p. 20.

7_ GOMES CANOTILHO, José Joaquim, Teoría de la Constitución, Primera Edición, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004, p. 22-23.

8_ SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Quinta reimpression en “Alianza Universidad Textos”, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2006, p. 93 y s.

9_ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Simancas Ediciones, S.A., Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2000, p. 163.

10_ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Simancas Ediciones, S.A., Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2000, p. 163.

11_ DE VEGA GARCÍA, Pedro, La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1985, p. 28-29.

12_ DE VEGA GARCÍA, Pedro, La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1985, p. 29.

13_ LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución, Reimpression de la segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1979, p. 160-161.

14_ SCHMITT, Carl, Teoría de la Constitución, Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2006, p. 99-103.

15_ “La praxis de los Estados democráticos, orientada según el modelo de la época de la Revolución francesa, ha configurado diferentes procedimientos para ello. Y C. Schmitt los ha descrito con detalle en su teoría de la Constitución”. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia, Simancas Ediciones, S.A., Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2000, p. 170.

16_ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional, Revista IUS Et Praxis, Año 15, N° 1, pp. 241 y s.

Parlamento (uni o bicameral) que adopta la decisión de la modificación del texto de la Carta Fundamental por una mayoría generalmente calificada de tres quintos o dos tercios de sus miembros en ejercicio. Este modelo tiene como riesgo mayor que el órgano parlamentario no exprese auténticamente la voluntad popular, tergiversando la voluntad del cuerpo político de la sociedad". Este es el caso de la actual constitución chilena de 1980.

2.- Sistema de doble deliberación parlamentaria. "La reforma o revisión constitucional será adoptada por el Parlamento o Congreso nacional, que debe adoptar la decisión en dos oportunidades sucesivas separadas entre sí por un cierto lapso. Ambas decisiones pueden ser adoptadas por el mismo parlamento, sin intervención ni mediación del cuerpo político de la sociedad".

3.- Sistema de deliberación de dos parlamentos sucesivos. "En este caso, se producen, como en el modelo anterior, dos deliberaciones parlamentarias sucesivas, con la diferencia de que, en este último modelo, existe la intermediación de la voluntad popular, que se pronunciará sobre el tema al elegir el nuevo Parlamento que decidirá la reforma constitucional. Este nuevo Parlamento puede actuar mediante la disolución del primero al adoptar la decisión de reformar la Carta fundamental".

4.- Sistema de aprobación parlamentaria y refrendo por decisión del cuerpo político de la sociedad. "En este modelo, la Asamblea Parlamentaria adopta la reforma constitucional, la cual, para que tenga validez, debe ser ratificada por el cuerpo político de la sociedad a través de un referéndum democrático".

5.- Sistema de debate y aprobación de la reforma constitucional por parte de una Convención o Asamblea Constituyente. "En este caso, no es el Parlamento o Congreso ordinario el que analiza, debate y aprueba la modificación o reforma de la Constitución, sino que ello se concreta a través de una Asamblea o Convención especialmente elegida por el cuerpo político de la sociedad en forma democrática teniendo como única tarea impulsar y aprobar la reforma constitucional, excluyendo al Congreso ordinario de la revisión constitucional". Ejemplos de ello son las constituciones de Uruguay de 1966, la de Paraguay de 1992, la de Colombia de 1991 y la de Bolivia de 2009.

Destaca Nogueira Alcalá que "la elección de la Asamblea o Convención Constituyente debe realizarse previa etapa de campaña informativa de las opciones de los candidatos a la asamblea, elección libre, limpia y transparente de ellos a través de un sistema electoral que garantice la representación proporcional de los diversos sectores de

la sociedad". Expresando, asimismo, el siguiente alcance: "En este sistema existe el riesgo de que la Asamblea o Convención Constituyente apruebe un texto distinto al comprometido por los representantes en su elección, producto del intercambio de puntos de vista y negociaciones intra convención, el que puede no corresponder a la voluntad del cuerpo político, por lo que parece conveniente la ratificación del texto por un referéndum democrático, como lo prevé la Constitución uruguaya (art. 331.C) y la de Paraguay (art. 220), entre otras constituciones".

En resumen, es la Asamblea Constituyente un mecanismo mediante el cual el pueblo o la nación, constituidos como poder constituyente se dan un texto constitucional, una norma fundamental.

En la corta historia del fenómeno del constitucionalismo moderno, han existido muy pocas oportunidades en que este mecanismo ha sido el medio por el cual ha nacido un orden constitucional. Pues, en su mayoría, dichos nacimientos provienen de rompimientos institucionales, tales como revoluciones, rebeliones, insurrecciones y golpes de Estado, entre otros. Chile no ha sido la excepción, ya que como nos recuerda Sergio Grez Toso¹⁷, ninguno de

17_ "Así, el primer Congreso Nacional ordenó en agosto de 1811 poner en vigencia un Reglamento constitucional que consagró al mismo tiempo al órgano legislativo como único depositario de la voluntad del reino. El Reglamento Constitucional de 1812 fue preparado por una comisión nombrada por el gobierno y luego fue sometido a la ratificación exclusiva de los vecinos (de alcurnia) de Santiago por medio de firmas recaudadas mediante el sistema de suscripciones, reservado exclusivamente para quienes recibía una invitación a manifestar su opinión. Bernardo O'Higgins nombró una comisión encargada de redactar una carta política, la Constitución provisoria de 1818, que fue sometida a la aprobación popular por el sistema de suscripciones. La Constitución de 1822 fue finalmente aprobada por una Convención Preparatoria en cuyo nombramiento intervino activamente O'Higgins por medio de las autoridades locales designadas por él mismo. La llamada Constitución de 1826 fue, en realidad, un conjunto de leyes federales propuestas por José Miguel Infante y sancionadas por el Congreso entre julio y octubre de ese año, pero el proyecto nunca fue aprobado ya que el Congreso se disolvió pocos meses más tarde a causa de la inestabilidad política. El nacimiento de la Constitución de 1828 fue semidemocrática ya que el Congreso Nacional que la aprobó había sido elegido en base a un electorado masculino que incluía a las capas medias, más precisamente, hasta el estrato superior de los sectores populares, representado por el artesanado, pero no al bajo pueblo. La Constitución de 1833 de inspiración portaleana, fue construida por 16 diputados elegidos por el Congreso Nacional, 20 ciudadanos de reconocida probidad e ilustración y 20 diputados en ejercicio más. Arturo Alessandri Palma, por sí y ante sí, designó a los miembros de las dos comisiones que debían preparar la Asamblea Constituyente, escogiendo una mayoría de viejos políticos como Luis Barros Borgoño, Guillermo Edwards Matte, Eleodoro Yáñez, Juan Enrique Concha, Ernesto Barros Jarpa, Guillermo Subercaseaux y Domingo Amunátegui, entre otros. Sólo unos cuantos dirigentes de organizaciones sociales y de partidos y grupos de izquierda que habían formado la constituyente chica, como Carlos Contreras Labarca, Víctor L. Cruz, Manuel Hidalgo, Carlos Alberto Martínez, Onofre Avendaño y Fernando García Oldini, fueron invitados a participar. En cuanto a producción de la Constitución de 1980 tan sólo recordemos que desde 1973 la dictadura militar, había venido preparando su proyecto constitucional. Pocos días después del golpe de Estado,

los textos constitucionales chilenos ha sido producido democráticamente. En sus nacimientos ha existido ausencia de procesos constituyentes de carácter democrático.

IV. SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE UN URGENTE CAMBIO CONSTITUCIONAL EN CHILE

Hoy nuestro texto fundamental, la Constitución Política de 1980, contiene instituciones y prácticas constitucionales que, a diario y veladamente, amenazan a nuestra aún joven democracia. Algunas de ellas constituyen enclaves autoritarios que corresponden a la lógica de la democracia protegida impuesta por la Junta de Gobierno luego del golpe de Estado de 1973. Esto es un grave déficit democrático que obstaculiza nuestra capacidad de autogobernarnos y no se concilia con la madurez de nuestra sociedad, permitiendo perpetuar el tutelaje político sobre la ciudadanía chilena. En esta línea manifiestan Couso y Coddou que, "(...) el gran problema de la Constitución que nos rige es su déficit democrático (...). Este déficit es el resultado directo de la filosofía política que animó al constituyente original, y que se asentaba crucialmente en la noción de "democracia protegida". Este concepto – que fue propiciado con fuerza por quien lideró el esfuerzo constituyente, Jaime Guzmán- expresa la profunda desconfianza respecto de la capacidad de la población de autodeterminarse políticamente que predominó al interior del régimen militar que impulsó la Constitución de 1980.

En este punto surge la pregunta acerca de contra qué – o contra quiénes- se intentaba "proteger" la democracia. La respuesta es clara: contra la irracionalidad que se atribuía al pueblo. Esta noción, que de hecho, subyació a la justificación del golpe militar de 1973 y la dictadura que sobrevino, surgió del juicio extremadamente crítico que tanto Guzmán como el equipo económico del régimen militar compartían respecto de la política democrática que tuvo el país durante los cuarenta años que precedieron al golpe de Estado, periodo que caracterizaban como uno marcado por la "demagogia"

la Junta Militar de Gobierno había creado una Comisión de Estudio o Comisión Constituyente encabezada por el ex ministro del gobierno de Alessandri Rodríguez don Enrique Ortúzar. Durante 5 años esa comisión trabajó en un anteproyecto constitucional bajo las orientaciones del gobierno de facto. En noviembre de 1977 el dictador Pinochet entregó a Ortúzar instrucciones escritas por su Ministra de Justicia Mónica Madariaga y por Jaime Guzmán, principal ideólogo del régimen, para que elaborara un proyecto de Constitución de acuerdo con los planes del gobierno militar". GREZ TOSO, Sergio, La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile, Revista Tiempo Histórico, Universidad Academia de Humanismo Cristiano, Nº 1, Santiago, Chile, 2010, p. 16 y s.

y la "politiquería" (Huneus, 2000). Producto de estos vicios, seguía el argumento, la nación había quedado prisionera de facciones alejadas del bien común, lo cual derivó en la grave crisis institucional a la que pusieron fin las fuerzas armadas. Con esta interpretación histórica como telón de fondo, los constituyentes del ochenta concibieron a la carta fundamental como una suerte de "dique de contención" que frenaría la irracionalidad de la política partidista, que se preveía iba a retornar tarde o temprano. A partir de este diagnóstico tan pesimista respecto del funcionamiento de la democracia chilena durante el siglo veinte, el gremialismo y los Chicago boys, coincidieron en que había que aprovechar la oportunidad que brindaba el régimen autoritario para introducir elementos de "racionalidad" a la institucionalidad económico-social del país, la que luego se "congelaría" en una Constitución que impidiera a las futuras mayorías políticas desmantelarla.

En ese sentido, la Constitución de 1980 representa un buen ejemplo de lo que Tom Ginsburg ha denominado "el constitucionalismo como seguro" (Ginsburg, 2000). De acuerdo a esta forma de entender la producción constitucional en regímenes autoritarios, lo que se persigue es asegurar la futura vigencia de los valores y principios de la era autoritaria ante lo que se vislumbra como inevitable transición a una política democrática¹⁸.

Constancia de la idea primera de la Junta de Gobierno de intervenir el sistema político democrático y redirigirlo hacia una democracia protegida, podemos hallarla ya en la Declaración de Principios del Gobierno de Chile de marzo de 1974. En su apartado titulado "UNA NUEVA Y MODERNA INSTITUCIONALIDAD: TAREA PARA EL ACTUAL GOBIERNO", es posible leer: "(...) el Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden ha asumido la misión histórica de dar a Chile una nueva institucionalidad que recoja los profundos cambios que la época contemporánea ha ido produciendo. Sólo así será posible dotar a nuestra democracia de una sólida estabilidad, depurando a nuestro sistema democrático de los vicios que facilitaron su destrucción, pero trascendiendo a una mera labor rectificadora, para entrar de lleno en el audaz campo de la creación.

(...) Debido a la larga erosión provocada en nuestro país por muchos años de demagogia, y a la destrucción sistemática que desde 1970 el marxismo acentuara sobre todos los aspectos de la vida nacional, las Fuerzas Armadas y de

18_ COUSO, Javier y CODDOU, Alberto, "Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena" en FUENTES, Claudio (editor), En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile, Ediciones Böll Cono Sur, Santiago, 2010, p. 192 y s.

Orden de Chile, en cumplimiento de su doctrina clásica y de sus deberes para con la subsistencia de la nacionalidad, tuvieron que asumir el 11 de septiembre la plenitud del poder político. Lo hicieron derribando a un Gobierno ilegítimo, inmoral y fracasado, y dando cumplimiento así a un amplio sentir nacional que hoy se expresa en el apoyo mayoritario del pueblo para el nuevo régimen.

Las Fuerzas Armadas y de Orden no fijan plazo a su gestión de Gobierno, porque la tarea de reconstruir moral, institucional y materialmente al país, requiere de una acción profunda y prolongada. En definitiva, resulta imperioso cambiar la mentalidad de los chilenos. Pero más allá de eso, el actual Gobierno ha sido categórico para declarar que no pretende limitarse a ser un Gobierno de mera administración, que signifique un paréntesis entre dos Gobiernos partidistas similares o, en otras palabras, que no se trata de una “tregua” de reordenamiento para devolver el poder a los mismos políticos que tanta responsabilidad tuvieron por acción u omisión, en la virtual destrucción del país. El Gobierno de las Fuerzas Armadas y de Orden, aspira a iniciar una nueva etapa en el destino nacional, abriendo el paso a nuevas generaciones de chilenos formadas en una escuela de sanos hábitos cívicos.

No obstante, aunque no fije plazo, la Junta de Gobierno entregará oportunamente el poder político a quienes el pueblo elija a través de un sufragio universal, libre, secreto e informado. Las Fuerzas Armadas y de Orden asumirán, entonces, el papel de participación específicamente institucional que la nueva Constitución les asigne, y que será el que debe corresponder a los encargados de velar por la Seguridad Nacional, en el amplio significado que dicho concepto tiene en la época actual.

Lo anterior no significa que las Fuerzas Armadas y de Orden vayan a desentenderse de su sucesión gubernativa, observando su desenlace como simples espectadores. Muy por el contrario, y como lo expusiera el propio Presidente de la Junta de Gobierno, ésta considera como parte de su misión el inspirar un nuevo y gran movimiento cívico-militar, que ya está surgiendo de la realidad de los hechos y que proyectará fecunda y duraderamente hacia el futuro la labor del actual Gobierno”¹⁹.

El 26 de agosto del año 2005, durante el mandato presidencial de Ricardo Lagos Escobar, la Constitución Política de 1980 fue

19_ JUNTA DE GOBIERNO, Declaración de Principios del Gobierno de Chile, División Nacional de Comunicación Social, Santiago, marzo 11 de 1974, p. 23 y s.

reformada por la Ley de Reforma Constitucional 20.050. En ella fueron eliminados ciertos enclaves autoritarios heredados de la dictadura militar, bases de un profundo déficit democrático, tales como la eliminación de los senadores designados y vitalicios; la eliminación del rol de las Fuerzas Armadas como garantes de la institucionalidad; la eliminación de la inamovilidad de los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y del Director de Carabineros, permitiendo al Presidente de la República ordenar su retiro, sin solicitar permiso alguno al Consejo de Seguridad Nacional y sólo informando de ello al Senado y a la Cámara de Diputados. También se eliminó la posibilidad que tenía el Consejo de Seguridad Nacional para auto convocarse, pudiendo hacerlo sólo a petición del Presidente de la República y ejerciendo sólo funciones de asesoría. Igualmente, la reforma permitió que el Presidente de la Cámara de Diputados se integrara al Consejo de Seguridad Nacional, a cuyas sesiones podrán asistir los ministros de interior, defensa, seguridad pública, relaciones exteriores y economía si así lo decidiera el Presidente de la República.

Sin embargo, aun quedan enclaves autoritarios en nuestro texto constitucional que unido a instituciones y prácticas político-constitucionales, expresión de una exacerbada democracia representativa, vienen a impedir el desarrollo y participación ciudadana en la construcción de su porvenir. Entre aquellos podemos destacar el extremado poder radicado en el presidencialismo chileno, lo que ha hecho casi imposible una efectiva responsabilidad política, la inexistencia de iniciativa popular tanto en materia legal como de reforma constitucional, el sistema de reemplazo parlamentario, la existencia de leyes súper mayoritarias o la cuestionable legitimidad del Tribunal Constitucional derivada de su integración esencialmente política. Todo ello favorece que una elite política hable y actúe por nosotros, expropiando a una inmensa mayoría de este país de su labor esencialmente democrática.

En los últimos años, los principios de igualdad y libertad, componentes esenciales de la democracia, se han visto cada vez más vulnerados. Esta época nos ha dado el desagradable privilegio de ser testigos presenciales de un peligroso divorcio que se ha generado entre la sociedad civil, los partidos políticos y los detentadores temporales del poder político, ya gobernantes, ya parlamentarios. En donde la ciudadanía, a través de la movilización social, manifiesta sus demandas, necesidades e intereses sin pretensiones de consensuar ni transar, bajo una lógica “del todo o todo”. Mientras los partidos políticos y los gobernantes idean leyes, políticas públicas y soluciones para lo que ellos entienden son las necesidades

del pueblo, por supuesto sin las debidas consultas a este último, todo a sus espaldas. He utilizado la frase “peligroso divorcio”, porque puede que se esté gestando una crisis social y política de altas proporciones que, por el déficit democrático que conlleva nuestra actual carta fundamental, sea imposible que se constituya en el instrumento válido de solución que por su naturaleza debería ser.

Este texto constitucional está agotado, es la expresión de una época oscura para Chile, que secuestró la democracia, la época de la dictadura militar, que representa otros fines y valores, ajenos a nuestro espíritu republicano, los propios de una democracia protegida, el de la seguridad decidida y controlada por élites por sobre el de la libertad y la igualdad de todos. Así, ya no basta la conciencia del cambio constitucional, de la refundación, sino que el inicio del proceso mismo se ha hecho urgente para la convivencia y futuro socio-político de este Chile.

En razón de lo expuesto y en conciliación con nuestra argumentación, es que cobran plena validez las siguientes reflexiones de Gomes Canotilho: “La constitución otorga legitimidad a un orden político y da legitimación a los respectivos titulares del poder político. [...] El esfuerzo de constituir un orden político según *principios justos* consagrados en la constitución confiere a ese orden una indispensable bondad material (*legitimidad*) y al vincular jurídicamente a los titulares del poder *justifica* el poder de “mando”, de “gobierno”, de “autoridad” de estos titulares (*legitimación*)”²⁰. Continúa el Profesor Portugués, “La articulación de estas dos dimensiones –la de la legitimidad y la de la legitimación– implica que la constitución no sea considerada como una simple “carta” u “hoja de papel” resultante de revelaciones de poder o de la presión de fuerzas sociales. La constitución no se legitima a través de la simple *legalidad*, es decir, no puede y debe ser considerada legítima por el hecho de que sea formalmente la ley superior creada por un poder constituyente. La legitimidad de una constitución (o validez material) presupone una conformidad sustancial con la idea de derecho, los valores y los intereses de un pueblo en un determinado momento histórico. Consecuentemente, la constitución no representa una simple positivación del poder. [...] Cuando una ley constitucional logra obtener *validez* como orden justo y *aceptación*, por parte de la colectividad, de su bondad “intrínseca”, se dice que la constitución tiene legitimidad. [...]”²¹.

20_ Gomes Canotilho, José Joaquim, Teoría de la Constitución, Primera Edición, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004, p. 105.

21_ Gomes Canotilho, José Joaquim, Teoría de la Constitución, Primera Edición,

V. APRECIACIONES FINALES

Entiendo que, para la solución de la problemática descrita en este trabajo, deben respetarse tres etapas fundamentales. La primera de ellas, la comprensión del profundo déficit democrático que conlleva la actual Constitución Política y, en consecuencia, la no conciliación de la misma con una ciudadanía, políticamente madura y que exige no sólo vivir bajo una efectiva democracia sino que, por sobre todo sentirse parte de la misma. Hoy, el ciudadano es consciente de que es origen y destinatario del poder, por lo que su rol ya no sólo consiste en observar pasivamente a los detentadores temporales del mismo, sino que su rol fundamental radica en su permanente control político. Una segunda etapa que, signifique la conciencia transversal de todas las fuerzas políticas de este país, sobre un cambio constitucional, una refundación de nuestra comunidad política, que no sólo se manifiesta como necesaria sino por sobretodo, urgente. Y, tercero, que el procedimiento para llevar a cabo esta transformación constitucional, considerando la necesidad de mayor participación política ciudadana y legitimidad de la misma, debe ser el de una Asamblea Constituyente, el más democrático e integrador de los procesos de construcción de nuevos órdenes constitucionales.

Pero, aun cuando el tema de la Asamblea Constituyente es un tema de suma importancia, debo insistir en que lo que no hay que perder de vista es el fondo de la problemática constitucional actual. Así, las negativas consecuencias de una arrolladora democracia representativa y lo nefasto de lo que significan los enclaves, aún vigentes, de una democracia protegida, nos obligan no sólo a su conciencia, sino que al inicio del decisivo cambio constitucional. Es decir, el tema de la Asamblea Constituyente tributa a la problemática madre, generada por la vigente democracia representativa y los enclaves autoritarios en nuestro texto constitucional. Identifico como uno de los orígenes del momento constitucional actual, aquel en que la necesidad de un nuevo orden institucional fundamental se hizo urgente, en el inicio de las grandes movilizaciones sociales y estudiantiles de hace tan sólo algunos años atrás. No cabe duda, que la presión mayor ha provenido de las fuerzas políticas más jóvenes, generacionalmente hablando. Aquella generación que no nació en dictadura, que no han sabido de procesos de transición política y, para quienes la calle ha sido el escenario, desde el cual sin miedo a represión alguna, se ha permitido exigir, sin claudicar, mayor libertad, igualdad, transparencia, probidad,

Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004, p. 105-106.

control político e incidencia en las grandes decisiones públicas y, por cierto, mejores condiciones y calidad de vida. Ante este escenario, como desafío mayor se nos manifiesta la necesidad de pensar y repensar, una y otra vez, el tipo de sociedad que deseamos construir. Para ello, un proceso de refundación socio-política se hace inevitable. Comunidades políticas maduras como la del Chile actual deben abandonar la lógica de la seguridad y de una desvirtuada noción de la vida democrática como valor constitucional fundante y, deben desplazarse hacia los altos valores de libertad e igualdad, obviando todo aquello que signifique tutelaje o subordinación política, estados éstos, en absoluta contradicción con una República democrática.

Así, en esta etapa de profunda conciencia constitucional, la participación política, como expresión democrática, se nos presenta como trascendental para el sentido y devenir de Chile. Más aún, si después del proceso de conciencia constitucional se asume como mecanismo para el urgente cambio constitucional el de una Asamblea Constituyente. Es que la participación política, no constituye un llamado de hoy, un descubrimiento del Estado moderno, es un llamado que responde a tiempos inmemoriales, a aquellos primeros tiempos en que el hombre como constructor libre, activo que, habiendo comprendido su libertad y decidiendo vivirla en plenitud ha luchado junto a sus pares, por ser considerado sujeto supremo (origen y destinatario del poder) y no objeto al interior de su respectiva comunidad política.

BIBLIOGRAFÍA

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Simancas Ediciones, S.A., Editorial Trotta, S.A., Madrid, 2000.

BRONFMANN VARGAS, Alan; DÍAZ VILLALOBOS, José (Directores), *Constitución Política de la República de Chile*, Legal Publishing Chile, Santiago, 2012.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, Editorial Tecnos, S. A., Madrid, 1985.

FUENTES, Claudio (editor), *En nombre del Pueblo. Debate sobre el cambio constitucional en Chile*, Ediciones Böll Cono Sur, Santiago, 2010.

GREZ TOSO, Sergio, *La ausencia de un poder constituyente democrático en la historia de Chile*, Revista Tiempo Histórico,

Universidad Academia de Humanismo Cristiano, N° 1, Santiago, Chile, 2010.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la Constitución*, Primera Edición, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 2004.

HÄBERLE, Peter, *El Estado Constitucional*, Primera Edición, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1998.

HESSE, Konrad, "Concepto y Cualidad de la Constitución", en *Escritos de Derecho Constitucional*, 2ª edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

JUNTA DE GOBIERNO, *Declaración de Principios del Gobierno de Chile*, División Nacional de Comunicación Social, Santiago, marzo 11 de 1974.

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Reimpresión de la segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1979.

MUÑOZ VILLA, Julio Mauricio, *Las declaraciones de derechos del periodo de revoluciones. Fundamento del Constitucionalismo Moderno*, Revista de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción, N° 28, 2013-2, Concepción, Chile.

MUÑOZ VILLA, Julio Mauricio, *Reflexiones sobre un proceso constituyente para Chile*, Revista Digital Chilena INICIATIVA LAICISTA, Laicidad y Proceso Constituyente, Número Especial, Agosto 2015. [<http://www.iniciativalaicista.cl/images/pdf/Iniciativa-Laicista-Especial-5-agosto-2015/Iniciativa-Laicista-Especial-5.pdf>] Última vez consultada: 25 de agosto de 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Estado Constitucional y derechos de la tercera generación*, Anuario de Filosofía del Derecho, XIV, 1997.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Consideraciones sobre poder constituyente y reforma de la constitución en la teoría y la práctica constitucional", Revista IUS Et Praxis, Año 15, N° 1.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Quinta reimpresión en "Alianza Universidad Textos", Alianza Editorial S.A., Madrid, 2006.

E.

LOS PROBLEMAS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE PRESENTA EL ARTÍCULO 390 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL A LA LUZ DEL DERECHO A DEFENSA, EN PARTICULAR CON EL DERECHO QUE TIENE EL IMPUTADO A CONTAR CON EL TIEMPO Y LOS MEDIOS ADECUADOS PARA PREPARAR SU DEFENSA Y A PRESENTAR PRUEBA DE DESCARGO.

Nicolás Orellana Solari¹
Octavio Pino Reyes²

RESUMEN

El presente artículo analiza la primera parte del inciso primero del artículo 390 del Código Procesal Penal, que permite ejercer la acción penal al Ministerio Público inmediatamente recibida la denuncia de un hecho constitutivo de un simple delito para el cual se pretenda la imposición de una pena que no exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, mediante la presentación del requerimiento en procedimiento simplificado; y establece cuestionamientos de Constitucional a dicha normativa, a la luz del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 5° de la misma y éste en relación con el artículo 8° párrafo 2° letras c y f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3 letras b y e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ya que privaría a la defensa del tiempo y los medios para solicitar diligencias investigativas al fiscal, que vayan encaminadas a conseguir prueba de descargo; afectando con ello el derecho a obtener la comparecencia, como medio de prueba de descargo, de otras personas como testigos, distintas a las de cargo contenidas en la acusación o requerimiento, que puedan arrojar información sobre los hechos imputados y transformando con ello la investigación fiscal en irracional e injusta.

Palabras claves: procedimiento simplificado; tiempo y medios para presentar prueba; derecho a defensa; cierre de investigación.

ABSTRACT

This article analyzes the initial part of the first clause of the article 390 Criminal Procedure Code that allows performing the criminal action to the Public Ministry immediately after receiving a complaint of a misdemeanor that pretends to receive a sentence that do not exceed the imprisonment in the minimal extent, through the presentation of requirements in simplified procedure and establish in question of Constitutional to that regulation.

In consideration of the article 19 N°3 of the Political Constitution of the Republic and this one in relation to the article N°5 of the same constitution, and the last one, regarding to the article N° 5 paragraph 2, section c and f of American Convention of Human Rights and the article 14.3, segment b and e of International Covenant of Political and Civil Rights, it would deprive the defense of time and methods to ask for investigative procedure to the prosecutor, which would lead to get exculpatory evidence. This will affect the right to the appearance as an exculpatory proof of other people as witnesses different from the ones in the prosecution that can give information about the facts in judgment and transforming the prosecutor's investigation into irrational and unfair.

Key words: simplify procedure; time and ways to present evidence, right of defense; closure of investigation.

1_ Abogado, Magister en derecho procesal Universidad Nacional de Rosario, Argentina. Profesor cátedras de derecho procesal y Destrezas de Litigación Oral, Universidad San Sebastián.

2_ Abogado, Magister en derecho penal Universidad de Chile, profesor cátedras de derecho penal, derecho procesal penal y litigación oral Universidades Católica Silva Henríquez y de Las Américas

CUESTIONES PRELIMINARES.

El presente trabajo mediante la sistematización se intentará categorizar los fenómenos jurídicos en un sistema coherente y lógico que permita su adecuada tipificación y la determinación del impacto de la norma interpretada en función de la institución a la cual pertenece, con ello se pretende dar respuesta a las siguientes interrogantes que serán además nuestro marco de análisis:

- a) Si es Constitucional el artículo 390 del Código Procesal Penal en relación al artículo 19 N°3 de la Constitución Política de la República, en el sentido que afectaría el derecho a defensa, en su vertiente al derecho a contar con el tiempo y medios adecuados para preparar su defensa y a presentar prueba de descargo.
- b) Si el artículo 390 del Código Procesal Penal, permite solicitar diligencias de descargo al Ministerio Público que contribuyan a una investigación racional y justas.

El procedimiento simplificado como un procedimiento que no requiere casi investigación preliminar.

1. Concepto.

El procedimiento simplificado es la manifestación de la idea de otorgar al sistema procesal penal chileno de procedimientos alternativos al procedimiento ordinario, los cuales reúnen las características de simplificación y abreviación para lograr procesos más rápidos y con ello un uso más eficiente de los recursos del Estado.

El profesor DEL RIO FERRETI³, nos señala que este procedimiento nace para ser aplicado al enjuiciamiento de hechos que “casi” no requieren de investigación preliminar y en los cuales se produce la primera imputación formal con la misma acusación (requerimiento), y no con la denominada “formalización de la investigación”. Sin embargo, con la publicación de la ley 20.074 en el año 2005⁴, se modificó este régimen en parte, ya que se admitió la sustitución de procedimiento por decisión del fiscal, quien puede dejar sin efecto la formalización de la investigación y proceder conforme las reglas del procedimiento simplificado o monitorio.

El profesor HERMOSILLA ARRIAGADA, señala que el procedimiento simplificado es aquel que tiene por objeto

3_ DEL RIO FERRETI, Carlos, *Proceso Penal, Consenso de las Partes y Enjuiciamiento Jurisdiccional*, 1° ed., Editorial librotecna, 2009, p.145

4_ Ley 20.074 Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal, publicada el 14 de noviembre de 2005.

que el Juez de Garantía conozca y falle, en forma breve y concentrada determinados asuntos que no revisten mayor complejidad, por lo que no requieren de las mismas actuaciones y plazos para ser conocidos y resueltos que la acción penal pública deducida respecto a crímenes o simples delitos con mayor penalidad que los quinientos cuarenta días⁵

A su vez, los autores Rodrigo CERDA y Francisco HERMOSILLA, señalan que “se trata de un procedimiento especial, oral, breve, de competencia de los jueces de garantía para conocer y fallar las faltas y los hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo.”⁶

Su denominación arranca entonces del hecho de tramitarse en forma sucinta y sumaria ante el Juez de Garantía con respecto al enjuiciamiento de las faltas en general, y por excepción de los simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiere de una pena que no excediere de presidio o reclusión menor en su grado mínimo.⁷

El procedimiento simplificado establece un procedimiento que tiene la naturaleza de ordinario en cuanto es aplicable a todas las faltas, pero por parte, plantea DEL RIO FERRETI, que en la misma regulación subyace el carácter de proceso alternativo al ordinario, en la medida que la ley permite que el fiscal pueda someter a las normas del procedimiento simplificado, no sólo a las faltas sino también, a ciertos delitos, bajo el presupuesto que el Ministerio Público pida una pena que no exceda de presidio o reclusiones menores en su grado mínimo. Así la ley autoriza al fiscal, ante un hecho que reviste caracteres de delito y que posea márgenes legales de pena desde presidio o reclusiones menores en su grado mínimo y que se extienda a grados de penas superiores, (mayores a los 540 días) para pueda éste decidir someterlo a las normas del procedimiento ordinario,

5_ HERMOSILLA ARRIADA, German; *Nuevo Procedimiento Penal*, tomo IV, colección guía de clases N° 20, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, año 2002, p. 97.

6_ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco; *El Código Procesal Penal, Comentarios Concordancias, Jurisprudencias*, 1° ed., Santiago de Chile, Librotecna, 2003, p 407.

7_ NUÑEZ VASQUEZ, Juan; *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral*, tomo II, 1° ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p 405. Así, el procedimiento simplificado fue ideado como regla general para el juzgamiento de faltas, si consideramos el antiguo artículo 395 que establecía las penas de multa o prisión para el caso de aceptación de responsabilidad y el artículo 398 que facultaba la suspensión de la condena hasta por 6 meses, equivalente al plazo de prescripción de las faltas, consagrado en el Código Penal.

pidiendo en la acusación los tramos superiores de la pena, o someterlo a las reglas del procedimiento simplificado, -como un procedimiento alternativo al ordinario- al pedir una pena menor⁸.

De acuerdo a su función alternativa al procedimiento ordinario, el procedimiento simplificado se asemeja en cuanto a su estructura al juicio rápido español y al directísimo italiano⁹. Así, el procedimiento simplificado se constituye como un procedimiento que anticipa el juicio a través de la (casi) eliminación de la investigación preparatoria, lo que es posible gracias a una situación de evidencia probatoria o de inexistencia de necesidad de realizar complejas indagaciones preliminares.

2. Ámbito de aplicación.

Del tenor del artículo 388 del Código Procesal Penal, podemos señalar que el procedimiento simplificado es aquel que tiene por objeto el conocimiento y fallo de las faltas y de los hechos constitutivos de simples delitos, para los cuales el Ministerio Público requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (no superior a 540 días de pena).

El proyecto del Código Procesal Penal enviado por el ejecutivo al Congreso, circunscribía el ámbito de aplicación del procedimiento simplificado sólo a las faltas, de allí que su denominación en el primer informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, boletín 01630-07 sea la de “procedimiento de faltas”¹⁰. Luego, en la tramitación del proyecto en el Senado se incluyeron los hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiera la aplicación de una pena igual o inferior a 540 días de presidio o reclusión en sus grados mínimos¹¹.

El fundamento por parte del Senado para ampliar el catálogo de delitos que serían conocidos a través del procedimiento simplificado, fue la de otorgar mayor eficiencia al sistema procesal penal chileno. Se indicó que era conveniente

8_ DEL RIO FERRETI, Carlos, op., cit, p. 147

9_ DEL RIO FERRETI, Carlos, op cit., p 147-148. Veremos eso si que en Chile existe una audiencia de preparación de juicio oral simplificado regulada en el artículo 395 bis del Código procesal penal.

10_ DURAN SANHUEZA, Rafael; *Procedimiento Simplificado y Monitorio en el Código Procesal Penal Chileno, Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.074*, 1° ed., Santiago de Chile, Editorial Librotecna, 2008, p., 36

11_ HERMOSILLA IRIARTE, Francisco y AGUILAR BREVIS, Alejandro; *Procedimientos Especiales en el Nuevo Proceso Penal*, 2° ed., Editorial Librotecna, Santiago de Chile, año 2004, p., 86.

aumentar el umbral de este procedimiento simplificado, ya que el juicio oral ordinario integrado por tres jueces era de mayor complejidad y de un costo mucho más elevado. Además, varios especialistas en la discusión plantearon que no era conveniente que se aplicará sólo a las faltas sino que también debía aplicarse a delitos menores, ya que estos constituyen el mayor número de hechos delictivos que ocurren en la sociedad y que recargarían en demasía a los Tribunales del Juicio Oral en lo Penal si se tramitaban de acuerdo a la normas del procedimiento ordinario; además la generalidad de estos casos quedaría dentro de los marcos del principio de oportunidad que pudiera ejercer el fiscal del Ministerio Público. Se propuso en un principio dejar una norma que permitiese que en aquellos delitos cuya pena no exceda de 540 días, el fiscal pudiese optar entre el procedimiento ordinario y el procedimiento simplificado, norma que fue finalmente rechazada por estimarse que la discrecionalidad del fiscal afectaría el debido proceso. Se señaló además, en la discusión, como justificación a la ampliación del catálogo de delitos, el hecho que en muchos casos de comisión de delitos menores, pudiera ser conveniente llevarlos a juicio y no aplicar el principio de oportunidad como forma de que la ciudadanía se sintiera protegida y viera que hay una sanción rápida a través de este procedimiento. El Senado enseguida acordó tratar un artículo separado donde se establecieran las normas que se aplicarían supletoriamente al procedimiento simplificado. Al respecto, se estableció que en lo no previsto por el procedimiento simplificado se aplicarían supletoriamente las normas que regulan el juicio oral ordinario en cuanto se adecuaren a la brevedad y simpleza que se persigue¹².

3. Características del procedimiento simplificado.

Siguiendo a los autores Francisco HERMOSILLA y Alejandro AGUILAR¹³, podemos señalar las siguientes características:

- Es un procedimiento especial, en el sentido que es una excepción al procedimiento ordinario, este último que termina en un juicio oral ante 3 jueces, a su vez que el procedimiento simplificado puede terminar en un juicio oral simplificado compuesto solamente por un juez y de garantía.

12_ PFEFFER URQUIADA, Emilio; *Código Procesal Penal, Anotado y Concordado*; Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001, op., cit, p., 377 y 378.

13_ HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, AGUILAR BREVIS, Alejandro; op., cit. p., 89

- Opera como un mecanismo de descongestión del juicio oral ordinario, en aquellos casos en que el fiscal requiera una pena no superior a 540 días de presidio o reclusión.
- Tiene aplicación por iniciativa exclusiva del Ministerio Público, en el sentido que sólo el fiscal puede deducir el respectivo requerimiento. Ahora bien, el fiscal determina el procedimiento a seguir en razón de la pena solicitada al ejercer la acción. Si la pena es igual o menor a 540 días de presidio o reclusión, se tramitara el asunto de acuerdo con las normas del procedimiento simplificado. Por el contrario, si la pena es superior a dicho rango se deberá seguir el asunto de acuerdo con las normas del procedimiento ordinario.
- Si el imputado no admite responsabilidad en los hechos del requerimiento, se desarrollará un juicio oral conocido por un tribunal unipersonal constituido por un Juez de Garantía, pero el desarrollo del juicio oral será más breve y simple.
- En este procedimiento sólo se admite la acción civil restitutoria, esto es la que tiene por finalidad, la reposición de la cosa o su valor.
- Se aplica supletoriamente las normas que regulan el juicio oral ordinario. El artículo 389 del Código procesal penal señala que las normas del libro II del código se aplicarán supletoriamente al procedimiento simplificado, sin embargo, agrega la frase: “en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza”.

4. Tramitación del procedimiento simplificado.

El artículo 390 del Código Procesal Penal en su primera parte, plantea que recibida por el fiscal la denuncia de un hecho constitutivo de delitos que tengan asignada una pena de presidio o reclusión en su grado mínimo (61 días a 540 días), solicitará del Juez de Garantía competente la citación inmediata a audiencia, a menos que fueren insuficientes los antecedentes aportados, se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado o el fiscal decidiere hacer aplicación del principio de oportunidad. De igual manera, cuando los antecedentes lo ameritaren y hasta la deducción de la acusación, el fiscal podrá dejar sin efecto la formalización de la investigación que ya hubiere realizado de acuerdo con lo previsto en el artículo 230, y proceder conforme a las reglas del procedimiento simplificado. Asimismo, si el fiscal formulare acusación y la pena requerida no excediere de presidio o reclusión menores

en su grado mínimo, la acusación se tendrá como requerimiento, debiendo el Juez de Garantía disponer la continuación del procedimiento de conformidad a las normas del procedimiento simplificado.

El procedimiento simplificado tendrá matices en su tramitación de acuerdo al marco punitivo del delito que se está investigando; de acuerdo a la forma en que el Ministerio Público ha tomado conocimiento respecto de la comisión de dicho ilícito, de los antecedentes con que cuente y finalmente de acuerdo a sí el imputado acepta o no responsabilidad en los hechos materia del requerimiento deducido por el fiscal.

Estudiaremos las dos grandes estructuras de procedimiento que nos entrega el artículo 390 del Código Procesal Penal a partir de la suficiencia y mérito de antecedentes que a juicio del Ministerio Público cuente para ejercer la acción penal pública y presentar su requerimiento:

- a) Simple delito que no requiere una investigación previa, en el cual el Ministerio Público presenta requerimiento en procedimiento simplificado.
- b) Simple delito que requiere una investigación previa, en el cual el Ministerio Público presenta requerimiento en procedimiento simplificado.

El procedimiento simplificado chileno fue establecido con la idea que este trataría delitos de menor gravedad, respecto de los cuales no se necesitaba mucha investigación, de tal forma que recibido los antecedentes de la comisión de un hecho punible, el fiscal inmediatamente ejercería la acción penal a través del requerimiento, a menos que los hechos denunciados no revistiesen la calidad de delito; o la responsabilidad del autor estuviese extinguida; o el fiscal decidiese aplicar el principio de oportunidad. Sin embargo, el legislador dejó abierta la posibilidad para que el fiscal en caso que los antecedentes aportados en la denuncia no fueran suficientes para sustentar un requerimiento, dilatase la presentación de ésta, hasta recopilar los antecedentes necesarios que serían el apoyo de su pretensión punitiva.

Hasta la dictación de la ley 20.074, el artículo 390 del Código Procesal Penal, no establecía expresamente la posibilidad de cambio de un procedimiento ordinario a un procedimiento simplificado donde se dejara sin efecto la formalización en los casos en que el fiscal requiriera en su acusación la imposición de una pena no superior a 540 días.

Si bien este cambio de procedimiento era aceptado por

un número importantes de jueces de garantía en aquellos casos en que luego de una investigación formalizaba el fiscal acusaba por una pena que estaba dentro del marco del procedimiento simplificado, no era menos cierto que existían jueces que no dejaban acusar al fiscal por delitos que no fueran sancionados con penas superiores a 540 días, señalando que lo que correspondía era tramitar el asunto de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado y el fiscal sólo podía derechamente presentar el requerimiento¹⁴.

Con la dictación de la ley 20.074, se superó dicha discusión, ya que el legislador expresamente contempló el cambio de procedimiento de ordinario a simplificado cuando el fiscal solicita en su acusación una pena no superior a los 540 días. En este caso, la formalización de la investigación se dejará sin efecto y la acusación se tendrá como requerimiento.

El fiscal, como se aprecia tiene dos vías de ingreso al procedimiento simplificado cuando investiga un simple delito: puede presentar inmediatamente el requerimiento cuando recepcionó la denuncia con los antecedentes adecuados, o bien puede formalizar la investigación en cuyo caso se aplicarán las reglas del procedimiento ordinario.

- a) Simple delito que no requiere una investigación previa y en los cuales el ministerio público presenta requerimiento en procedimiento simplificado.

Conforme la primera parte del artículo 390 el Código Procesal Penal, en el caso de recibir la denuncia, si el Ministerio Público estima que los antecedentes son suficientes para sustentar el requerimiento, el fiscal procederá a redactar el requerimiento el que será presentado al Juez de Garantía competente para que cite a los intervinientes a la audiencia respectiva.

El fiscal no tiene un plazo para presentar el requerimiento, por lo que el único plazo fatal que tendría sería el de la prescripción de la acción penal.¹⁵

14_ A modo de ejemplo podemos citar causa RUC 0200150446-3 de 16 de abril de 2003 Tribunal de Garantía de Antofagasta; Tribunal de Juicio Oral de Copiapó se declara incompetente para conocer acusación de un delito cuya pena solicitada no era superior a presidio menor en su grado mínimo, en causa RUC 0200031686-8; y Corte de Apelaciones de San Miguel, que rechaza apelación del MP, por cambio de procedimiento, señalando que procede el cambio de procedimiento ordinario a simplificado cuando el MP ha solicitado en su acusación una pena no superior a 540 días, en causa Rol 371-2005, RUC 0500234810-3, de 24 de octubre de 2010.

15_ ZAPATA G. María Francisca; Procedimiento Simplificado: Juicio Oral ante el Juez de Garantía, “Revista Semana Jurídica”, Editorial Lexisnexis, 28 de mayo al 3 de junio, 2001, p 4

El artículo 390 del Código Procesal Penal, plantea la forma de ejercer la acción penal en el procedimiento simplificado. El requerimiento según HORVITZ Y LÓPEZ¹⁶ consiste en una actuación escrita del Ministerio Público por la cual se pone en conocimiento del imputado el hecho punible que se le atribuye. CAROCCA¹⁷ señala que el requerimiento es: “una acusación formulada en términos más simples que aquella que se exige en un juicio oral propiamente tal, efectuada en contra de una persona determinada, solicitando la citación del imputado a juicio ante el Juez de Garantía”. El requerimiento a nuestro juicio, no es más que el nombre que recibe la acusación en el procedimiento simplificado con la salvedad que tiene menos contenido.

HORVITZ Y LÓPEZ, plantean que existe una analogía entre el requerimiento y la acusación del artículo 259 del Código Procesal Penal, ya que ambas cumplen las funciones de informar debidamente los cargos al imputado; delimitar el objeto de juicio respecto de los hechos, lo que determina la prohibición de extensión del contenido de la sentencia más allá de lo expuesto en el requerimiento; e informar al imputado acerca de los antecedentes o elementos que fundan los cargo, a fin de posibilitar su derecho a la defensa¹⁸.

El requerimiento de acuerdo al artículo 391 del Código Procesal Penal, deberá contener: La individualización del imputado; una relación sucinta del hecho que se le atribuyere, con indicación del tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes; la cita de la disposición legal infringida; la exposición de los antecedentes o elementos que fundamentaren la imputación, la pena solicitada por el requirente, y la individualización y firma del requirente.

Previo a realizar la presentación del requerimiento y una vez que reciba la denuncia, y siempre que se trate de hechos cuya pena no supera los 540 días de presidio o reclusión, el fiscal deberá examinar si los antecedentes son suficientes o si se encuentra extinguida la responsabilidad penal, o si hará uso del principio de oportunidad establecido en el artículo 170 del Código Procesal Penal.

16_ HORVITZ LENON, María, LOPEZ MASLE., Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago 2005, p 477.

17_ CAROCCA PEREZ, Alex, El Nuevo Sistema Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005, p. 258.

18_ HORVITZ LENON, María; LOPEZ MASLE., Julián; op., cit., tomo II, p 477.

Recepción del requerimiento y citación a audiencia.

Nos encontramos en la situación que el Ministerio Público no aplicó ninguno de los caminos de selectividad¹⁹ en la investigación de los hechos y muy por el contrario, requirió por una pena no superior a quinientos 540 días. En este escenario, consonante lo expresa el artículo 393 del Código Procesal Penal, recibido el requerimiento por parte del Tribunal de Garantía, éste ordenará su notificación al imputado y citará a todos los intervinientes, fiscal, víctima y querellante si existiese, a la “audiencia de resolución inmediata”²⁰, la que no podrá tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días contados desde la fecha de la resolución. El imputado deberá ser citado con, a lo menos, diez días de anticipación a la fecha de la audiencia. La citación que se realiza al imputado se hace bajo el apercibimiento señalado en el artículo 33 del Código Procesal Penal, esto es, que si no comparece se puede decretar la orden de detención en su contra e incluso prisión preventiva hasta la realización de la audiencia respectiva. La notificación que se realice al imputado deberá acompañar copias del requerimiento y de la querrela, si existiese.

En el procedimiento simplificado no procederá la interposición de demandas civiles, salvo aquélla que tuviere por objeto la restitución de la cosa o su valor. La resolución que dispusiere la citación ordenará que las partes comparezcan a la audiencia, con todos sus medios de prueba. Si alguna de ellas requiriere de la citación

de testigos o peritos por medio del Tribunal, deberán formular la respectiva solicitud con una anticipación no inferior a cinco días a la fecha de la audiencia²¹.

En dicha audiencia como ya expresamos, luego de leer el Juez el requerimiento y la querrela en su caso, explorará posibilidades de salidas alternativas, si estas no se concretan preguntará al imputado si acepta responsabilidad en los hechos materia del requerimiento. Si acepta dictará sentencia inmediatamente. En estos casos el Juez de Garantía no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el fiscal. El fiscal asimismo, podrá modificar su petición de pena como incentivo para que el imputado acepte responsabilidad. La calificación de los hechos no es vinculante para el Juez quien podría dar otra calificación jurídica a los hechos descritos en el requerimiento e imponer una pena inferior a la pedida por el fiscal.

Ahora bien, si el imputado no admite responsabilidad, se realizará inmediatamente audiencia de preparación de juicio oral simplificado. Luego de efectuarse la audiencia de preparación de juicio oral, el juez realizará inmediatamente la audiencia de juicio oral simplificado o a solicitud de los intervinientes fijará fecha posterior para la celebración de la misma.

b) Simple delito que requiere una investigación previa en el cual el Ministerio Público presenta requerimiento en procedimiento simplificado. (Rol de la defensa en la etapa de investigación previa.)

Vemos hoy en día, que el fiscal puede formalizar al imputado por cualquier tipo de delito, lo que abre la puerta a que se obtengan diligencias intrusivas, se discutan medidas cautelares y en general tanto el Ministerio Público como la defensa puedan desarrollar todas las actuaciones y audiencias que son propias de un procedimiento ordinario y luego cambiar al procedimiento simplificado.

Analicemos ahora los casos en que el fiscal no presentará inmediatamente requerimiento después de recibida la denuncia por hechos que deben ser tramitados conforme el procedimiento simplificado.

19_ No aplicó principio de oportunidad, archivo provisional, ni la facultad de no iniciar investigación, contenidas en el Título I del Libro Segundo del Código Procesal Penal.

20_ Artículo 395. Resolución inmediata. Una vez efectuado lo prescrito en el artículo anterior, el tribunal preguntará al imputado si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicitare la realización de la audiencia. Para los efectos de lo dispuesto en el presente inciso, el fiscal podrá modificar la pena requerida para el evento de que el imputado admitiere su responsabilidad.

Si el imputado admitiere su responsabilidad en el hecho, el tribunal dictará sentencia inmediatamente. En estos casos, el juez no podrá imponer una pena superior a la solicitada en el requerimiento, permitiéndose la incorporación de antecedentes que sirvieran para la determinación de la pena.”

En estricto rigor el legislador señala que el juez citara a los intervinientes a la audiencia establecida en el artículo 394 del Código Procesal Penal, que es la misma del artículo 395 del mismo Código, pero indicando que debe realizar un resumen de la presentación del requerimiento del fiscal y deberá explorar posibilidades de acuerdo reparatorio o procedencia de suspensiones condicionales en su caso, antes de efectuar la pregunta a la cual se refiere el artículo 395 del Código Procesal Penal.

21_ Conforme el nuevo artículo 393 bis incorporado por la ley 20.074, al contemplarse una audiencia de preparación de juicio oral resulta inconsistente esta norma ya que se estaría citando a testigos antes que se determine qué prueba será admitida en el juicio oral simplificado y cuál no. Parece coherente al respecto preparar el juicio oral y luego citar a los testigos que fueron admitidos para declarar en el mencionado juicio oral.

Insuficiencia de antecedentes aportados en la denuncia. La denuncia que se encuentra regulada en el artículo 174 del Código Procesal Penal, debe contener la narración circunstanciada del hecho que se está poniendo en conocimiento, la designación de quienes lo hubieran cometido y de las personas que lo hubieran presenciado o que tuvieran noticia de él. Sin embargo, los antecedentes aportados puede que no sean bastante para sustentar el ejercicio de la acción penal, en cuyo caso el fiscal podría archivar la respectiva investigación (167 Código Procesal Penal), o no dar inicio a ninguna investigación ya que los hechos no son constitutivos de delito. (Art. 168 Código Procesal Penal).

Sin embargo, el Código Procesal Penal, como ya lo expresamos anteriormente, luego de la reforma introducida por la ley 20.074, permite la fiscal expresamente formalizar investigación y posteriormente dejar sin efecto dicha formalización. En dicha ley se agregó una segunda parte al inciso primero del artículo 390, el cual indica que: “Existiendo antecedentes que lo ameriten y hasta la deducción de la acusación el fiscal puede dejar sin efecto la formalización de la investigación que realizó y proceder de acuerdo con las reglas del procedimiento simplificado”. Como se aprecia, se faculta al fiscal a iniciar el proceso de acuerdo a las normas del procedimiento ordinario, cuando no obstante tratándose de delitos que deben ser tramitados de acuerdo al procedimiento simplificado, requieren a juicio de éste, ser investigados a través de una investigación formalizada. En estos casos se faculta al fiscal a cambiar de procedimiento si la pena que solicitará en su acusación no superará los 540 días.

También se puede presentar la situación que el fiscal reciba una denuncia por un hecho que reviste los caracteres de crimen, pero que luego de formalizada la investigación y conforme a los resultados de la instrucción sólo se encuentre en condiciones de acreditar en un posible juicio oral, un simple delito de aquellos que se tramitan conforme a las normas del procedimiento simplificado. El fiscal estará obligado, en estos casos, a sujetarse a las normas del procedimiento simplificado cuando la pena que solicite en su acusación no exceda de los 540 días de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, para ello la acusación se tendrá como requerimiento y el Juez de Garantía deberá tramitar el asunto de acuerdo a las normas del procedimiento simplificado.

Conforme a lo expresado, vemos que la pena es un factor de competencia que determina el procedimiento a seguir,

de tal forma que si la pena se enmarca dentro de la cuantía estimada para el procedimiento simplificado, el fiscal, estará obligado a continuar el asunto de acuerdo a los parámetros de este procedimiento simplificado. Ahora bien, si los antecedentes que contiene la denuncia no son suficientes a juicio del fiscal para presentar un requerimiento, este no está obligado a formalizar la investigación en contra del imputado, puede realizar una investigación administrativa ya que sólo será necesaria la formalización cuando requiera afectar derechos constitucionales del imputado, casos donde necesitará autorización del Juez de Garantía.

5. Imposibilidad de medios con que cuenta la defensa en el procedimiento simplificado cuando no hay comunicación previa de la existencia de una investigación en contra del imputado.

Como se aprecia en el procedimiento simplificado sin investigación previa, la acción penal se ejerce inmediatamente recibidos los antecedentes de un hecho ilícito y en la mayoría de los casos el imputado se enterará que existe un procedimiento dirigido en su contra sólo con la notificación del requerimiento acusatorio. En otros términos, el procedimiento judicializado se inicia con una investigación cerrada jurídicamente e inexistente para los ojos e interés del imputado, ya que la comunicación de cargos o imputación solo se produce en el momento en que es citado a la audiencia de aceptación de responsabilidad de los hechos materia del requerimiento o solicitud de realización de juicio oral simplificado.

La investigación que realiza el Ministerio Público en nuestro proceso penal, sea esta formalizada o no, tiene una naturaleza preparatoria del ejercicio de la acción penal, investigación que permite la participación de los intervinientes²². Sin embargo, por la naturaleza del procedimiento simplificado, éste parte del supuesto que no hay necesidad de preparar el ejercicio de la acción penal, ya que como fue pensado para perseguir faltas o delitos flagrantes, no se requería investigación previa, no obstante, al ampliarse el procedimiento a simples delitos que no necesariamente pueden ser flagrantes, puede que la defensa necesite ese espacio que entrega una investigación para intervenir en la misma y hacerse de prueba que necesitará en un juicio.

22_ Artículos 93, 183 y 184 del Código Procesal Penal.

El procedimiento simplificado presupone la inexistencia de investigación preparatoria del ejercicio de la acción penal, ya que el Ministerio Público contó con todos o casi todos los antecedentes para fundar su requerimiento o acusación. Si el procedimiento ordinario se inicia con la formalización de la investigación, el procedimiento simplificado chileno se inicia con el requerimiento o ejercicio de la acción penal, por lo que la defensa parte conociendo formalmente la imputación en el momento que el imputado es notificado de la audiencia que lo cita a juicio simplificado.

Como se aprecia, no hay una etapa previa preparatoria del ejercicio de la acción penal donde la defensa preliminarmente pueda conocer los hechos por los cuales está siendo investigado su defendido, ni existe la posibilidad de intervenir en la investigación de alguna forma. Esta celeridad del procedimiento simplificado trae afectación al derecho de defensa en el sentido que no puede ejercer el catálogo de derecho que contempla el artículo 93 del Código Procesal Penal²³.

5.1. El procedimiento simplificado carece de un control de la racionalidad de la investigación por parte del Juez de Garantía.

La promoción de la persecución penal mediante las indagaciones preliminares, estará sometida a las exigencias de racionalidad y justicia propias del procedimiento judicial, conforme se determinó por el constituyente con la reforma al artículo 19 N° 3 inc. 5° (actual inc. 6°) de la Constitución Política de la República —mediante Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997-, la cual buscó sujetar las pesquisas de la Fiscalía también, y expresamente, a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento jurisdiccional²⁴.

23_ Sobre el derecho a proponer todos los medios de prueba de que se disponga y a que éstos sean admitidos, practicados y valorados, como una manifestación del derecho de defensa, vid. CAROCCA P., Alex, "Las Garantías Constitucionales en el Nuevo Proceso Penal", en Nuevo Proceso Penal, Ed. Jurídica Conosur Ltda., Santiago, 2000, pp. 67 a 71.

24_ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de Chile. Según se dejó constancia en el mismo documento, la indicación también se justificó, porque, dado que la Constitución no fija más límites o parámetros para lo que debe entenderse por un debido proceso que la justicia y la racionalidad, vale la pena hacer el mismo encargo al legislador en el caso de la investigación de delitos que dirigirá el MP; como explica Aguilar (2004) 11, la racionalidad y justicia de la investigación es un requisito de la legalidad del juzgamiento; Piedrabuena, Guillermo (2000) Introducción a la Reforma Procesal Penal. Santiago: Fallos del Mes, p. 64, añade que si una ley da facultades amplias al Fiscal y éste las ejerce en forma contraria a la razón y a la justicia y si al hacerlo conculca alguna de las garantías constitucionales, la jurisdicción ordinaria tiene facultad para restablecer el imperio del derecho, sea a través de los recursos de protec-

Luego, el Código Procesal Penal, en el procedimiento ordinario, se modificó en su artículo 257, para que el Juez de Garantía pudiese intervenir en la racionalidad y justicia de la investigación que lleva de forma exclusiva el Ministerio Público²⁵ y estableció una garantía de protección de racionalidad de la investigación, y es la institución de la reapertura de la investigación.

Con ello se protege el catálogo de derecho establecidos en el artículo 93 del Código Procesal Penal, vinculados al derecho que tiene el imputado a intervenir en la investigación. Así, vemos por ejemplo el de la letra c) del artículo 93 que establece el derecho a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se formulen²⁶; la letra d) a prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación y letra e) a solicitar se active la investigación. Todo este catálogo de derechos son la forma como se construye la garantía que tiene el imputado de disposición del tiempo y medios adecuados para la preparación de su defensa. Así como el Ministerio Público prepara durante la investigación el ejercicio de la acción penal, la defensa tiene el derecho a preparar también su defensa con los medios que entrega el artículo 93 y la correspondiente reapertura de investigación a que hace alusión el artículo 257 del Código del ramo, cuando existan diligencias precisas de investigación que oportunamente se hubiesen formulado durante la investigación y que el Ministerio Público hubiere rechazado o respecto de las cuales no se hubiere pronunciado.

Sin embargo, el procedimiento simplificado no permite que se ejerza ninguna de los derechos mencionado en el artículo 93 del Código Procesal Penal, ni permite que el juez pueda hacer el control de racionalidad a que se refiere el 257 del mismo cuerpo legal, ya que no existió una oportunidad adecuada para solicitar diligencias, ni pedir se active la investigación, ni mucho menos pedir al Tribunal se cite a una audiencia para que el imputado

ción o de amparo u otra vía jurisdiccional; vt. Medina/Morales/Dorn (2007) 244, quienes, pese a la exclusividad y discrecionalidad de la investigación dirigida por el MP, niegan que pueda ejercerse de manera arbitraria. Nuestra Corte Suprema, en SCS, ROL N° 2.693-2005, de 03.08.2005 por su parte, ha señalado que la investigación que inicie el Fiscal después de haber tomado conocimiento de un hecho ilícito, debe informarse "por criterios de transparencia, objetividad y profesionalismo".

25_ La exclusividad de la investigación penal del Ministerio Público está establecida a nivel constitucional en el artículo 83 y legal en el artículo 3 del Código Procesal Penal.

26_ La importancia de este derecho radica en la imposibilidad que tiene la defensa de requerir información de instituciones públicas o privadas, motivo por el cual, necesariamente, deberá hacerlo a través del Ministerio Público.

pueda declarar sobre la investigación, investigación que nunca existió o nunca se supo de su existencia, en su caso.

5.2. Afectación constitucional

El artículo 390 del Código Procesal Penal en su parte primera, viola derechos establecidos en el artículo 8° párrafo 2° letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que el proceso se inicia con una investigación cerrada y con los medios de prueba de cargo del Ministerio Público, por lo que no hay concesión de medios adecuados para preparar la defensa en el sentido de la letra f) de mismo Tratado, esto es, de obtener la comparecencia de testigos u otros medios de prueba para poder defenderse de la acusación. Lo anterior, que se conoce como principio de contradicción, implica la noción de que el inculcado tiene derecho a usar todos los medios probatorios a su alcance. En el mismo sentido, el artículo 14.3 letra b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza al imputado de tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, tiempo y medios que el artículo 390 del Código Procesal Penal en su parte primera no permite ya que ordena requerir inmediatamente.

Como se señaló, el apartado b) del párrafo 3 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que los imputados o acusados deben disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa. Esta disposición es un elemento importante de la garantía de un juicio justo y una aplicación del principio de igualdad de medios. Lo que constituye "tiempo adecuado" dependerá de las circunstancias de cada caso. Si los abogados consideran razonablemente que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, deberán solicitar un aplazamiento del juicio y existirá la obligación del Tribunal de aceptar las solicitudes de aplazamiento que sean razonables, en particular cuando se necesite más tiempo para la preparación de la defensa. Los "medios adecuados" por cierto deben también incluir las pruebas de descargo. Y se considerarán "pruebas de descargo" no solo aquellas que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa. Esta es la interpretación dada por el Comité de Derechos Humanos²⁷. Respecto de la norma del artículo 14.3 letra e) del mismo

27_ Observación: CCPR-GC-32 El derecho a un juicio imparcial y la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia (Sustituye la CCPR/GC/13), 2007. V. Claudio Nash y Constanza Nuñez, Estándares internacionales sobre proceso penal y derechos humanos: recopilación de jurisprudencia y observaciones de organismos internacionales para la Defensoría Penal Pública. Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile, Noviembre 2014.

Pacto, que también se ve afectada por el artículo 390 del Código Procesal Penal, el Comité de Derechos Humanos ha vinculado este derecho con el principio de "igualdad de armas": "Esta disposición tiene por objeto garantizar al acusado las mismas facultades jurídicas para obligar a comparecer a testigos e interrogar y repreguntar a éstos de que dispone la acusación"²⁸.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha precisado que "la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional"²⁹.

En consecuencia, confirmamos la hipótesis inicial, puesto que podemos concluir que la norma del artículo 390 del Código Procesal Penal viola lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República, en relación con el artículo 5° inciso 2° de la misma, y éste en relación con el artículo 8° párrafo 2° letras c y f de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14.3 letras b y e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, porque priva a la defensa del tiempo y los medios para solicitar diligencias investigativas al fiscal, que vayan encaminadas a conseguir prueba de descargo; afectando con ello el derecho a obtener la comparecencia, como medio de prueba de descargo, de otras personas como testigos, distintas a las de cargo contenidas en la acusación o requerimiento, trasformando con ello la investigación fiscal en irracional e injusta.

6. Soluciones procesales posibles a la luz de la protección al derecho de defensa.

Sin perjuicio de los problemas de Constitucionalidad que presenta el artículo 390 del código procesal penal, ya expresados, planteamos las posibles soluciones procesales para hacer más coherente este procedimiento con las garantías reguladas en los tratados internacionales.

Si el requerimiento en procedimiento simplificado se

28_ Observación General 300, nota 271, párr. 12.

Existe además nutrida jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, referida a la dificultad u obstaculización para la defensa de presentar pruebas de descargo o de que se practicaran ciertas diligencias probatorias: Casos Castillo Petruzzi y otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Lori Berenson Mejía contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004; Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000; Ivcher Bronstein contra Perú, sentencia de 6 de febrero de 2001

29_ Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando 22°.

realiza verbalmente en la misma audiencia de control de la detención, se sugiere a la defensa luego de efectuado dicho control judicial y antes que el fiscal proceda a requerir verbalmente, se pidan también oralmente en la misma audiencia diligencias investigativas útiles y necesarias³⁰. Esta solicitud debe realizarse antes de presentado el requerimiento verbal, ya que es en ese momento donde se cierra tácitamente la investigación. En seguida si el fiscal requiere en procedimiento simplificado verbal, la defensa conforme el artículo 257 del código procesal penal, tendrá 10 días para pedir la reapertura de la investigación y reiterar la solicitud de dichas diligencias investigativas, ya que como se aprecia, se realizaron³¹ oportunamente durante la investigación y antes del cierre de la misma. Si el procedimiento simplificado comienza con un requerimiento escrito y se cita a audiencia del artículo 393, 394 y 395 del código procesal penal, nos parece que en este caso la defensa puede pedir aplicación del artículo 10 del código procesal penal, solicitando una cautela de garantías en el sentido que el imputado se encuentra impedido de ejercer los derechos que le entregan los tratados internacionales, en este caso, de solicitar diligencias investigativas al fiscal, que vayan encaminadas a conseguir prueba de descargo; afectando con ello el derecho a obtener la comparecencia, como medio de prueba de descargo, de otras personas como testigos, distintas a las de cargo contenidas en la acusación o requerimiento, que puedan arrojar información sobre los hechos imputados, ya que el procedimiento comenzó con una investigación cerrada, pidiendo como remedio que se reabra la investigación conforme el artículo 257 del código procesal penal y se realicen las diligencia que en ese acto la defensa requiere.

30_ Sobre todo aquellas en que se necesitan medios de prueba que están en manos de un tercero, como sería por ejemplo las cámaras de video del supermercado en un delito de hurto

31_ En la audiencia de control de la detención.

BIBLIOGRAFÍA:

1. DEL RIO FERRETI, Carlos, Proceso Penal, Consenso de las Partes y Enjuiciamiento Jurisdiccional, 1º ed., Editorial librotecnia, 2009.
2. HERMOSILLA ARRIADA, German; Nuevo Procedimiento Penal, tomo IV, colección guía de clases N° 20, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, año 2002.
3. CERDA SAN MARTIN, Rodrigo; HERMOSILLA IRIARTE, Francisco; El Código Procesal Penal, Comentarios Concordancias, Jurisprudencias, 1º ed., Santiago de Chile, Librotecnia, 2003.
4. NUÑEZ VASQUEZ, Juan; Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, tomo II, 1º ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
5. DURAN SANHUEZA., Rafael; Procedimiento Simplificado y Monitorio en el Código Procesal Penal Chileno, Modificaciones Introducidas por la Ley N° 20.074, 1º ed., Santiago de Chile, Editorial Librotecnia, 2008, p., 36
6. HERMOSILLA IRIARTE, Francisco y AGUILAR BREVIS, Alejandro; Procedimientos Especiales en el Nuevo Proceso Penal, 2º ed., Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, año 2004, p., 86.
7. PFEFFER URQUIADA, Emilio; Código Procesal Penal, Anotado y Concordado; Edit. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001.
8. ZAPATA G. María Francisca; Procedimiento Simplificado: Juicio Oral ante el Juez de Garantía, "Revista Semana Jurídica", Editorial Lexisnexis, 28 de mayo al 3 de junio, 2001.
9. HORVITZ LENON, María, LOPEZ MASLE., Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo II, Editorial Jurídica, Santiago 2005.
10. CAROCCA PEREZ, Alex, El Nuevo Sistema Procesal Penal, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005.
11. PIEDRABUENA, Guillermo, Introducción a la Reforma Procesal Penal. Santiago: Fallos del Mes, 2000.

F.

ANÁLISIS DE LAS PENAS MIXTAS DEL PÁRRAFO 2º DEL TÍTULO V DE LA LEY N° 18.216

Alejandra Godoy Ormazábal

Abogado, Universidad de Chile, y Magíster © en Derecho,
con mención en Derecho Público, de la U. de Chile.

INTRODUCCIÓN

Dado que las antiguas medidas alternativas que contemplaba la ley N° 18.216 -previo a su modificación por la ley N° 20.603- habían caído en un franco desprestigio,¹ lo que se sumaba a la idea generalizada, instalada no sólo en los pasillos del congreso y del ejecutivo, sino también en el inconsciente colectivo, de que el hacinamiento carcelario había tocado fondo con la muerte de 81 reclusos en el macabro incendio de la cárcel de San Miguel en diciembre de 2010, es que mecanismos innovadores como la pena mixta fueron considerados como una poderosa herramienta que podría descongestionar el sistema penitenciario, variando considerablemente los objetivos político criminales que en principio se tuvieron en vista a la hora de crear este instituto.

De acuerdo al mensaje presidencial² con en el que se inicia el proyecto de ley que se plasmaría en la ley N° 20.603, las llamadas medidas alternativas³ del proyecto fueron pensadas para un tipo de delincuencia menor, con una serie de condiciones para que éstas pudieran alcanzar sus objetivos, introduciendo mayores y mejores formas de control de su ejecución, para que el beneficiado por ellas cumpla de manera satisfactoria la sanción que se le impuso. El 13 de octubre de 2009 se presentó la

1_ Con serias deficiencias como el contagio criminógeno, escasas posibilidades de rehabilitación y reinserción social, y colapso del sistema carcelario, entre otros.

2_ Mensaje N° 66-356 de fecha 31 de marzo de 2008.

3_ El concepto de penas sustitutivas fue introducido a través de la indicación sustitutiva del Ejecutivo del 13 octubre de 2009, mismo que introduce las penas mixtas como artículo 35 en esa época.

indicación sustitutiva total del ejecutivo⁴ agregándose en el artículo 35 del proyecto de ese entonces, las llamadas penas mixtas en términos muy similares a los que se publicó en el texto oficial, reconociendo que se permitía la posibilidad de interrumpir el cumplimiento de una pena privativa de libertad, sustituyéndola por la libertad vigilada especial, siempre que se tratara de personas condenadas a 5 años y 1 día o menos, sin antecedentes previos, que contaran con un informe favorable de gendarmería y que hubieren cumplido efectivamente un tercio de su condena, favoreciendo así a personas que actualmente no podrían acceder a medida alternativa alguna. Con el cambio de gobierno, el 18 de agosto de 2010 se presenta otra indicación sustitutiva del ejecutivo,⁵ la que en sus antecedentes generales reconoce que "muchos condenados bajo el marco actual de las "medidas alternativas", no se presentan a cumplirlas o abandonan su cumplimiento, sin ser debidamente sancionados, mientras que el resto de la población condenada en el medio libre es sujeta a tibios controles por parte de la administración".⁶ El gobierno del ex presidente Sebastián Piñera lo que buscaba era robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo en un mecanismo de sanción

4_ N° 1337-357. Boletín N° 5838-07. Suscrito por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, Ministro del Interior Edmundo Pérez Yoma, Ministro de Justicia, Carlos Maldonado Curti y Ministro de Hacienda Andrés Velasco Brañes.

5_ N° 151-358. Suscrita por el Presidente de la República Sebastián Piñera Echenique, el Ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Ministro de Hacienda Felipe Larraín Bascuñán y el Ministro de Justicia Felipe Bulnes Serrano.

6_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Páginas 18 y 19.

que opere de manera eficaz y efectiva en el control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en: 1) evitar la reincidencia delictual -en que para impedir que las personas condenadas cometan nuevos delitos, se instará por la reinserción social de los condenados, aumentando el control de las penas sustitutivas-, y 2) dar protección a las víctimas.

Tras el incendio de la cárcel de San Miguel, el discurso político criminal varió y se centró en la descongestión de las cárceles. La modificación legal entró al área de la ejecución penal buscando entonces sacar gente de las prisiones para aplicarle medidas de resocialización en el medio libre, puesto que para los expertos promotores de esta ley, medidas como ésta tienen mejor efecto que la llamada “mano dura”. Los objetivos iniciales de atacar la delincuencia menor y controlar además la primeriza para evitar la reincidencia delictual, fueron en parte desplazados a través de ciertas modificaciones a las penas mixtas en busca de una fórmula para solucionar el hacinamiento carcelario. Los representantes del ejecutivo manifestaron ante el Senado que como el propósito fundamental es descongestionar las cárceles, podría estudiarse la ampliación de las hipótesis de procedencia de la pena mixta para efectos de aplicar a estos nuevos beneficiados el brazalete electrónico, ya que ello podría tener importantes efectos en cuanto a la sobrepoblación penal y favorecer al resto de la ciudadanía con un método de control de los condenados liberados. En todo caso, el éxito o fracaso de esta iniciativa se podrá resolver objetivamente luego de un tiempo de aplicación, ya que la meta de esta legislación es subir los índices en rehabilitación y reinserción social, y disminuir las cifras de reincidencia delictual. Por ende, si las cifras mejoran las penas mixtas serán un éxito, como también serán un fracaso, si las cifras empeoran.

Se señalará en primer término la forma en que operan las penas mixtas, determinando su ámbito de aplicación respecto de las personas que pueden acceder al mismo y los delitos en que es improcedente, estableciendo cuáles son los requisitos exigidos para emplearlo, los mecanismos de control que la ley dispone respecto de éste, la manera en que se otorga, las condiciones a las cuales queda sujeto el condenado en caso de concesión, las limitaciones establecidas para el caso de denegación, consecuencias en el evento de darse completo cumplimiento a los requerimientos que la ley prescribe, y la posibilidad de deducir recursos en el evento de concesión, denegación, revocación, sustitución, entre otras hipótesis.

Si bien la expresión literal “penas mixtas” debuta por primera

vez en nuestra legislación con esta modificación legal introducida a la ley N° 18.216, quedando reguladas en el artículo 33, lo cierto es que en la ley de responsabilidad penal adolescente N° 20.084, -en adelante RPA- aparece en nuestra normativa el concepto de “Sanciones Mixtas” en el Párrafo 4° del Título I, compuesto solamente por el artículo 19 que las regula. En un primer acercamiento podríamos pensar que estamos ante nociones cuyo contenido normativo sería similar, pero al compararlas con detención, podemos ver gruesas diferencias entre ambas, lo que será analizado en un apartado diferente.

Como veremos en lo sucesivo, las penas mixtas de la ley N° 18.216 son completamente distintas. Primero, en términos conceptuales, puesto que para los creadores de éstas, si bien reciben el nombre de penas, afirman que “en estricto rigor no constituyen una pena sustitutiva en particular, sino un mecanismo para llegar a imponer la libertad vigilada intensiva, por consistir en una forma adicional de poner término al cumplimiento de penas privativas de libertad, junto a las ya existentes, tales como el cumplimiento efectivo de la pena, la obtención de la libertad condicional o de la rebaja de condena, o la aplicación de indultos generales y particulares.”⁷ La afirmación anterior se refrenda en la medida de que no están enumeradas dentro de las penas sustitutivas del artículo 1° inciso 1° de la Ley N° 18.216, las cuales sólo tienen este carácter las siguientes: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, expulsión en el caso señalado en el artículo 34 y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Sin embargo, su contenido de orden penal es innegable en la medida de que a través de este mecanismo innovador lo que se pretende es interrumpir la pena privativa de libertad que está pesando sobre un condenado, para imponerle otra pena sustitutiva de la anterior, cual es, la libertad vigilada intensiva. Es considerada como una manifestación del principio de progresividad de la pena, en virtud del cual, en la medida que el penado encarcelado va entregando indicios claros de rehabilitación y búsqueda de reinserción social, es factible entonces que éste, cumpliendo con los requisitos que la norma exige, pueda entonces acceder a este régimen más laxo de cumplimiento de la pena en libertad, pero sujeto a un estricto régimen de control de la misma tanto a través de la supervigilancia de los

7_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 75.

delegados de libertad vigilada intensiva como asimismo con la imposición del monitoreo telemático obligatorio. También se puede apreciar en este instituto la manifestación de un régimen en principio totalmente proporcionalista, puesto que al momento de la imposición de la pena en la sentencia se da una fuerte señal de retribución al enviar al sujeto al cumplimiento de su condena bajo el régimen de encierro, pero luego en la etapa de ejecución de éste, se pone el énfasis en la prevención especial positiva, en que si el condenado ha tenido un buen proceso de cumplimiento dentro del penal, las posibilidades de salir anticipadamente de éste se concretan a través de este mecanismo de la pena mixta.

INTRODUCTION

Given that the old alternatives that the law N° 18.216 contemplate - previous to its modification by the law N° 20.603 – had fallen in a disrepute, which was added to the generalized idea, installed not only in the congress’s corridors, but in the collective conscience, about the prison overcrowding rocked bottom with the dead of 81 prisoners in the fire at San Miguel Prison in December 2010, innovative mechanisms such as mixed sentences were considered as a powerful tool that could reduce the penitentiary system, varying the political criminal objectives that were taking in consideration at the time of creating this legal figure. According to the presidential message, which initiates the law project that will be stamp on the law N° 20.603, the alternatives procedures of the project were thought only for one type of minor crime, with a number of conditions in order that these can reach their purpose, introducing better and higher control in the implementation, so the benefit, as a results of the conditions, fulfil in a satisfactory way the sentence imposed.

In October 13th 2009, it was presented the text substitutive by executive in addition to the article 35 of the project in those times, and mixes sentences in similar ways to the ones that were public in the official text, recognizing that it was possible to interrupt the compliance of the sentence deprive of freedom, replacing the last mentioned for a supervise release, only if the person is condemned to five years and one day or less, without previous background, with a favorable report from gendarmerie, and that defendant had fulfil a third part of the sentence, facilitating the population that could not access to the alternative. In August 18th, 2010, it was presented another statement, acknowledging that “many condemned leave the alternatives sentences while

the rest of the condemned population is barely controlled”. The ex-President Sebastian Piñera during his government looked for strengthen the alternative sentences system in prison and transform it in an effective method to control the minor crimes and which objectives were: 1) avoid recidivism and 2) protect victims.

After the fire that affected San Miguel Prison, the political speech changed and it was center on reducing the population in prison. The legal modification entered to the criminal implementation, it looked for a plan to get people out of the prison and try to reintegrate them in society, According to the experts in charge of the topic, and they believe that the plan mentioned above is more effective than the result of a harder punishment. The main objectives were control minor crimes and avoid recidivism, those aims were changed through modifications to the mixed sentences in order to attempt to get a solution for the overcrowding in prison. Even though the expression “mixed sentences” debuts for the time in our legislation with the legal modification inserted in law N° 18.216, regulated in article 33, the truth is that in law on criminal liability of adolescents N° 20.084 appears our regulations with the concept of “Mixed Sanctions” in paragraph 4° Title I, only formed by the article 19 which regulates it. At first, we can think that we are in front of two similar regulations; however, at the moment of comparing the two of them with arrest, we can see how different they are.

I. Sistema Facultativo

De acuerdo al inciso 1° del artículo 33 de la ley N° 18.216, podemos señalar que estamos frente a una facultad discrecional del tribunal en cuanto a otorgarla o no, en la medida que dicha norma prescribe que “el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva”, esto es, ya sea a instancia del propio condenado o actuando por iniciativa propia el tribunal, éste puede y no necesariamente debe interrumpir la privación de libertad del sujeto y reemplazarla por esta nueva pena en libertad. Y para ello requiere necesariamente contar con antelación, con un informe favorable de gendarmería. La norma del inciso 1° parece bastante clara:

1. Facultad discrecional del tribunal que opera de oficio o a petición de parte.
2. Se debe contar previamente con un informe favorable de gendarmería.

3. El tribunal, si otorga la pena mixta, interrumpe la privación de libertad e impone la libertad vigilada intensiva.

Esta facultad discrecional del tribunal para concederla ha sido ya materia de pronunciamiento judicial. En efecto, la ltma. Corte de Apelaciones de Arica así lo reconoce en la causa Rol N° 61-2013 cuando señala en el considerando cuarto que “debe tenerse presente que conforme lo señala el artículo 33, la posibilidad de obtener un beneficio de los contemplados en la citada normativa legal, es una facultad para el tribunal, ergo, no es un imperativo, es una concesión graciosa que puede o no favorecer al condenado siempre que se cumplan los presupuestos de conducta, temporalidad y técnicos que la propia norma exige e impone”. La misma corte plantea esta misma aseveración en el Rol N° 28-2014 considerando cuarto al expresar que “la posibilidad de sustituir la pena originalmente impuesta por alguna de las contempladas en la citada normativa legal, es una facultad para el tribunal, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, siempre que se cumplan las condiciones de conducta, temporalidad y técnicos que la propia norma previene”. En el mismo sentido se pronunció la ltma. Corte de Apelaciones de Valdivia en el Rol N° 187-2014 cuyo considerando quinto indica que “el juez al rechazar la solicitud impetrada en el marco de la petición especial que consagra el artículo 33 ha ejercido una facultad legal, de acuerdo a los lineamientos que la norma detalla y sin que se observe una actuación contraria a la Constitución o a las leyes en desmedro de la garantía constitucional de la libertad personal”.

En este punto cabe recordar lo señalado a propósito de la historia de la ley de las penas mixtas, en que se dejó expresa constancia a lo largo de la discusión legislativa, que era el juez quien debía ponderar si el condenado cumplía o no con las exigencias que la norma prescribía para la concesión de la pena mixta, sobre la base de los antecedentes e informes técnicos elaborados por gendarmería, y si éste consideraba que este mecanismo no era apropiado para aplicarlo en un caso concreto, soberanamente el tribunal podía rechazar la aplicación del mecanismo. Éste ni siquiera fue materia de discusión según se da cuenta de la historia fidedigna del establecimiento de la ley.

II. El Informe Favorable de Gendarmería

En cuanto al informe favorable que debe elaborar gendarmería para que el juez lo pondere y en definitiva decida otorgar o no la pena mixta, conforme a los incisos 1° y 3° del artículo 33 de la Ley N° 18.216, éste 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 reinsertarse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad. Dicha opinión contendrá, además, los antecedentes sociales y la 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.
2. Informe de comportamiento, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1.926, del Ministerio de Justicia, reglamento de la ley de libertad condicional.
3. Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la cual incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto.

A pesar del tenor literal de la norma que se interpreta según el sentido natural y obvio de las expresiones que emplea, conocemos más de un caso en virtud del cual se ha concedido la pena mixta pese a no contar con este informe favorable de Gendarmería de Chile exigido, o incluso cuando éste derechamente se pronuncia en sentido desfavorable para otorgar la pena mixta.

En efecto, en la causa RUC 1200694329-0, el 12° Juzgado de Garantía de Santiago concedió la pena mixta a un condenado por robo con intimidación, pese a no contar con este informe favorable de gendarmería. Vía recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, la ltma. Corte de Apelaciones de San Miguel conoce de esta situación en el Rol 1307-2014, pero ciertamente le restó importancia al señalar que ratifica lo resuelto por la juez de primer grado y que “si bien no pudo contar con el informe de gendarmería correspondiente -el que no fue enviado en el tiempo requerido- sí se allegó a los antecedentes un informe de una asistente social del centro de establecimiento penitenciario colina uno”, es decir, tanto el tribunal de primera como el de segunda instancia obviaron esta exigencia legal y resolvieron la aplicación

de la pena mixta sobre la base de un antecedente ni siquiera contemplado de manera subsidiaria en la norma. A su turno, el Juzgado de Garantía de Talca en causa RUC 1200604725-2 no otorgó la interrupción de la pena privativa de libertad fundado en el informe desfavorable elaborado por el psicólogo del CRS de Talca quien estimó que en este caso la libertad vigilada intensiva no sería eficaz, requiriendo la culminación del proceso de intervención en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Talca; sin embargo, la ltma. Corte de Apelaciones de dicha ciudad revocó esta decisión en el Rol 37-2015, en atención a que el condenado estaba con el beneficio intrapenitenciario de salida dominical otorgado sobre la base de un informe social y psicológico unificado considerado favorable en cuanto a la capacidad del sujeto de autocontrol y para anteponer la reflexión a la acción. Al igual que en el caso anterior, esta corte resolvió ya no en atención al informe desfavorable considerado por el juez de primera instancia sino que obvió esta exigencia legal de contar con un informe favorable y se apoyó en otro antecedente no contemplado en la norma para liberar al condenado. Por su parte, el Tribunal Oral de Valdivia en causa RUC 090125368-4, concedió la pena mixta no obstante que el informe de Gendarmería era “desfavorable para el condenado y no recomienda aplicarla” puesto que detectó factores de riesgo como la escasa calificación ocupacional y vínculos con amigos del ámbito delictual y primos con antecedentes delictuales, calificando el citado tribunal la ponderación de estos factores como una “aseveración antojadiza, sugerente de un estudio improvisado”, indicando que la negativa de gendarmería tiene un carácter meramente formal, careciendo de sustento para afirmar lo que identifica como “factor de riesgo”, por lo que hace óbice a la opinión favorable que exige el texto expreso de la norma en cuestión, dándole con ello el favor a la petición de la defensa en orden a que debe ser reputado como favorable el informe, pues el condenado ya habría tenido contacto con el medio libre, sin verse involucrado en sucesos motivo de reproche penal o de persecución penal al menos. En sentido inverso, la ltma. Corte de Apelaciones de Arica en las causas Rol 61-2013 y Rol 28-2014 confirmó la negativa de conceder la pena mixta por parte del Tribunal Oral en lo Penal de esa ciudad, dado que en ambos casos el informe de gendarmería era desfavorable. En el primero de ellos señaló que el informe post sentencial no recomienda otorgar el beneficio, en atención a que el condenado presenta una orientación al desarrollo de

conductas pro criminales, vinculación con pares crimiógenos y bajo nivel motivacional hacia la intervención, las cuales dificultan su nivel de adherencia necesaria para los programas, antecedentes que no pueden ser soslayados ni menos obviados por esta Magistratura. En el segundo caso, indicó que el informe de postulación de pena mixta evacuado por el Jefe del CRS de Arica no es favorable a la petición, por cuanto la penada no cuenta con familiares y redes sociales en la ciudad de Arica, siendo su interés el poder retornar a la ciudad de Tacna, lo que dificultaría el proceso de intervención, y se contrapone con lo señalado en la letra a) del artículo 17 de la Ley N° 18.216; de este modo, este informe desfavorable impide a los jueces el otorgamiento de la sustitución de pena solicitada, pues la norma exige que la facultad puede ejercerse previo informe favorable de dicho organismo, lo que no ocurre en la especie. En este mismo sentido la ltma. Corte de Apelaciones de Valdivia en el Rol 187-2014, confirmó la decisión del Juez de Garantía de Río Bueno, en causa RIT 865-2011, quien negó la aplicación de la pena mixta a un condenado por abuso sexual dado que el informe de Gendarmería emitió una opinión técnica desfavorable, en atención a la negativa del condenado a reconocer la comisión del hecho, y en las áreas de educación, empleo y uso del tiempo libre, hay factores que llevan a concluir un riesgo de reincidencia medio que hace desaconsejable la sustitución de la condena.

No sólo por mandato imperativo de la ley, sino también para dar efectividad real al cumplimiento de las penas mixtas, es indispensable que los diversos tribunales no pasen por alto este requisito básico del informe favorable, no sólo por las características que éste reviste, sino que además, porque es el delegado de libertad vigilada intensiva y no el juez quien evalúa en terreno las implicancias que significa otorgar o no la libertad a un condenado, es el delegado quien toma contacto con las posibles redes de apoyo que el preso pueda tener en el medio libre, es quien pondera la existencia o no de riesgos de reincidencia, es quien evalúa si el sujeto está o no en condiciones de reinsertarse socialmente, y en definitiva, es quien emite una opinión técnica y profesional (recordemos que los delegados de libertad vigilada sólo pueden serlo asistentes sociales o psicólogos, o antiguos funcionarios de Gendarmería según el artículo transitorio de la ley N° 20.603) la que se plasma en este informe que sirve de base o fundamento al juez para adoptar una decisión jurídica, cual es, conceder o no la libertad al encarcelado, contando con monitoreo telemático y buen comportamiento. La ley exige en

su literalidad la existencia de un informe favorable de gendarmería como presupuesto para ejercer la facultad de conceder o no la pena mixta. Por lo tanto, el juez no puede conceder la pena mixta sin ese requisito previo, cuyo mérito no puede entrar a valorar, aunque podría, en ejercicio de sus facultades denegar la pena mixta, a pesar de existir informe favorable.

Desde nuestra posición, sin embargo, no se puede desatender cuestionamientos que puedan surgir consistentes en que ¿qué ocurre si el informe es negativo, pero manifiestamente infundado?, o ¿qué pasa si para evitar la liberación, simplemente no se emite el informe o se retarda?. Estas cuestiones deben ventilarse en la audiencia en que se solicita la aplicación de la pena mixta, haciendo presente al juez la falta de prolijidad en la emisión de un informe que niega dar lugar a la pena mixta, debiendo dar cuenta de ello al jefe del CRS respectivo y requiriendo un nuevo informe, o a través de la vía de la cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal, el juez puede otorgar un plazo perentorio al CRS que corresponda a fin de que emita inmediatamente el informe que se ha retardado, sin perjuicio de las demás responsabilidades que puedan afectarle al funcionario que falta al servicio o ejecuta mal el servicio encomendado.

lii. Requisitos para la aplicación de las penas mixtas

A continuación, la norma exige en el mismo inciso 1º del artículo 33 la concurrencia de los siguientes requisitos para hacer operar esta modalidad:

- 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;

En cuanto a este primer requisito, una de las primeras cosas que podemos decir, es que los expertos encargados de representar al ejecutivo a través del Ministerio de Justicia junto al magistrado designado por la Excm. Corte Suprema, quien emitió su opinión técnica y personal asesorando al citado ministerio, buscaban la aplicación de la pena mixta para aquellos condenados cumpliendo pena efectiva en la cárcel, ya no con un tope máximo de sanción de cinco años y un día, sino que lo que pretendían, era su aplicación incluso para penados de hasta los diez años de reclusión. La experta Ana María Morales Peillard afirma lo anterior cuando señala que “en algún momento,

cuando fuimos trabajando sobre los requisitos, nosotros la habíamos pensado hasta en diez años, pero en todos los vaivenes con las autoridades quedó en cinco y uno”.⁸ En efecto, fue el magistrado Jorge Sáez Martín⁹ quien propuso abrir todo el grado de la pena de presidio mayor en su grado mínimo,¹⁰ afirmando que en ese entonces, “en los supuestos de la ley, requería que la persona no hubiera sido nunca condenada para permitir la revisión de la condena, y que la condena que se tuviera en cuenta, que era la primera que él tenía, fuera de cinco años y un día, y a mi me parecía que esas exigencias hacían muy restrictiva la aplicación de la norma, porque hoy día nosotros sabemos, por aplicación de las reglas de negociación de la reforma procesal penal, que toda persona primeriza acusada o imputada de un crimen, probablemente va a ser condenada en un procedimiento abreviado con una pena entre tres años y un día a cinco años. Entonces hoy día me parece que es raro encontrar a una persona primeriza condenada a cinco años y un día; reincidentes sí, o personas que no necesariamente tienen la agravante de reincidencia pero que ya han cometido delitos y es condenado a cinco años y un día sí es posible, pero la ley exigía que no tuviera condenas anteriores, y entonces a mi me parecía que era tremendamente restrictivo, y finalmente no iba a permitir la aplicación de la norma a un grupo relevante de condenados, y entonces mi sugerencia fue que la pena impuesta fuera de diez años o inferior. Eso me parecía mucho más coherente, abría todo el grado de la pena y no una fracción tan mínima del grado, que en el fondo es consagrar esta costumbre de los tribunales de imponer la pena más baja dentro del grado, y que también ha sido cuestionada. Ampliándolo a diez años, entonces se podía, pensaba yo, ampliar el grupo potencialmente favorecido con esta norma. El problema es que para esta norma, desde luego la exigencia de no tener condenas anteriores también es tremendamente restrictiva, a pesar de ampliar el grado, venía siendo muy restrictiva. Mi indicación, advierto yo, por las comunicaciones que estoy revisando, al 06 de mayo de 2010 ya había sido

8_ Entrevista a Ana María Morales Peillard, Directora del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana, -Magíster en Política Criminal, Londres, Inglaterra- realizada el 10 de abril de 2014.

9_ Designado por la Excm. Corte Suprema para dar un apoyo técnico a la Comisión del Ejecutivo presidida por la entonces Subsecretaria Patricia Pérez, con la participación de la Fundación Paz Ciudadana.

10_ Cuando aún no se disponía la aplicación de la pena mixta para condenados reincidentes con pena cumplida 10 o 5 años antes de la nueva condena si se trata de crímenes o simples delitos.

rechazada, y fue rechazada en un nivel político, no en un nivel técnico, y las razones que se dieron fueron políticas, o sea, la idea del Ministerio de Justicia de esa época desde luego era intervenir sustancialmente en materia de beneficios, o sea, había que hacer un ornamento de la ley que en 25 años no había tenido modificaciones, pero esta no era precisamente la línea que buscaban, porque podía ser políticamente impresentable de acuerdo a las lógicas del Ministerio, anunciar que las personas condenadas por crímenes hasta de diez años podían salir en libertad mucho antes de cumplir los diez años, con un tercio de la pena”. En consecuencia, este requisito quedó igual a como fue presentado en la indicación sustitutiva de octubre de 2009 que introduce las penas mixtas al proyecto de ese entonces.

Pese a que aún no debieran entrar en aplicación las penas mixtas conforme al artículo 8º de la ley N° 20.603, en todos los fallos en que ya se aplicó y de los que hemos dado cuenta, se trataba de delitos particularmente graves como robo con violencia, homicidio simple, robo con intimidación, abuso sexual y tráfico de drogas, con condenas en todos los casos de 5 años y 1 día.

En cuanto a su tramitación legislativa, este requisito fue objeto de lata discusión, pues por primera vez se contempla aplicar esta medida para casos de crímenes aunque sea en el piso mínimo del presidio mayor en su grado mínimo, a diferencia de las penas sustitutivas en general que contempla la ley, las que sólo pueden aplicarse, según el caso, cuando la condena privativa de libertad no sea superior a los 5 años. A cambio de ello, y con la idea de reforzar el control del sujeto preso que sale en libertad habiendo sido condenado a una pena de crimen, es que se justificó que el monitoreo telemático fuese obligatorio. Incluso el senador Alberto Espina manifestó no estar dispuesto a aprobar la norma si en este caso el monitoreo no se establecía como una obligación a todo evento para el juez, pues por esta vía se abre la posibilidad para que personas que cometieron ilícitos tan graves como para merecer una pena de presidio mayor, salgan en libertad, habiendo cumplido apenas un tercio de la sanción y sin ninguna medida de control. Claramente esta alegación, dada la jurisprudencia que hemos analizado, no pasó de ser una alerta o llamado de atención, pues como ya vimos, todos los tribunales que han dado aplicación a la pena mixta pasaron por alto esta exigencia o justificaron su decisión interpretando la norma en beneficio del condenado.

- 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;

Esta norma exige, prima facie, que el condenado no tenga en su extracto de filiación y antecedentes otra condena que no sea la que está actualmente cumpliendo privado de libertad. Sin embargo, tal como ya se señaló a propósito de la Historia de la Ley de las Penas Mixtas, durante la tramitación legislativa se le introduce la norma de remisión “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 15 bis”, el que a su vez reenvía a ambos numerales del artículo 15 de la misma ley, en cuyo número 1) se establece “que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas 10 o 5 años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena”. Vale decir, ahí está establecida la norma de prescripción de 10 o 5 años, dependiendo de si se trata de crímenes o simples delitos, contados desde que la sentencia anterior se encuentre cumplida. En consecuencia, teniendo como fundamento esta norma, la pena mixta puede aplicarse a aquellos sujetos reincidentes respecto de quienes ha operado esta prescripción.

Con la redacción inicial de la norma cuando fue propuesta a través de la indicación sustitutiva de octubre de 2009, quedaba claro que la pena mixta sólo sería aplicable a los “primerizos”, sin embargo, con la adición hecha en el congreso, se amplió el grupo objetivo al cual estaba dirigida, incorporando entonces a este tipo especial de reincidentes beneficiados por esta prescripción.

En consecuencia, según las normas de interpretación de la ley del Código Civil,¹¹ y en atención a la norma de remisión, podemos concluir que entre los requisitos para optar a la pena mixta se exige que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, no obstante lo cual, no se considerarán para estos efectos las

11_ CURY URZÚA, Enrique. “Derecho Penal, Parte General”. Ediciones Universidad Católica de Chile, página 190. “A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos, en la que la manera de interpretar las leyes se halla abandonada a los criterios de la jurisprudencia, el nuestro dispone de un conjunto de reglas expresas sobre la materia en los artículos 19 a 24 del Código Civil, las cuales reclaman aplicación general para todo el ordenamiento jurídico, incluyendo las normas constitucionales y, por supuesto, también las penales.”

condenas cumplidas 10 o 5 años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recae la nueva condena, y además, que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social. Dichos antecedentes deberán ser aportados por los intervinientes antes del pronunciamiento de la sentencia o en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal. Excepcionalmente, si éstos no fueren aportados en dicha instancia, podrá el juez solicitar informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo previsto en el artículo 344 del Código Procesal Penal.

No obstante esta clara exigencia de irreprochable conducta anterior del penado y que en caso de registrar otra condena en su extracto, ésta se encuentre cumplida ya sea 10 o 5 años antes si se trata de un crimen o simple delito para no ser considerada, nos hemos encontrado con jurisprudencia de alzada que ha entendido que el plazo se cuenta desde que el fallo está ejecutoriado y no desde que la pena se encuentra cumplida. Sin perjuicio del desarrollo posterior que haremos de este punto con relación al ámbito de aplicación de las penas mixtas, es menester tener presente desde ya las dos sentencias de Corte que han estimado que el plazo de prescripción se cuenta desde la ejecutoriedad del fallo y no desde que el condenado haya dado cumplimiento a la pena impuesta. Así se pronunció la ltma. Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol corte N° 70-2013,¹² de fecha 09 de abril de 2013 -esto es, estando publicada la Ley N° 20.603 pero no vigente conforme al artículo 8° pues no se había aún publicado el reglamento de la ley N° 18.216-, en que conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, puesto que el Juez de Garantía de dicha ciudad concedió la pena sustitutiva de remisión condicional al condenado por delito de robo en lugar habitado, sin contar el plazo de la condena anterior desde que esta fue cumplida por el sujeto, sino que desde que ésta se encuentra ejecutoriada, la ltma. Corte ratificó dicha decisión. Replicando exactamente los mismos argumentos de la Corte de La Serena, e incluso citándola, se pronunció la ltma. Corte de Apelaciones

12_ RIT O-5430-2012 del Juzgado de Garantía de La Serena

de Concepción, en causa Rol ingreso N° 189-2014, con fecha 04 de abril de 2014, en que, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la defensa en un caso de microtráfico de drogas, cometido el 12 y 16 de agosto de 2013, el Juez de Garantía no otorgó la pena sustituta de remisión condicional al sentenciado, puesto que éste había sido previamente condenado por delito de tráfico de drogas a la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio con fecha 25 de noviembre de 2003, la que figura cumplida el 24 de agosto de 2012. La defensa sostuvo que en cuanto a la forma de cómputo del plazo de 10 años de la condena anterior, éste se cuenta desde que la sentencia de condena se encuentra firme, y no con el cumplimiento cabal de la pena impuesta. En este caso incluso, la Corte de Concepción no sólo estimó que el plazo de 10 años debe contarse desde que la sentencia anterior se encuentra ejecutoriada, sino que además, revoca la sentencia de primera instancia a pesar de la disposición del artículo 1° inciso tercero de la Ley N° 18.216, que en relación a este tipo de delitos impide conceder alguna pena sustitutiva a los condenados con anterioridad por crímenes o simples delitos contemplados en la ley N° 20.000, mediante sentencia firme, hayan cumplido o no efectivamente la condena, cuyo es el caso (con la excepción de quienes hayan sido beneficiados por la atenuante del artículo 22 de esta ley). La corte indicó que efectivamente existe un problema interpretativo, toda vez que “la norma tiene una redacción ambigua”, estimando que el plazo de 10 años en este caso debe computarse desde la ejecutoriedad del fallo y no desde el cumplimiento cabal de la sentencia impuesta. Llama particularmente la atención que la Corte en su fallo no se refiere a la limitación para la procedencia de las penas sustitutivas en el caso de que el penado registre en su extracto una condena anterior por tráfico de drogas, lo que hace improcedente la aplicación de cualquier pena sustituta según el inciso 3° del artículo 1°, y en consecuencia, al no poder aplicarse ninguna pena sustitutiva en este evento, tampoco podría aplicarse la pena mixta dado que ella implica necesariamente la imposición de la libertad vigilada intensiva que tiene este carácter.

Si se siguiese el criterio adoptado por estas cortes, se produciría el efecto de que una persona condenada por ejemplo a 10 años, al otro día de haber salido de la cárcel y cumplida la condena, por el sólo hecho, de considerarse el plazo de prescripción desde que quedó ejecutoriado ese fallo, al día siguiente de estar libre, si comete un nuevo delito y se dicta fallo condenatorio en

su contra, para efectos de aspirar a la pena mixta sólo debería esperar el tercio de privación de libertad, y sería considerado entonces como un condenado reincidente pero cuya pena anterior ya está prescrita. Esa claramente no es la forma adecuada de interpretar la norma, no sólo por la redacción literal de la misma, que pide que el plazo de prescripción debe contarse desde que la pena se encuentra cumplida, sino que tampoco es el espíritu o finalidad que se persigue con la pena mixta, ya que la norma en cuestión de manera clara y categórica postula que el plazo se cuenta desde que la condena está cumplida y no ejecutoriada, por lo que el conflicto interpretativo que plantearon las Cortes de Concepción y La Serena parece artificioso y no tendría otra intención más que buscar liberar internos de los penales.

c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva,

y
Este es un requisito de carácter objetivo que se confirma con sólo computar el plazo que el condenado lleva privado de libertad frente a la pena impuesta en la sentencia. En el peor de los casos, si su condena fuera de 5 años y 1 día, se requieren 608,6 días de encierro.

En este punto, Sebastián Valenzuela, continuador de Ana María Morales en el cargo de jefe de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia y quien siguió a cargo de la tramitación de esta ley cuando aún era proyecto en el congreso en representación del ejecutivo, refiriéndose a las modificaciones que sufrió este requisito a como había sido inicialmente planteado, expresa que “entre las diferencias existentes entre el texto de la pena mixta introducida por la indicación que se presenta el 13 de Octubre de 2009, a como quedó finalmente, en la indicación se exigía que el penado, con posterioridad a que la sentencia hubiese quedado ejecutoriada, hubiere cumplido un tercio de la condena, y que, para los efectos de este cómputo, se excluyen los abonos que corresponden por concepto de prisión preventiva, es un tercio de la pena, pero un tercio desde que la sentencia queda ejecutoriada. Y eso se sacó. Y me acuerdo de hecho precisamente de este tema, porque después se reforzó la redacción final que quedó de esta letra, justamente para no dejar ningún espacio de duda de que se cubría el tiempo total, incluso el abono de la prisión preventiva, de manera que si una persona cumple en prisión preventiva un tercio de la pena, inmediatamente con la condena podría acceder a la pena

mixta si se dan los otros requisitos.”¹³

Dentro de los mecanismos para obtener anticipadamente la libertad respecto de un condenado intramuros, además de la ley de rebaja de condena y la libertad condicional, la pena mixta con la exigencia de este requisito, es la que menos tiempo exige para salir en libertad a un condenado preso.

En el peor de los casos insistimos, si el sujeto está condenado a una pena de crimen de 5 años y 1 día, con tan sólo 608,6 días de encierro y dando cumplimiento a los demás requisitos exigidos por la norma puede optar al régimen de pena mixta. En el mismo evento, vale decir un sujeto condenado a 5 años y 1 día, para poder postular a la libertad condicional requiere de 2 años con 6 meses y 1 día, lo que traducido a días serían alrededor de 915 días de reclusión (dependiendo del cómputo de meses en 30 o 31 días salvo febrero); y en igual situación de condenado a 5 años y 1 día, para el aspirante a la rebaja de condena por buena conducta, éste recién puede instar por acceder a este beneficio luego de transcurridos los 2 años y 1 día, vale decir, a los 731 días.

Este requisito refleja la variación de los objetivos político criminales que se tuvieron en vista con el objeto de buscar una rápida descongestión de los recintos penitenciarios. Como ya se señaló, de todas las formas de obtención de la libertad para un encarcelado, la pena mixta es el que exige menor cantidad de tiempo recluso en el penal.

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 1.926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

En la indicación sustitutiva total del ejecutivo de octubre de 2009, en que se incorporan las penas mixtas como artículo 35, este requisito no estaba incluido. Éste aparece más tarde, en la indicación sustitutiva de agosto de 2010, en que las penas mixtas se regulan como artículo 34, incorporando como letra d) esta condición pero en otros términos a como quedó finalmente establecido. Sebastián Valenzuela, a quien ya hemos señalado con antelación, en este punto indica que “se agrega como requisito para acceder a la pena mixta esta letra d) relativo

13_ Entrevista Sebastián Valenzuela Agüero, Jefe de la División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia.

a la conducta, que debía ser calificada de buena o muy buena, para mantener cierta coherencia con el resto de los sistemas que exigen buena o muy buena conducta, como por ejemplo, para estar en postulación a libertad condicional o a la rebaja de condena”.¹⁴

En este requisito se efectúa una remisión legal, obligándonos a consultar el reglamento de la ley de libertad condicional para determinar la conducta del condenado al interior del penal. Señala dicho reglamento en su artículo 19 inciso 1º que para establecer la clasificación de la conducta de cada penado, las autoridades deben tomar los siguientes elementos de juicio:

- d. Su conducta en el patio o calle, en el taller y en la escuela;
- e. Su asistencia al taller o a la escuela;
- f. El aseo personal de su celda y útiles, y
- g. Las manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación y moralidad.

Agrega el artículo 20 del citado reglamento que el Tribunal de Conducta podrá requerir en todo momento de los empleados del establecimiento, los informes que considere necesarios para el mejor desempeño de sus funciones, para luego puntualizar en el artículo 21 que las notas para calificar la conducta, aplicación (asistencia a la escuela) y aprovechamiento (trabajo en el taller) de los reos serán: pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno. Para fijar las notas de conducta se tomará en consideración las notas medias que tenga el reo en el Libro de Vida, y la nota será el término medio de las notas que, cada mes, pasarán al Tribunal de Conducta el Jefe de Compañía o Destacamento de Gendarmes, el Director de la Escuela y el Jefe del Taller respectivo, conforme al artículo 18 del mencionado Reglamento.

IV. El monitoreo telemático obligatorio

Otra obligación a la cual queda sujeto el condenado en el caso de obtener la pena mixta es la establecida tanto en el inciso 2º del artículo 33 como en el artículo 23 bis A de la ley Nº 18.216, en virtud de los cuales se establece que la supervisión a través de monitoreo telemático será obligatoria durante todo el periodo de la libertad vigilada intensiva.

En el caso que el tribunal dispusiere la interrupción de la

14_ Entrevista a Sebastián Valenzuela Agüero, Jefe de la División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia.

pena privativa de libertad, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático.

Como ya se señaló a propósito del análisis de la factibilidad técnica para la aplicación del Monitoreo Telemático, la que debe incluir aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto, es dable recordar que en todos los casos en que ya se ha dado aplicación a la pena mixta, y que fueron analizados a propósito de la entrada en vigencia gradual, en ninguno de ellos se cumplió con esta exigencia, haciendo caso omiso a este mandato legal. El Tribunal Oral en lo Penal de Valdivia, señaló en el RUC 0901028927-8 que “en cuanto a la no operatividad del sistema de control telemático para la pena sustitutiva en estudio, este tribunal ha sostenido reiteradamente que tal circunstancia no es obstáculo para hacer lugar a la sustitución reclamada, ya que su cumplimiento escapa a las exigencias personales que ley dispone respecto del condenado”. Cosa similar ocurrió en el RUC 0901250368-4, considerando 10º en que postuló que “En cuanto a la no operatividad del sistema de control telemático para la pena sustitutiva en estudio, este tribunal ha sostenido reiteradamente que tal circunstancia no es obstáculo para hacer lugar a la sustitución solicitada, ya que su cumplimiento escapa a las exigencias personales que la ley dispone respecto del condenado.” En el tercer caso que se pronuncia, RUC 0900850996-1, el mismo tribunal concedió la pena mixta a un condenado por delito de tráfico de cocaína, y sostuvo que “no es óbice para la aplicación de la indicada pena sustitutiva -libertad vigilada intensiva-, la circunstancia de no estar gendarmería en condiciones operativas para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 33 de la mencionada ley, tal como fuese sostenido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia en otras oportunidades, así como por el Tribunal Oral en lo Penal de esta ciudad.” El tribunal estimó que “únicamente la circunstancia que impediría el reemplazo de la pena, resulta ajena al condenado, esto es, la ausencia en la implementación de un control mediante monitoreo telemático, a que se refiere el artículo 33 de la tantas veces citada ley Nº 18.216” Ahora bien, “la circunstancia de no estar implementado el sistema de control de la referida medida alternativa a la sanción privativa de libertad, mediante un monitoreo telemático, no es obstáculo para su aplicación, pues su implementación escapa a las exigencias personales a que debe someterse el sentenciado y por ende, no puede

ser impedimento para acceder al reemplazo de la pena privativa de libertad. Finalmente, negar la aplicación de la pena sustitutiva en cuestión, implicaría perjudicar al condenado por la ausencia de exigencias que escapan de sus manos y, de paso, hacer ilusorio los fines de la ley Nº 18.216 y vulnerar lo dispuesto en los artículos 18 del Código Penal y 19 Nº 3 inciso 8º de la Constitución Política del Estado”.

El mismo Tribunal en las causas RUC Nº 1000309899-6, y RUC 1110010223-6, igualmente otorgó la pena mixta sin argumentación jurídica de fondo, sólo haciendo mención a la imposibilidad de aplicación del monitoreo, dadas las alegaciones formuladas por la fiscalía.

Si bien el análisis pormenorizado del monitoreo telemático escapa con creces los objetivos de este trabajo, sí parece importante destacar ciertos aspectos relevantes en lo tocante a su regulación, pues éste impacta directamente en las penas mixtas ya que como hemos señalado, la ley ha establecido la imposición obligatoria de este mecanismo de control cada vez que se otorgue la interrupción de la pena privativa de libertad y se reemplace por la libertad vigilada intensiva. También ya se ha destacado que pese ser este un requisito sine qua non que siempre debe acompañar a la pena mixta, importante jurisprudencia ha hecho caso omiso a esta exigencia.

IV. 1) Regulación Legal

El monitoreo telemático se regula en la ley Nº 18.216, en el Título III denominado “Del Monitoreo Telemático”, compuesto por los artículos 23 bis, 23 bis A, 23 ter, 23 quáter, 23 quinquies, 23 sexies, 23 septies y 23 octies de la ley, y en cuanto a su implementación, se establece un sistema gradual dependiendo de la pena sustitutiva de que se trate, según lo dispuesto en el artículo 8º de la Ley Nº 20.603 que ya hemos analizado.

El artículo 23 bis de la ley Nº 18.216 define el monitoreo telemático como “toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley”, esto es, sólo respecto de la aplicación de penas sustitutivas, descartándose su aplicación respecto de cualquier otro instituto del sistema jurídico penal, como ocurre en otros países, al controlarse a través de este sistema, por ejemplo, las medidas cautelares impuestas a los imputados, y no solo como mecanismo de control de una pena sustitutiva. A su turno, el reglamento de monitoreo telemático, aprobado por decreto supremo Nº 515 del 03 de agosto de 2012,

agrega en el artículo 1º que éste tiene por objeto supervisar, a través de medios tecnológicos, el cumplimiento de un condenado de permanecer en un determinado lugar, durante cierta cantidad de horas o de no aproximarse a una persona o lugar determinado.

En cuanto a las penas sustitutivas que pueden ser controladas a través de este sistema están, la reclusión parcial, la libertad vigilada intensiva -respecto de algunos delitos sexuales, o cometidos en contexto de violencia intrafamiliar-, y la libertad vigilada intensiva por aplicación de la pena mixta. Respecto de la víctima, sólo es aplicable este sistema en aquellos casos de delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar y delitos en contra de la indemnidad sexual.

En cuanto a la libertad vigilada intensiva por aplicación de la pena mixta, como consta de la historia fidedigna del establecimiento de la ley, el proyecto que inicialmente el ejecutivo había presentado señalaba que la imposición de este mecanismo fuera facultativo para el juez en el caso de las penas mixtas; no obstante, fue en el congreso donde se exige que éste debe aplicarse de manera obligatoria a todos aquellos a quienes se aplique la pena mixta durante todo el saldo de cumplimiento de la pena bajo la modalidad de libertad vigilada intensiva, porque la pena mixta era aplicable a casos de crímenes en su tope mínimo como detallaremos más adelante.

Como el control por monitoreo en el caso de la pena mixta es de carácter obligatorio, ello significa que el tribunal, al acceder a la interrupción de la pena privativa de libertad, necesariamente deberá considerar qué condiciones del artículo 17 ter de la Ley Nº 18.216 deberá imponer, y analizar en qué medida el monitoreo telemático puede ser útil para su control. Así por ejemplo, si respecto de un beneficiado de pena mixta el tribunal considera que no hay una víctima que pueda o requiera ser protegida mediante una prohibición de acercamiento, ni tampoco existen determinados lugares que ameriten ser indicados como prohibidos para el condenado (zonas de exclusión), debiese el tribunal necesariamente aplicar la condición de mantenerse en el domicilio u otro lugar que determine, durante un lapso máximo de 8 horas diarias, y esa condición ser supervisada mediante el monitoreo.¹⁵

Con relación a la regulación en la ley del monitoreo telemático, además de lo anteriormente señalado, es

15_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley Nº 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.603. Chile 2013. Pág. 127.

preciso destacar algunos aspectos que aún no se han mencionado. Tal es el caso de los incisos quinto, sexto y séptimo del artículo 23 bis, que señalan que con el objeto de resolver acerca de la imposición del monitoreo telemático, el tribunal deberá considerar la factibilidad técnica informada por gendarmería para cada caso en particular; este informe deberá ser presentado en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal, y la elaboración del informe puede solicitarse a gendarmería directamente por el fiscal, el defensor o el tribunal en subsidio, durante la etapa de investigación. El informe de factibilidad técnica es un documento elaborado por gendarmería, por el que se informa al tribunal, si se cuenta con las condiciones técnicas adecuadas para monitorear al condenado y/o a la víctima, según se requiera en la solicitud del tribunal, considerando: zonas de inclusión, zonas de exclusión (tratándose de la libertad vigilada intensiva); la duración de la medida; la cobertura del sistema de telecomunicaciones, entre otras. Su finalidad radica en poder dotar de la información necesaria al tribunal para decidir aplicar el monitoreo.¹⁶

En cuanto a la duración del monitoreo, éste se aplicará por un plazo igual al de duración de la libertad vigilada intensiva impuesta por aplicación de la pena mixta, esto es, el saldo que reste para terminar de cumplir la pena primitiva privativa de libertad. Respecto de la orden de aplicación del monitoreo telemático, ésta debe ser expedida por escrito por el tribunal, y conforme al artículo 23 ter, debe contener los siguientes datos:

- a. Identificación del proceso;
- b. Identificación del condenado;
- c. Fecha de inicio y de término de la aplicación del mecanismo de control, y
- d. Todos aquellos datos que el tribunal estime importantes para su correcta aplicación.

En cuanto a la entidad responsable de la administración del dispositivo de monitoreo, el artículo 23 quáter puntualiza que es Gendarmería de Chile aquella institución, sin perjuicio de que ésta pueda contratar servicios externos para estos efectos según lo dispuesto en la ley N° 19.886, de bases

16_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 128.

sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios. En cuanto a los requisitos y características técnicas del sistema, además de los procedimientos para su instalación, administración y retiro, se regulan en el reglamento a que se refiere el artículo 23 octies.

Como la responsabilidad de la administración recae en gendarmería, esto implicó la modificación de su Ley Orgánica. Se creó un nuevo departamento llamado Departamento de Control Telemático, -dependiente de la Subdirección Técnica- el que cuenta con dos secciones. La sección de monitoreo telemático que efectúa el seguimiento telemático del cumplimiento de las condenas impuestas, y es la central de monitoreo en que se recibe la información de todos los dispositivos impuestos a lo largo del país. Y a su turno, la sección técnica y de administración realiza las coordinaciones y gestiones necesarias para el adecuado funcionamiento del monitoreo telemático, sosteniendo la coordinación con la empresa proveedora del servicio y se vincula a materias logísticas. En cuanto al reglamento para la instalación, administración y retiro del sistema, se deben destacar algunos aspectos de relevancia como es que el condenado que queda sujeto al régimen de monitoreo, debe presentarse al respectivo CRS en donde se coordinará la fecha exacta de instalación del dispositivo y se le realizará una charla informativa sobre el funcionamiento del sistema, de cuáles son sus derechos, sus obligaciones y responsabilidades frente al mismo. Para un uso eficiente de los recursos humanos en la administración del sistema, éste reporta tres tipos de advertencias. En primer lugar los avisos, que son aquellas advertencias que dan cuenta de una incidencia técnica que afecte a cualquiera de los componentes del sistema y pueda provocar o provoque el cese del funcionamiento del dispositivo o la pérdida de cobertura del sistema de localización. En segundo lugar, las pre-alarms, que son aquellas advertencias que dan cuenta de que un condenado a libertad vigilada intensiva esté próximo a ingresar a un área de exclusión. Y por último están las alarmas, que son aquellas advertencias que dan cuenta del incumplimiento de alguna de las condiciones señaladas en las letras a), b) y c) del artículo 17 ter.¹⁷ Ante cualquier alarma generada por el sistema, en el seguimiento del cumplimiento de la pena de libertad vigilada intensiva, que suponga un incumplimiento de las condiciones

17_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 132.

impuestas en virtud de las letras a), b) y c) del artículo 17 ter, gendarmería deberá informar inmediatamente a Carabineros de Chile o a la Policía de Investigaciones, a fin de que éstos adopten las medidas correspondientes en conformidad a la ley, y de acuerdo a lo establecido en el protocolo de actuación, elaborado con la participación de representantes del Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Defensoría Penal Pública, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile.

La tecnología que debe aplicarse para el caso de libertad vigilada intensiva por aplicación de la pena mixta debe dar cuenta de todos los movimientos de la persona durante las 24 horas del día, a diferencia de aquella que se utiliza para reclusión parcial. Sin embargo, hasta la fecha de elaboración de este trabajo, y tras un sinnúmero de traspiés sufridos por este sistema, éste sólo está operativo para la aplicación de la reclusión parcial, pues la tecnología GPS que es la requerida para la libertad vigilada intensiva por aplicación de pena mixta aún no se encuentra disponible puesto que el sujeto que porta el brazalete electrónico cada vez que, por ejemplo, entra en un ascensor o a la red de metro, el sistema GPS pierde la cobertura, y en consecuencia no se sabe o no se logra tener certeza si éste, a modo ejemplar, pudo haber ingresado a un área de exclusión, poniendo en serio riesgo la integridad física de la víctima.

Con relación a la implementación del sistema de monitoreo telemático en el caso de la pena mixta, conforme el artículo 8° letra c) de la Ley N° 20.603, éste entrará en vigencia a contar del 27 de diciembre de 2015, y para ello nos remitimos al análisis efectuado a propósito de los problemas de interpretación que se generaron con relación a esta norma de entrada en vigencia diferida.

IV. 2) Algunas Opiniones Doctrinarias Nacionales

El profesor Luis Ortíz Quiroga en su obra "Las Consecuencias Jurídicas del Delito" postula en relación al monitoreo telemático o supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas en la ley, que "esta norma, constituye una absoluta novedad en Chile y su contenido ha sido objeto de censura por constituir un mecanismo de control punitivo atentatorio en contra de la intimidad y la dignidad del condenado".¹⁸ En el mismo texto apunta que "la

18_ ORTÍZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier. "Las Consecuencia

polémica que ha desatado la implementación práctica de estos mecanismos de supervisión y control se funda en la pugna entre la eficacia del sistema punitivo frente a la garantías personales de los condenados. Evidentemente, la utilización de la tecnología en el control del cumplimiento de penas o medidas resulta más eficaz. Sin embargo, es indudable que la sola eficacia del sistema no puede ser el único factor a considerarse, especialmente teniendo presente la evolución sostenida del derecho penal hacia la humanización de las penas. La discusión se encuentra abierta y la puesta en práctica de estos mecanismos tecnológicos puede entregar algunas pautas que permitan tomar partido o rechazar su uso por atentar en contra de garantías tales como la intimidad, el derecho a no ser estigmatizado ni discriminado, la dignidad personal y otros que aparecen comprometidos en el debate".¹⁹

En igual sentido se pronunció el profesor José Luis Guzmán Dalbora ante la comisión de constitución, legislación y justicia de la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional, al señalar que "en cuanto al artículo 23 quinquies, esta norma posibilita que los registros del medio que carga en su cuerpo el condenado puedan ser usados en su contra en caso de ser sospechoso de haber cometido un nuevo delito, lo que constituye una flagrante infracción del principio nemo tenetur se ipsum accusare."²⁰ Y esta idea la reafirma, cuando sostiene que "si el proyecto de 2008 establecía que el sistema de control a distancia debe salvaguardar el respeto a la dignidad, integridad y la vida privada del condenado, las indicaciones -del ejecutivo- no ofrecen las mismas garantías. Por el contrario, posibilitan que los registros del aparato, que aquel carga en su cuerpo, puedan ser empleados en su contra en caso de sospecha de haber cometido un nuevo delito. ¡Vaya uno a saber dónde queda el Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare!. Luego, castigarle como reo de daños por inutilizar el adminículo, es lo mismo que cobrar a un amotinado en la cárcel la frazada que quemó para protestar o acusarle de hurto por el uniforme que vestía al momento de fugarse. Esto, amén de inhumano, raya en la falta de sensatez".²¹

Jurídicas del Delito". Primera Parte, La Teoría de la Pena. Pág. 163.

19_ ORTÍZ QUIROGA, Luis y ARÉVALO CUNICH, Javier. "Las Consecuencia Jurídicas del Delito". Primera Parte, La Teoría de la Pena. Pág. 176.

20_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 82.

21_ GUZMÁN DALBORA, José Luis. "Una Reforma Sin Destino". Derecho Penal, Revista del Abogado. Pág. 26.

La experta Ana María Morales también aporta al debate cuando sostiene que "la introducción de tecnologías como el rastreo satelital ha empujado a algunos autores, a concebir esta aplicación en el ámbito penitenciario, como la construcción de una "celda virtual y móvil", "una prisión sin rejas", o a una versión moderna de los antiguos grilletes con bolas a través de las denominaciones de "Electronic ball and chain",²² haciendo alusión a la "high tech" o alta tecnología utilizada como estrategia para lidiar con los infractores."²³ En cuanto al caso chileno, la misma autora postula que "La regulación contenida en la ley N° 20.603, hace vaticinar la existencia de posibles debates, en relación a eventuales afectaciones al derecho a la intimidad. En ese sentido, resulta llamativo que esta temática no haya sido objeto de debate parlamentario, considerando sus importantes consecuencias, no obstante que se puedan aventurar soluciones similares a la observada en la jurisprudencia comparada, considerando las prerrogativas que le asiste a la judicatura en orden a decretar la pena sustitutiva y, en concreto, la aplicación del monitoreo telemático como mecanismo de control".²⁴

IV. 3) Breve Reseña de la Discusión Legislativa y sus Consecuencias

Ya el acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública celebrado el año 2007 señalaba que dentro de las materias que debía considerar era el establecimiento como medio alternativo del uso del sistema de monitoreo electrónico.²⁵ Así también se destaca en el mensaje presidencial con que se inició el proyecto de ley. Como sabemos, en agosto de 2010 se planteó una reingeniería del sistema, destacando el uso de nuevas tecnologías para controlar el cumplimiento de las penas sustitutivas, utilizando los avances tecnológicos disponibles en la materia, a través de sistemas de radiofrecuencia y GPS, destinados a asegurar el real cumplimiento de las penas, y añade que el monitoreo telemático en el control de la libertad vigilada intensiva se hará, ya sea que se imponga esta pena en la sentencia definitiva o cuando se aplica el régimen de pena mixta.²⁶ El entonces Ministro de Justicia Felipe Bulnes explicó que la mayoría de los recursos comprometidos estará destinado al uso de tecnología electrónica para efectos de configurar una suerte de "cárcel virtual" y al aumento de la cantidad de delegados de libertad vigilada,²⁷ y en todo caso, se tendrá especial cuidado en que la tecnología que se utilizará sea confiable y probada, a fin de garantizar que no tendrá fallas que pongan en riesgo la credibilidad del sistema.

Nadie puede dudar de las buenas intenciones de los organismos colegisladores, pero lo cierto es que el sistema, una vez entrada en vigencia la ley, falló. Titulares como "Gendarmería notifica que tobillera electrónica no está disponible para usarla, y anula contrato a empresa",²⁸ "Corte Suprema, inquieta por atraso de tobillera para controlar reos a distancia",²⁹ "Ministro de Justicia justifica decisión de no usar tobilleras",³⁰ fueron algunos de los

exhibidos a través de los medios de prensa en los cuales se evidenciaba que a pesar de que la ley estaba vigente a partir del 27 de diciembre de 2013, el monitoreo telemático no estaba a la altura de las aspiraciones planteadas respecto de este sistema en la tramitación legislativa de la ley. Patricia Pérez, en calidad de Ministra de Justicia subrogante puntualizó ante el congreso que en el caso de la libertad vigilada intensiva impuesta a través de la pena mixta, lo que se emplea es un brazalete electrónico, que es un dispositivo que se instala en el tobillo de una persona y que permite, a través de un sistema GPS, emitir una señal que es captada y monitoreada en un centro de control, por lo que se puede saber instantáneamente si la persona concurre o no a los lugares que tiene vedados o a los que tiene la obligación de concurrir. El profesor Raúl Tavolari por su parte, reafirmó la necesidad de que se aporten los medios necesarios para impedir que esta reforma se frustre o desacredite, manifestando su preocupación frente a la presión pública que la iniciativa genera, indicando que, debido a sus características, es posible que el mecanismo de monitoreo electrónico, que es una de las bases de este nuevo sistema, presente fallas al principio, pero sostuvo que la necesidad de implementarlo es imperiosa por el actual estado de crisis que afecta al sistema carcelario chileno, que no guarda relación con nuestro estado de desarrollo económico y social.³¹ El senador Alberto Espina destacó que a su juicio, la imposición del brazalete electrónico puede lograr un efecto muy importante en los condenados y sustituir de buena manera la cárcel, pues permite saber a toda hora dónde se encuentra un determinado condenado, lo que de por sí es una fuerte medida de control, por ello planteó la posibilidad de ampliar la aplicación del brazalete a un mayor número de ilícitos, pero el senador Hernán Larraín manifestó que prefería mantener el radio de aplicación de esta medida a lo que hoy se propone, pues ello permitirá probar su utilidad en la práctica y conocer los problemas de implementación que posiblemente surgirán; luego de esa experiencia, podría discutirse una ampliación a otros ilícitos. Javiera Blanco, aunque se mostró partidaria de ampliar en el futuro el catálogo de delitos a los que se aplicará esta medida, indicó que hay antecedentes de expertos internacionales que muestran que el brazalete electrónico no sólo cumple una función como medida

de seguridad, sino también como factor reductor de la reincidencia. Por el Ministerio de Justicia, Sebastián Valenzuela recordó que esta iniciativa contempla un sistema de gradualidad para la implementación del monitoreo electrónico, que se define por la gravedad de los ilícitos involucrados y parte justamente por los más severos, señalando que la experiencia comparada demuestra que la tecnología de monitoreo a distancia no falla, y que el eslabón débil, es la capacidad de reacción del sistema frente a un incumplimiento detectado por parte de Carabineros o Gendarmería de Chile, para detener al condenado que quebranta la condición impuesta o proteger rápidamente a la víctima afectada; la etapa final de implementación del monitoreo es la aplicación de la pena mixta, la que, por sus características, se aplica a un universo mayor de delitos que el contemplado en la letra b) del artículo 15 bis.³² La subsecretaria más adelante explicó que se busca regular de manera específica la imposición del monitoreo telemático en caso que se otorgue al condenado el beneficio de la pena mixta, y en esas circunstancias, la imposición de dicho sistema es obligatoria y la factibilidad técnica es un requisito para que proceda. Julián López propuso modificar la redacción de la norma de forma tal que la factibilidad técnica sea un requisito para conceder el beneficio de la pena mixta.³³ A su turno el diputado Alberto Cardemil manifestó que el proyecto propone crear las condiciones para que siete mil personas que se encuentran en la cárcel cumplan su pena en el medio libre, pero adecuadamente controladas con brazalete electrónico, modalidad utilizada en los países más avanzados del mundo; de esta manera, además, se brindan posibilidades de rehabilitación a los condenados que se acogerán a penas alternativas y se gatillará una solución al hacinamiento monstruoso de muchas cárceles.³⁴ En su intervención el senador Alberto Espina manifestó que entre los aspectos meritorios de este proyecto es la incorporación del llamado "brazalete", pues, en los países donde se aplica bien, esa medida ha tenido un éxito enorme, pues permite ver qué está pasando con las personas a las que se les da la oportunidad de cumplir su pena en libertad, por ser primerizas, por tratarse de

22_ GIBBS, Anita; KING, Denise. "The Electronic Ball and Chain. The Operation and Impact of Home Detention with Electronic Monitoring in New Zealand". The Australian and New Zealand Journal of Criminology, 2003. Págs. 1-17. Citado en MORALES, Ana María. "Vigilancia en la Modernidad Tardía: El Monitoreo Telemático de Infractores". Polít. Crim. Vol. 8, N° 16 (Diciembre 2013), Art. 3, pp. 408-471. www.politicacriminal.cl/vol_08/n_16/Vol8N16A3.pdf. Pág. 457.

23_ MORALES, Ana María. "Vigilancia en la Modernidad Tardía: El Monitoreo Telemático de Infractores". Polít. Crim. Vol. 8, N° 16 (Diciembre 2013), Art. 3, pp. 408-471. www.politicacriminal.cl/vol_08/n_16/Vol8N16A3.pdf. Agrega que "cuando los primeros programas de monitoreo telemático fueron implementados en Estados Unidos, algunos de los argumentos legales esgrimidos para aprobar su utilización, apuntan a que especialmente los condenados a penas como la probation -que constituyen los mayores usuarios de monitoreo electrónico en dicho país-, no gozarían de los mismos derechos que los ciudadanos ordinarios, sino que de "derechos disminuidos" (diminished rights), pudiendo ser objeto de ciertas afectaciones a sus derechos fundamentales". Añade que en el caso de España, algunos autores sostienen que "la instalación de dispositivos de monitorización mediante radiofrecuencia y GPS puede enmarcarse dentro de la norma fundamental, en la medida que el Tribunal Constitucional Español admite ciertas afecciones a la intimidad, si se cumplen determinados requisitos recogidos en la jurisprudencia. Así, para poder ser legítima la afectación a la intimidad, ésta debe preverse legalmente, tener una finalidad legítima, adoptarse de forma motivada por la autoridad judicial o administrativa, habilitada legalmente para ello, y respetar los límites de la proporcionalidad". Pág. 457.

24_ MORALES, Ana María. "Vigilancia en la Modernidad Tardía: El Monitoreo Telemático de Infractores". Polít. Crim. Vol. 8, N° 16 (Diciembre 2013), Art. 3, pp. 408-471. www.politicacriminal.cl/vol_08/n_16/Vol8N16A3.pdf. Págs. 458 y 459.

25_ Fuente www.emol.com/especiales/acuerdodeseguridad/Acuerdo_Seguridad_publica.pdf.

26_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 23.

27_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 69.

28_ Diario El Mercurio de fecha 02 de junio de 2014. Gendarmería envió un oficio al Poder Judicial, Fiscalía Nacional y Defensoría, notificando que no se pida la aplicación del sistema.

29_ Diario El Mercurio de fecha 27 de mayo de 2014.

30_ Diario El Mercurio de fecha 02 de junio de 2014. "El Ministro de Justicia José Antonio Gómez, reiteró ayer la decisión de no colocar en servicio el control telemático para fiscalizar las penas sustitutivas y dijo "Si nosotros ponemos en vigencia este proyecto en las condiciones que está, lo más probable es

que pueda producirse un hecho grave".

31_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 430.

32_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 642.

33_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 698.

34_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 1027.

delitos menores, en fin; además permite realizarle un seguimiento en cuanto al cumplimiento que dan a las políticas de reinserción social, cuyo propósito es sacarlas del mundo de la delincuencia.³⁵

Cabe recordar que cuando este proyecto era tramitado ante el Congreso, era conocido como la “Ley del Brazalete”, donde todo el énfasis y prácticamente las esperanzas de que la ley operara sin inconvenientes se entregaba a este mecanismo de control. Sin embargo, hasta la fecha, éste aún no se encuentra operativo en cuanto a la tecnología utilizada para la pena de libertad vigilada intensiva que se impone por aplicación de la pena mixta.³⁶

V. La audiencia en que se concede o se echa a la aplicación de la pena mixta

Por mandato expreso de los incisos 1º, 4º, 5º y 7º del artículo 33 de la ley N° 18.216, la pena mixta sólo puede ser decretada por el tribunal en una audiencia, a la que citará a todos los intervinientes, examinará los antecedentes, oír a los presentes, y resolverá, y en la misma audiencia, podrá requerir a gendarmería mayores antecedentes respecto de la factibilidad técnica del monitoreo. En caso de que el tribunal no otorgue la interrupción de la pena privativa de libertad, ésta no puede discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde su denegación (en audiencia previa).

Como vemos, prima facie la regulación legal de la pena mixta del Párrafo 2º del Título V de la ley N° 18.216 contempla en principio la realización de dos audiencias. La primera, en la que el tribunal concede o deniega la aplicación de la pena mixta, y la segunda, -en caso de no otorgarse la pena mixta en la primera audiencia- la que no puede volver a realizarse sino hasta transcurridos 6 meses desde la denegación.

Sin embargo, en caso de concederse por parte del tribunal la pena mixta y reemplazar la privación total de libertad del penado por la libertad vigilada intensiva, se contemplan en este caso a lo menos tres tipos de audiencias diversas que se pueden realizar ante el órgano jurisdiccional con diversos objetivos a saber:

- Audiencia de revisión, a lo menos semestral, de la libertad vigilada intensiva. La cantidad de audiencias que pueden realizarse con este objeto va a depender

35_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Páginas 1110.

36_ Al 25 de marzo de 2015.

de la duración de la condena impuesta.

- Audiencia de incumplimiento o quebrantamiento de la libertad vigilada intensiva. Conforme al artículo 25 N° 1 de la ley, 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 -en este caso, la libertad vigilada intensiva-, o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad, no siendo procedente en este caso el reemplazo como ya se ha señalado con anterioridad. En caso de quebrantamiento, procederá por el solo ministerio de la ley su revocación, si durante el cumplimiento el penado comete nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme, al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la ley.
- Audiencia de segunda instancia ante la ltma. Corte de Apelaciones en el evento de presentarse recurso de apelación conforme al artículo 37 de la Ley N° 18.216, en contra de la resolución referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, esto es, la pena mixta.

Como hemos visto en la práctica, también pueden generarse audiencias con motivo de la aplicación de la pena mixta, en el evento de que el tribunal de primera instancia rechace la petición, y en vez de presentar un recurso de apelación, varias defensas han estimado como ilegal y arbitraria la resolución que no ha interrumpido la privación de libertad del condenado, ante lo cual han deducido acciones constitucionales de amparo, las que han sido conocidas por las respectivas Cortes de Apelaciones, para luego pronunciarse respecto de ellas la Excm. Corte Suprema, según ya se ha dado cuenta en este trabajo. Por lo tanto, dependiendo de la vía que utilice una determinada defensa en orden a buscar la obtención de libertad del condenado, va a ser el tipo de audiencias que se pueden generar.

Si bien por un lado los expertos siempre se refieren en esta materia al Juez de Garantía como el competente para conocer acerca de la concesión o denegación de la aplicación de la pena mixta, por otro lado, nos hemos encontrado con casos concretos en que ha sido un Tribunal Oral el que la ha concedido, tal como ocurrió con el Tribunal Oral de Valdivia, o por el contrario, ha sido el Tribunal Oral de Arica el que en otros tantos casos la ha denegado.

En efecto, durante el año 2013 la Defensoría Penal Pública licitó un estudio relativo al “Impacto en la demanda de servicios de defensa penal pública por las modificaciones

hechas a la ley N° 18.216”, el que fue adjudicado y realizado por la Fundación Paz Ciudadana, siendo entregado a la defensoría en el mes de diciembre de 2013, el cual tenía como objetivo general estimar los recursos financieros y humanos que la Defensoría Penal Pública requeriría para la implementación de la ley N° 20.603, y en particular, proyectar la demanda que implicaría la puesta en marcha de esta ley, calcular el aumento de la carga de trabajo para cada defensor penal público al hacerse cargo de las nuevas audiencias, además de proyectar el número de jornadas de defensor que se requerirán para esta ley, y evaluar los posibles modelos de gestión y asignación de causas y audiencias que permitan dar cobertura a todas ellas.³⁷ Con el fin de obtener el tipo y número de audiencias, se utilizó en el estudio, además de un cuestionario Delphi, la “Entrevista Estructurada a Jueces de Garantía” con el fin de obtener el tipo y número de audiencias que se deberá considerar para atender a la población objetivo de la ley N° 20.603.³⁸ La única participación que tuvieron en este estudio sólo dos juezas de tribunal oral fue en cuanto al testeo y validación de los instrumentos de recolección de información, nada más. Por el contrario, se precisa que se realizaron estimaciones con relación a la población objeto de penas sustitutivas y cantidad de audiencias para todos los territorios jurisdiccionales del país, considerando a los Juzgados de Garantía y Juzgados de Letras y Garantía. Sólo a modo ilustrativo vale la pena señalar que para el caso de flujo de audiencias con motivo de las modificaciones que introdujo la ley N° 20.603 a la ley N° 18.216, el estudio arrojó como resultado que para el año 2014 se realizarían un total de 155.870 nuevas audiencias a nivel nacional, para el año 2015 se proyectan 155.107, y para el año 2016 la cifra alcanza las 150.059 audiencias adicionales, por lo que esta investigación recomienda el aumento en la dotación de defensores penales para afrontar este importante aumento de carga laboral, considerando que la capacitación de los defensores en esta materia resulta vital, pues se deben crear las competencias y formación especializada, particularmente en las zonas donde la mayor carga de trabajo lo justifique, esto es, en las regiones de Antofagasta, Valparaíso, Metropolitana y Biobío.³⁹

37_ Fundación Paz Ciudadana. “Impacto en la demanda de servicios de defensa penal pública por las modificaciones hechas a la Ley N° 18.216”. Pág. 4.

38_ Fundación Paz Ciudadana. “Impacto en la demanda de servicios de defensa penal pública por las modificaciones hechas a la Ley N° 18.216”. Pág. 35.

39_ Fundación Paz Ciudadana. “Impacto en la demanda de servicios de defensa penal pública por las modificaciones hechas a la Ley N° 18.216”. Pág. 139.

La competencia del juez de garantía para pronunciarse acerca de la concesión o no de la pena mixta también es afirmada por la experta Ana María Morales, quien señala que “esta norma -pena mixta- debiera operar en momentos tempranos de la ejecución penal, de manera de no traslaparse con la libertad condicional que conforme al numeral 1º del artículo 2º del DL N° 321 puede ser solicitada, salvo excepciones, cumplida la mitad de la condena. Así, en el caso de la nueva regulación, la pena mixta puede ser solicitada habiendo cumplido un tercio de la misma. Además, en este caso, se imponen restricciones respecto de los reincidentes y de la pena en concreto. Por otro lado, también existen diferencias en relación al ente encargado de decidir su otorgamiento, pues en el caso de la pena mixta, corresponde al juez de garantía decidir acerca de su procedencia, en base a los antecedentes proporcionados por Gendarmería de Chile.”⁴⁰ En otro orden de ideas, la concesión de la pena mixta a un condenado preso se plasma en una resolución judicial, la que conforme a lo dispuesto en los incisos 1º, 6º y 8º del artículo 33 de la ley N° 18.216, el tribunal, al conceder la pena mixta, va a interrumpir la privación de libertad del condenado y la reemplazará por la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, dictando al final de la audiencia una resolución que así lo ordene, fijando en la misma resolución el plazo de observación de la libertad vigilada intensiva por un período igual al de duración de la pena que al condenado le reste por cumplir y determinará las condiciones a que éste quedará sujeto de acuerdo a los artículos 17, 17 bis y 17 ter.

La intervención del tribunal en esta materia también fue recogida por la reingeniería de este sistema planteada por la indicación sustitutiva de agosto de 2010, la que advierte que en consonancia con la implementación de nuevas tecnologías para el control del cumplimiento de las sanciones sustitutivas a la reclusión, se establecen deberes de supervisión más intensos para los jueces, especialmente tratándose de personas sujetas a tratamiento de drogas y alcohol.

VI. La libertad vigilada intensiva por aplicación de la pena mixta

El primer y más importante efecto que produce la resolución

40_ MORALES, Ana María. “Vigilancia en la Modernidad Tardía: El Monitoreo Telemático de Infractores”. Polít. Crim. Vol. 8, N° 16 (Diciembre 2013), Art. 3, pp. 408-471. www.politicacriminal.cl/vol_08/n_16/Vol8N16A3.pdf. Pág. 435.

judicial que concede la pena mixta es que el condenado intramuros obtiene la libertad, interrumpiéndose la privación que pesaba sobre él de permanecer internado bajo el régimen carcelario. Pero no es una libertad pura y simple la que obtiene, sino que como bien lo indica el artículo 33 en relación al Título II de la ley N° 18.216, esta es una libertad vigilada intensiva, la que de acuerdo al inciso 2° del artículo 14, consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales. En este caso la libertad vigilada es “intensiva”, lo que se ve reflejado en el trabajo directamente a desarrollar por los delegados y en los seguimientos judiciales a través de audiencias de control de ejecución, conjuntamente con los ámbitos de procedencia de esta pena.⁴¹

El artículo 16 de la ley N° 18.216, postula que al imponer la pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, el tribunal establecerá un plazo de intervención igual al que correspondería cumplir si se aplicara efectivamente la pena privativa o restrictiva de libertad que se sustituye. El delegado que hubiere sido designado para el control de estas penas, deberá proponer al tribunal que hubiere dictado la sentencia, en un plazo máximo de 45 días, un plan de intervención individual, el que deberá comprender la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción social del condenado, tales como la nivelación escolar, la participación en actividades de capacitación o inserción laboral, o de intervención especializada de acuerdo a su perfil. El plan deberá considerar el acceso efectivo del condenado a los servicios y recursos de la red intersectorial, e indicar con claridad los objetivos perseguidos en las actividades programadas y los resultados esperados. El juez, a propuesta del respectivo delegado, podrá ordenar que el condenado sea sometido, en forma previa, a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que parezcan necesarios para efectos de la elaboración del plan de intervención individual. El tal caso, podrá suspenderse el plazo a que se refiere el inciso anterior por un máximo de 60 días. Una vez aprobado judicialmente el plan, el delegado informará al juez acerca de su cumplimiento, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 23 de esta ley. (El inciso primero de este artículo 23 señala que en el

caso de la libertad vigilada intensiva, los delegados deben informar al respectivo tribunal al menos trimestralmente. Agrega el inciso segundo que en todo caso, el tribunal citará a lo menos a una audiencia semestral de revisión de la libertad vigilada intensiva, y después agrega que a estas audiencias deben comparecer el condenado y su defensor y que el ministerio público podrá comparecer cuando lo estime procedente. En cuanto al delegado, el tribunal puede estimar suficiente la entrega del informe, a menos que requiera su comparecencia personal).

El artículo 17 ter señala que en caso de imponerse la libertad vigilada intensiva deberán decretarse, además, una o más de las siguientes condiciones:

- Prohibición de acudir a determinados lugares;
- Prohibición de aproximarse a la víctima o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal o de comunicarse con ellos;
- Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de 8 horas diarias, las que deberán ser continuas, y
- Obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares.

El artículo 17 quáter dice relación con el control del delegado que debe ejercer sobre el condenado a pena de libertad vigilada intensiva, bajo medidas de supervisión aprobadas por el tribunal, las que incluirán la asistencia obligatoria del condenado a encuentros periódicos previamente fijados con el delegado y a programas de intervención psicosocial. En el caso de la libertad vigilada intensiva se señala que el tribunal considerará, especialmente, la periodicidad e intensidad en la aplicación del plan de intervención individualizada.

VI. 1) El plan de intervención individual

Lo que sí cobra relevancia en este punto -si se interrumpe la privación de libertad del condenado por aplicación de la pena mixta y se impone la pena de libertad vigilada intensiva- es el plan de intervención individual que deberá proponer el delegado de libertad vigilada intensiva al tribunal, una vez que se produce el efecto de interrumpir la privación de libertad del penado quedando sujeto a la pena ya señalada. Este plan dará cuenta de las acciones de supervisión e intervención que se ejecutarán con el condenado durante el cumplimiento de la pena.

Para alcanzar los objetivos de la intervención en este caso, existen varios componentes que se traducen en acciones

que el delegado deberá efectuar junto al condenado, de acuerdo a lo que se expone a continuación:

1. Diagnóstico: Corresponde a una evaluación que permita identificar los factores de riesgo criminógenos y la intensidad de la intervención a través de la utilización de instrumentos de evaluación del riesgo, a fin de elaborar el plan de intervención individual del condenado.
2. El plan de intervención individual: Debe contener la frecuencia de contactos entre penado y delegado, el nivel de riesgo obtenido en la evaluación diagnóstica del condenado, los objetivos que se buscan alcanzar para disminuir las necesidades identificadas, el tipo de intervención propuesta y los tiempos esperados para alcanzar los fines.
3. Ejecución y seguimiento del plan de intervención: Una vez aprobado el plan de intervención por el tribunal, el delegado deberá iniciar las acciones propuestas según el riesgo de reincidencia, estableciéndose intervenciones diferenciadas para penados con riesgo de reincidencia bajo, medio o alto.
4. Preparación para el egreso: Corresponde al periodo que se inicia a lo menos 6 meses antes del término de la condena del infractor.
5. Evaluación permanente: Durante todo el proceso de intervención existirá un método de observación de los avances del infractor, ejecutando actividades de aprendizaje, lo cual permitirá evaluar la efectividad de las intervenciones propuestas y los correspondientes avances o retrocesos.⁴²

VI. 2) Supervisión de la libertad vigilada intensiva por aplicación de la pena mixta

Como ya se explicó anteriormente a propósito del análisis de la forma de supervisión de la pena mixta, en el caso de generarse una alarma o una pre-alarma del sistema de monitoreo telemático impuesto al condenado a quien se interrumpió su privación total de libertad y se encuentra sujeto luego a la pena de libertad vigilada intensiva por aplicación de la pena mixta -en los términos en que fueron explicadas las pre-alarmas y alarmas con relación a las distintas advertencias que genera el sistema de monitoreo telemático-, que suponga un incumplimiento de las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b) y c) del

artículo 17 ter, gendarmería deberá informar inmediatamente a Carabineros de Chile o a la Policía de Investigaciones, a fin de que éstos adopten las medidas correspondientes de acuerdo a la ley y al protocolo. Vale reiterar en este punto que, tratándose de incumplimiento de las condiciones de la libertad vigilada intensiva, la central de monitoreo deberá comunicarse con el condenado para tratar de desincentivar el incumplimiento de las condiciones, alertar a la víctima y a funcionarios policiales, para proceder a la detención del condenado, que será puesto a disposición del juez, quien deberá analizar la gravedad del incumplimiento y las consecuencias de ello.⁴³ En virtud de lo anterior es que la ley N° 20.603 en su artículo 3° modificó el Código Procesal Penal en el inciso cuarto del artículo 129 referido a la detención en caso de flagrancia, señalando que la policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto, al que fuere sorprendido infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b) c) y d) del artículo 17 ter de la Ley N° 18.216, y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas. En este caso, el incumplimiento de las condiciones del artículo 17 ter se asimila al resto de las situaciones de detención por flagrancia en que la policía debe detener, en este caso, al condenado incumplidor.

En relación a la información que debe proporcionarse al tribunal, en cuanto a las alarmas que se produzcan durante la supervisión del monitoreo electrónico por aplicación de la libertad vigilada intensiva, de acuerdo al reglamento se debe informar en el plazo de 24 horas, señalando el hecho, día y hora del incumplimiento registrado por la sección de monitoreo telemático. Junto a ello, también se debe informar al jefe del CRS en que el condenado a libertad vigilada intensiva cumple su pena, a fin de que éste informe al respectivo delegado para que éste evalúe el control que se está ejerciendo en el penado.

En el caso de la libertad vigilada intensiva que se imponga en virtud de la pena mixta, como ya se ha señalado con anterioridad, la aplicación del monitoreo telemático es de

41_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 46.

42_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Págs. 60 y 61.

43_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 133.

carácter obligatorio según lo mandado por los artículos 23 bis A y 33 inciso 2º de la Ley 18.216, no siendo procedente la aplicación del artículo 23 quáter inciso final en que se otorga al condenado la posibilidad de solicitar al tribunal a una audiencia para resolver la mantención, modificación o cesación de esta medida, pudiendo el tribunal modificarla o cesarla si han variado las circunstancias que se consideraron al momento de imponer el monitoreo.

Finalmente, conforme al inciso noveno y final del artículo 33, Los condenados que fueren beneficiados con la interrupción de la pena privativa de libertad no podrán acceder al reemplazo de la pena sustitutiva a que se refiere el artículo 32 de esta ley. En consecuencia, en caso de imponerse el régimen de pena mixta, a pesar de que el condenado haya cumplido la mitad del período de observación de la pena de libertad vigilada intensiva, y a pesar de contar con un informe favorable de gendarmería, el tribunal no podrá reemplazar esta pena por una de menor intensidad, cual es la libertad vigilada, por expresa prohibición legal.

VII. Consecuencias en el evento de darse completo cumplimiento a los requerimientos que la ley prescribe

Conforme al inciso 8º del artículo 33, si el penado cumpliera satisfactoriamente la pena de libertad vigilada intensiva, el tribunal lo reconocerá en una resolución fundada, remitiendo el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida y teniéndola por cumplida con el mérito de esta resolución. A su turno el inciso 9º postula que los condenados que fueren beneficiados con la interrupción de la pena privativa de libertad no podrán acceder al reemplazo de la pena sustitutiva a que se refiere el artículo 32 de esta ley.

No obstante ser una de las directrices rectoras de las penas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva el principio de progresividad de la pena y ejecución de la intervención, en virtud del cual, sin perjuicio del tiempo que originalmente se hubiese impuesto en la sentencia, el plazo de ejecución de una pena que conlleva una intervención y apoyo al condenado, debe necesariamente ser factible de ser revisado, pues, dependiendo del éxito del proceso de intervención y del cumplimiento de los objetivos del plan de intervención aprobado judicialmente, puede tornarse inadecuada, excesiva o ineficiente la pena,⁴⁴ y que está

44_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley Nº 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley Nº 20.603. Chile 2013. Pág. 52.

plasmado en la Historia de la Ley al señalar que “tanto la indicación sustitutiva de octubre de 2009 como la de agosto de 2010, coinciden en contemplar un mecanismo progresivo para el cumplimiento de las penas, partiendo por la aplicación de una pena que implique un mayor control y, en la medida en que se aprecie una adecuada reinserción del condenado, sustituir la pena por una que signifique una mayor libertad”;⁴⁵ esta posibilidad está expresamente prohibida respecto de la pena mixta, conforme lo dispuesto por el artículo 33 inciso quinto que señala que en caso de disponerse la interrupción de la pena privativa de libertad, el tribunal fijará el plazo de observación de la libertad vigilada intensiva por un período igual al de duración de la pena que al condenado le restare por cumplir; además, determinará las condiciones a que éste quedará sujeto conforme a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de la Ley Nº 18.216. En consecuencia, es absolutamente improcedente en el caso de la pena mixta la posibilidad de que el tribunal decrete la disminución del tiempo de la libertad vigilada intensiva, el término anticipado de la pena, o incluso su reemplazo por la libertad vigilada conforme a lo dispuesto por el artículo 32 inciso 1º letra a) de la ley Nº 18.216.⁴⁶

VIII. Recursos contra las resoluciones relativas a las penas mixtas

Constando que la concesión o denegación de la pena mixta se plasma en una resolución judicial que emana luego de que el juez, después de un debate público y adversarial entre los intervinientes de la audiencia, decide si otorga o no la libertad vigilada intensiva al condenado privado de libertad. Al tratarse de una resolución judicial, pueden recurrir en contra de ella el ministerio público y los demás intervinientes agraviados, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley. Esta resolución judicial que se ataca a través de la interposición del respectivo recurso, es de carácter oral -que normalmente

45_ Historia de la Ley Nº 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 51.

46_ Artículo 32 inciso 1º letra a), Ley Nº 18.216. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 de esta ley, 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 conforme a lo siguiente: a) En caso que la pena sustitutiva que se encontrare cumpliendo el condenado fuere la libertad vigilada intensiva, podrá sustituirla por la libertad vigilada. (El artículo 25 a que alude la norma dice relación con las consecuencias que se impondrán en caso de incumplimiento del régimen de ejecución de las penas sustitutivas de que trata esta ley, y distingue entre incumplimiento grave o reiterado, y otros incumplimientos injustificados).

se transcribe para analizarla y determinar cuál recurso es el más idóneo para intentar modificarla- y de la cual se levanta un acta de lo resuelto en la audiencia.

A continuación, pasaremos revista de los recursos que pueden impetrarse frente a las resoluciones que se pronuncian acerca de las penas mixtas:

1. **Recurso de reposición:** Como ya hemos señalado, la discusión acerca de la concesión o no de la pena mixta para un condenado se ventila en una audiencia judicial especialmente destinada a este efecto, sólo procediendo este recurso conforme a la disposición del artículo 363 del Código Procesal Penal, esto es, frente a resoluciones pronunciadas en medio de una audiencia oral, debiendo promoverse su discusión tan pronto se pronuncie la resolución y sólo será admisible si no hubiere mediado debate. Se tramitará verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciará el fallo. En este caso, creemos que no procede la reposición como recurso frente a las penas mixtas, no solo porque no está así contemplado en la ley Nº 18.216, sino porque además, el juez para pronunciarse necesariamente ha debido dirigir el debate que se hubiere suscitado, ya sea con ocasión del cumplimiento de los requisitos de procedencia de las penas mixtas por parte del condenado, por la opinión técnica plasmada en el informe de gendarmería, por la factibilidad técnica del monitoreo telemático, entre otros.
2. **Recurso de apelación:** De acuerdo a las reglas generales, el recurso de apelación es el acto jurídico procesal del interviniente agraviado con la dictación de una resolución judicial, por medio del cual solicita al tribunal que la dictó que eleve el conocimiento del asunto al tribunal superior jerárquico, con el objeto de que éste la enmiende con arreglo a derecho, en los casos expresamente previstos en la ley. Siendo el agravio causa de legitimación para deducir cualquier recurso, son por ello titulares para deducir apelación el ministerio público y el interviniente agraviado por la resolución judicial de acuerdo al artículo 352 del Código Procesal Penal, debiendo deducirse por escrito, conteniendo los fundamentos y las peticiones concretas que se formulan al tribunal de alzada, para que éste, acogiendo el recurso, proceda a reparar el agravio causado al recurrente por la resolución impugnada según el artículo 367 del mismo código. Conforme lo dispuesto en el artículo 37 inciso 1º, primera parte, de

la ley Nº 18.216, la decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales. Esto es, la apelación está expresamente establecida como la forma más importante de impugnación de la resolución que concede o rechaza la petición de interrupción de la privación de libertad del condenado, dado que la propia ley en comento la contempla expresamente a diferencia de cualquier otro recurso con relación a las penas mixtas. Cumpliéndose con los requisitos generales, debe entablarse dentro del plazo de cinco días siguientes a la notificación de la resolución impugnada y se concede en el solo efecto devolutivo. No vemos inconveniente, a pesar de que la ley Nº 18.216 no lo señala, en la interposición de un recurso de hecho dentro de tercero día, si se dan los presupuestos de haberse denegado el recurso de apelación, concedido siendo improcedente u otorgado con efectos no ajustados a derecho, y ahí deducirlo ante el tribunal de alzada, con el fin de que resuelva si hubiere lugar o no al recurso y cuáles debieren ser sus efectos, según el artículo 369 del Código Procesal Penal.

3. **Recurso de nulidad.** Dadas las características generales de este medio de impugnación, y lo expresamente dispuesto en el artículo 37 de la ley Nº 18.216, es improcedente la interposición de este recurso en contra de la resolución que concede o deniega la pena mixta. Según el artículo 372 del Código Procesal Penal, éste recurso se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, por las causales expresamente señaladas en la ley. Debe interponerse por escrito dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que hubiere conocido del juicio oral. En definitiva, esta herramienta jurídica opera en una etapa ex ante al suceso fáctico necesario para determinar la utilización o no del mecanismo de la pena mixta, pues esta supone la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada en fase de cumplimiento con el sujeto privado de libertad en la cárcel. Luego, la regulación que postula del recurso de nulidad el artículo 37 de la ley Nº 18.216 también supone la impugnación de una

sentencia definitiva, pero para atacar ya no la pena mixta sino que solamente la imposición de una pena sustitutiva en la sentencia y para ello debe interponerse conjuntamente con la nulidad, el respectivo recurso de apelación.

4. **Recurso de revisión.** Dadas las características especiales que tiene la revisión de las sentencias firmes de acuerdo a los artículos 473 y siguientes del Código Procesal Penal, no vemos razón alguna para que un condenado que se encuentre en alguno de los casos por los cuales es procedente este recurso, lo intente ante la Corte Suprema. Éste medio de impugnación va por cuerda separada frente a las penas mixtas, no se excluyen mutuamente, por lo que no se ve inconveniente en que un condenado a quien no se le interrumpió la privación de libertad, interponga un recurso de revisión, aunque lógicamente lo óptimo es que si un condenado privado de libertad se encuentra en cualquiera de las hipótesis del artículo 473 ya indicado, interponga sin más trámite dicho recurso, sin esperar cumplir con las exigencias que requiere el artículo 33 de la ley N° 18.216.

5. **Recurso de amparo.** Si bien la ley N° 18.216 no regula expresamente esta acción constitucional con el objeto de recurrir contra las resoluciones que nieguen lugar a la interrupción de la privación de libertad del condenado, lo cierto es que sí fue utilizada con el objeto de impugnar resoluciones de este carácter tal como ya se ha señalado en otro apartado de este trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política. Las defensas de los respectivos condenados interpusieron este recurso, alegando ante las respectivas Cortes de Apelaciones que el tribunal de primera instancia al no haber otorgado la pena mixta, y en consecuencia, mantener privado de libertad al condenado, dicha resolución se transforma en un acto ilegal y arbitrario, susceptible de ser recurrido por este medio. Sin embargo, en los casos analizados en este trabajo, pudimos constatar que las respectivas cortes no hicieron eco de estas alegaciones y mantuvieron la privación de libertad de los penados, confirmando con ello las resoluciones del tribunal a quo. También ya se analizó el hecho de que frente a estas resoluciones de alzada las respectivas defensas dedujeron recursos de apelación para ser conocidos por la Excm. Corte Suprema, la que en todos los casos de que dimos cuenta señaló, “vistos, se confirma”.

IX. Ambito de aplicación de las penas mixtas

Cuando nos referimos al ámbito de aplicación de las Penas Mixtas, pretendemos señalar bajo qué circunstancias y en qué situaciones opera este mecanismo como una de las posibilidades de egreso anticipado al cumplimiento normal de una pena privativa de libertad por parte de un condenado. Para ello, creemos necesario determinar en primer término, cuál es el grupo objetivo de personas que pueden optar a este mecanismo, analizando los requisitos que el artículo 33 de la ley N° 20.603 exige para que se conceda la libertad vigilada intensiva, precisando en segundo lugar, aquellos delitos que quedan excluidos de la aplicación de esta modalidad. “Se trata por lo tanto, de la posibilidad de aplicar la libertad vigilada intensiva a personas que, a diferencia de todo el resto de posibilidades de aplicación de penas sustitutivas, provienen de establecimientos penales y por ende, con carencias relativas a la mayor vinculación con redes familiares, sociales y laborales”.⁴⁷

IX. 1) Personas a quienes se aplica

Como ya hemos expresado en acápites anteriores, el mensaje original del gobierno, señalaba que las aún llamadas medidas alternativas⁴⁸ se dirigían para un tipo de delincuencia menor que estaría sujeta a mayores y mejores formas de control en su ejecución para que el beneficiado por ellas cumpliera satisfactoriamente la sanción impuesta. La prevención especial positiva como fin de estas “medidas” fue la tesis dominante y expresiones como reinserción y rehabilitación dirigieron el propósito que buscaba esta iniciativa. En octubre de 2009 el gobierno profundiza ese discurso a través de la indicación sustitutiva total⁴⁹ debutando el concepto de penas sustitutivas y las llamadas penas mixtas.

Tras el cambio de signo político del ejecutivo, sus nuevas autoridades rediseñan el proyecto, y luego de cinco meses en ejercicio, en agosto de 2010, presentan otra indicación

47_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 126.

48_ Como ya se señaló en la Historia de la Ley, el concepto de penas sustitutivas fue introducido a través de la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo del 13 octubre de 2009, mismo que introduce las penas mixtas como artículo 35 en esa época.

49_ N° 1337-357 (Boletín 5838-07) Suscrito por la Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, Ministro del Interior Edmundo Pérez Yoma, Ministro de Justicia, Carlos Maldonado Curti y Ministro de Hacienda Andrés Velasco Brañas.

sustitutiva⁵⁰ al parlamento, criticando duramente las “medidas alternativas” y el escaso control existente para las mismas. El gobierno del ex presidente Sebastián Piñera lo que buscaba era robustecer el sistema de alternativas a la prisión cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y dar protección a las víctimas. Tras el incendio de la cárcel de San Miguel en diciembre de 2010, el discurso político criminal varió y se centró en la descongestión de las cárceles. “Esta modificación legal pretende entrar al área de la ejecución penal y busca sacar gente de la cárcel para aplicarle medidas de resocialización en el medio libre, puesto que para los expertos promotores de esta ley, medidas como ésta tienen mejor efecto que la llamada “Mano Dura”.⁵¹ Los objetivos iniciales de atacar la delincuencia menor y primeriza para evitar la reincidencia delictual, fueron en parte desplazados a través de ciertas modificaciones a las penas mixtas en busca de una fórmula para solucionar el hacinamiento carcelario. En este punto, Ana María Morales manifestó ante el Senado que “si el propósito es descongestionar las cárceles, podría estudiarse la ampliación de las hipótesis de procedencia de la pena mixta para efectos de aplicar a estos nuevos beneficiados el brazalete electrónico, ya que ello podría tener efectos en cuanto a la sobrepoblación penal y favorecer al resto de la ciudadanía con un método de control de los condenados liberados.”⁵²

Esta variación de los objetivos político criminales motivó que entre las reformas legales que tuvieron las penas mixtas durante su tramitación legislativa, se ampliara el abanico de potenciales beneficiados por éstas. Ya no sólo el grupo objetivo al que se apuntaba sería el de los “delincuentes primerizos”, o sea, aquellos que por primera vez habían entrado en contacto con el sistema carcelario como lo señala el magistrado Sáez, sino que se sumaban a éste los “delincuentes reincidentes con penas prescritas”, es decir, sujetos que, sin importar el número y tipo de condenas anteriores que registraran en su extracto de filiación y antecedentes, si habían transcurrido 5 años tratándose de simples delitos o 10 años si son crímenes, contándose desde

50_ N° 151-358. Suscrita por el Presidente de la República Sebastián Piñera Echenique, el Ministro del Interior Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Ministro de Hacienda Felipe Larraín Bascuñán y el Ministro de Justicia Felipe Bulnes Serrano.

51_ Entrevista a Ana María Morales Peillard, Directora del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana, -Magíster en Política Criminal, Londres, Inglaterra- realizada el 10 de abril de 2014.

52_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Página 641.

que la condena anterior se encuentre cumplida, también sería viable la aplicación de las penas mixtas para ellos. O sea, se mezclan primerizos con cierto tipo de reincidentes y el grupo de eventuales candidatos a pena mixta sería en consecuencia bastante superior.

Frente a la frase “condenas cumplidas”, en su sentido natural y obvio, recurriendo a la Real Academia Española, ésta no se encuentra definida conjuntamente, por lo que es menester analizar por separado cada término, entendiendo por condena, la acción o efecto de condenar, y por este último, “dicho de un juez, pronunciamiento de una sentencia imponiendo al reo una pena”, entre otras acepciones como “forzar a alguien a hacer algo penoso” o “reprobar una doctrina, unos hechos, una conducta, etc., que se tienen por malos y perniciosos”; luego por cumplidas, se entiende “lleno, cabal, acabado perfecto, dicho de una cosa larga o abundante”. En consecuencia, podemos entender que “condenas cumplidas” significa aquellas penas que han sido impuestas a un sujeto en virtud de un pronunciamiento judicial, y que han sido cabalmente terminadas por el infractor, esto es, cuando el condenado ha culminado el proceso de pagar a la sociedad por el hecho ilícito que ha cometido. Es así como el texto primitivo del artículo 35 del proyecto en el que se introducen las penas mixtas exigía “que al momento de interrumpirse la pena privativa de libertad, el penado no registre otra condena por crimen o simple delito”, para luego, tras la modificación de la letra b) del inciso 1° del artículo 33 de la nueva Ley N° 18.216, se agregue a continuación la frase “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”, que a su vez remite a ambos numerales del artículo 15, siendo en el primero de ellos parte final el que en concreto expresa que “en todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recae la nueva condena”.

Bastante se discutió la redacción de esta norma en el Congreso, sobre todo en el Senado, pues desde el artículo 33 se envía al artículo 15 bis inciso segundo, y éste último al N° 1 del artículo 15 (todos del texto actual de la Ley N° 18.216). De hecho, tanto la abogada Ana María Morales como la senadora Soledad Alvear instaron para que esta norma de prescripción de 5 y 10 años quedara estipulada dentro del artículo 33, pero lo cierto es que estas alegaciones no encontraron mayor eco y finalmente la norma quedó expresada de la manera antes descrita.⁵³

53_ Con fecha 18 de julio de 2011, se presentan una serie de indicaciones tanto del ejecutivo como de los senadores. En relación a las penas mixtas, pro-

Ahora bien, una cosa es que el plazo de prescripción de 5 y 10 años respecto de simples delitos y crímenes se cuente desde que la condena impuesta -y que está registrada en el extracto de filiación y antecedentes del penado- se encuentre cumplida, para que no se pueda considerar para efectos de la reincidencia como circunstancia agravante como el caso del artículo 12 N°s 15 y 16 del Código Penal, y otra bien distinta son las situaciones en que el sujeto puede o no eliminar sus antecedentes penales del extracto, lo que repercute en otra institución distinta que es la irreprochable conducta anterior del artículo 11 N° 6 del Código Penal. Frente a esta segunda situación, el efecto se produce y el sujeto recobra la irreprochable conducta si logra borrar del registro la condena impuesta; en caso contrario, no. En cuanto a las formas de eliminación de la anotación prontuarial, conforme a lo dispuesto en el Decreto Ley N° 409, artículo 1°, “toda persona que haya sufrido cualquier clase de condena y reúna las condiciones que señala esta ley, tendrá derecho después de 2 años de haber cumplido su pena, si es primera condena, y de 5 años, si ha sido condenado dos o más veces, a que por decreto supremo, de carácter confidencial, se le considere como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos y se le indulten todas las penas accesorias a que estuviere condenado.” A su turno, el Decreto Supremo N° 64 otorga la posibilidad de eliminar los antecedentes penales mediante un trámite a realizar ante el Servicio de Registro Civil e Identificación, siempre que el interesado tenga la pena cumplida y las multas pagadas, las que deben estar registradas en el prontuario, haber transcurrido 5 años como mínimo de la fecha de cumplida la condena, registrar condena por una sola causa y la pena impuesta no puede ser superior a 3 años. Tan importante resulta la eliminación de los antecedentes penales que incluso el artículo 6° del decreto ley N° 409 plantea que “queda prohibido expedir certificados en que conste que personas agraciadas con el beneficio que otorga esta ley en su artículo 1° han sufrido la condena o condenas cuyos efectos han sido suprimidos de acuerdo con sus disposiciones. Los infractores, como asimismo, las personas que den esta clase de informaciones, las divulguen o las expresen en cualquier forma, serán juzgados de acuerdo

con las disposiciones legales en vigencia, y a petición de la parte ofendida, como autores de injuria grave.”

En las consideraciones que se tienen en vista en la dictación del decreto ley N° 409, de 1932, se indica “que como medio para levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión”. Este mismo fundamento podemos encontrar en la norma del artículo 38 de la ley N° 18.216, que señala que “la imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria. El tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto. Para los efectos previstos precedentemente no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente 10 o 5 años antes de la comisión del nuevo ilícito. El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1° de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso 1°, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedente prontuariales. el tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación. Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.”

Como forma de egreso anticipado de la cárcel con sólo un tercio de la pena cumplida, y habiéndose aumentado el número de eventuales beneficiados por las penas mixtas, éstas se miraron con muy buenos ojos con el objeto de descomprimir las cárceles y además, por los efectos que podrían producirse en términos de reducción de la reincidencia, pues estudios recientes han demostrado que quienes más reinciden son los que tienen un cumplimiento total de la condena preso, lo que es llamado el sistema cerrado, y luego en menor medida quienes han sido

condenados pero a su vez beneficiados por una medida alternativa, esto es, cumpliendo condena en el sistema abierto.

En este último punto, es dable destacar los resultados del estudio efectuado por la Fundación Paz Ciudadana junto con la Universidad Adolfo Ibáñez, el que tuvo por objetivo principal determinar la reincidencia del sistema penitenciario chileno, tanto en el sistema cerrado como en el abierto. Respecto del primero -condenados que reinciden luego de obtener la libertad- dicho estudio empíricamente comprueba que “el 50,5% de los condenados egresados presenta, al menos, un nuevo ingreso a la cárcel por una nueva condena durante su seguimiento y el 71,2% presenta un nuevo contacto con el sistema de enjuiciamiento criminal a través de nuevas formalizaciones o requerimientos. En otras palabras, 5 de cada 10 condenados egresados reingresan a régimen cerrado por una nueva condena, tardando, en promedio, 336 días en reincidir”, agregando que “uno de los predictores más fuertes de la reincidencia judicial pareciera ser la conducta criminal de las personas previa a la condena de análisis. En efecto, nuestra evidencia muestra que, en general, los egresados que cuentan con pasos previos por la cárcel debido a alguna condena anterior presentan una mayor reincidencia durante su seguimiento”.⁵⁴ Por su parte, respecto del sistema abierto -condenados que ingresaron a una medida alternativa para cumplir su pena en libertad-, el señalado estudio revela que “de acuerdo a las cifras encontradas, el 27,7% de las personas que ingresó a medio abierto durante el año 2007, reincidió durante su periodo de seguimiento de 36 meses. Sin embargo, no todos los reincidentes debieron cumplir su posterior condena privados de libertad. En otras palabras, del total de la población reincidente, sólo el 55,5% tuvo que cumplir su pena en la cárcel, mientras que el 44,5% restante, si bien reincidió, fue condenado a una nueva medida alternativa.”⁵⁵

En consecuencia, el objetivo de evitación de la reincidencia delictual plasmado en la indicación sustitutiva de agosto de 2010 dirigido en principio para controlar la delincuencia primeriza, se vería afectado por esta norma de prescripción, puesto que la evidencia empírica demuestra que los condenados que ya estuvieron tras las rejas y que

han recobrado su libertad, reinciden en mucho mayor proporción y vuelven a ingresar a la cárcel (55,5%) que aquellos condenados que no han ingresado al encierro y han cumplido su pena en el medio libre, pues éstos serían el 27,7% del total.

En razón de lo anterior, es que a pesar de que la pena mixta haya sido bien considerada para reducir el hacinamiento penitenciario, creemos razonable analizar con detención y con datos duros que sólo su puesta en práctica podrá arrojar, si efectivamente este mecanismo innovador tendrá efectos positivos, puesto que entre los destinatarios de su aplicación se encuentran este tipo de sujetos que ya han sido encarcelados con antelación, pero respecto de quienes ha operado la norma de prescripción ya indicada, plazo que debe contarse desde que la anterior condena que el sujeto tenía está cumplida, por expreso mandato legal.

A pesar de este mandato de prescripción que se repite exactamente en los mismos términos ya señalados a lo largo del articulado de la ley N° 18.216, en los artículos 1° inciso final, 4°, 8°, 15, 15 bis, 33 y 38, en que siempre se exige que las condenas anteriores que pueda tener el condenado se encuentren cumplidas, 10 o 5 años antes de la comisión del nuevo ilícito, podemos en este punto dar cuenta de una interpretación diversa al texto de la ley por parte de la Iltma. Corte de Apelaciones de La Serena en causa Rol Corte N° 70-2013,⁵⁶ de fecha 09 de abril de 2013 -esto es, estando publicada la ley N° 20.603 pero no vigente conforme al artículo 8° pues no se había aún publicado el reglamento de la ley N° 18.216-, en que conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, puesto que el juez de garantía de dicha ciudad concedió la pena sustitutiva de remisión condicional al condenado por delito de robo en lugar habitado, sin contar el plazo de la condena anterior desde que esta fue cumplida por éste, sino que desde que ésta se encuentra ejecutoriada, ratificando la Iltma. Corte dicha decisión. En los hechos, el condenado registraba una pena anterior impuesta por sentencia condenatoria de fecha 23 de octubre de 2007 (como autor de porte ilegal de arma de fuego), la cual fue cumplida -según el CRS- el 26 de agosto de 2009, de modo que a la época de la comisión del nuevo hecho ilícito, que se verificó el 19 de diciembre de 2012, no alcanza la extensión temporal exigida por la ley. La corte repara que en este punto hay un problema de interpretación como lo indica en el considerando tercero al señalar “que en consecuencia la decisión sobre el punto estriba en definitiva en la interpretación del precepto

54_ http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf. Pág. 174.

55_ http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf. Pág. 175.

56_ RIT O-5430-2012 del Juzgado de Garantía de La Serena

ponen junto al ejecutivo en el inciso primero letra b) del entonces artículo 34 (que regulaba las penas mixtas), reemplazar la expresión “15 bis” por “15 N° 1”, y la Senadora Alvear instó por reemplazar la frase “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis” por “en todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito”.

respectivo, en orden a entender cuál es el exacto día de inicio del plazo de 5 años de la condena pretérita para efectos de su cómputo, con el fin de despejar la duda si concurre o no el requisito de la letra b) del artículo 4° de la ley precitada. El problema interpretativo existe, pues el precepto en cuestión se expresa en una ambigua redacción normativa, cuando refiere que «no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito», sin añadir ninguna precisión adicional para el cálculo temporal previsto, en orden a si a ese propósito ha de estarse al momento de la condena o al momento del cumplimiento cabal de la pena impuesta en la condena precedente”. El considerando cuarto del fallo agrega en lo pertinente que “sin embargo, que el legislador establezca este requisito de procedencia para atemperar la regla general no significa que el transcurso del plazo de cinco o diez años deba contarse desde el cumplimiento de la condena. La forma correcta de interpretar el precepto en cuestión (nuevo artículo 4° de la Ley 18216) se basa en entender que si se verifica el requisito de procedencia del cumplimiento de la pena, ha de computarse el transcurso del plazo desde la condena firme y no desde el cumplimiento, puesto que esta es la forma de hacer realmente viable la aplicación de estas penas sustitutivas y no convertirlas en algo excesivamente excepcional. En otro caso los plazos por sí mismos constituirían un rigor temporal extraordinario, y la norma vendría a ser exactamente la equivalente a la que se contempla en el decreto supremo N° 64 del Ministerio de Justicia para la eliminación de antecedentes prontuarios, de 1960, que en su artículo 8 letra g) contempla claramente la regla de que el plazo de cinco o diez años se computa desde el cumplimiento de la condena, y no desde la condena. Si el legislador hubiese querido establecer la misma regla en el caso de la ley N° 18.216 se habría servido de la misma fórmula normativa precisa.” En el considerando quinto profundiza en la materia indicando que “aun cuando no se ha esgrimido por ninguna de las partes en el presente recurso, aun es posible consignar una tercera interpretación jurídica en competencia con las precedentes, como es que el cómputo del plazo deba seguir una regla análoga a aquella contemplada en el artículo 104 del Código Penal, denominada por la doctrina como la «prescripción de la reincidencia», que señala que las condenas previas no se tendrán en cuenta para efectos de declarar la concurrencia de las agravantes N° 15 y N° 16 del artículo 12 del Código Penal, cuando hayan transcurrido 10 años (en caso de crimen) o cinco años (en caso de delito), contados desde

la fecha que tuvo lugar el hecho correspondiente. En la sexta consideración del fallo la corte expresa “que de conformidad a lo indicado precedentemente se debe excluir tanto la interpretación que sostiene que el cómputo del plazo del artículo 4° de la Ley 18.216 deba iniciarse con el cumplimiento de la condena, como aquella que defiende que este deba seguir la misma regla del artículo 104 del Código Penal, y remontarse el dies a quo a la época de la comisión del hecho precedente, con lo cual esta corte estima que la interpretación jurídica correcta consiste en entender que el término comienza a correr con la firmeza de la condena precedente, tal como ya ha sido establecido.”⁵⁷

Replicando exactamente los mismos argumentos de la Corte de La Serena, e incluso citándola, se pronunció la ltima. Corte de Apelaciones de Concepción, en causa Rol ingreso N° 189-2014, con fecha 04 de abril de 2014, en que, conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la defensa en un caso de microtráfico de drogas del artículo 4° de la ley N° 20.000, cometido el 12 y 16 de agosto de 2013, el Juez de Garantía no otorgó la pena sustituta de remisión condicional al sentenciado, puesto que éste había sido previamente condenado por delito de tráfico de drogas a la pena de 10 años y 1 día de presidio mayor en su grado medio con fecha 25 de noviembre de 2003, la que figura cumplida el 24 de agosto de 2012. La defensa sostuvo que en cuanto a la forma de cómputo del plazo de 10 años de la condena anterior, éste se cuenta desde que la sentencia de condena se encuentra firme, y no con el cumplimiento cabal de la pena impuesta. En este caso incluso, la corte de Concepción no sólo estimó que el plazo de 10 años debe contarse desde que la sentencia anterior se encuentra firme, sino que además, revoca la sentencia de primera instancia a pesar de la disposición del artículo 1° inciso tercero de la ley N° 18.216, que en relación a este tipo de delitos impide conceder alguna pena sustitutiva a los condenados con anterioridad por crímenes o simples delitos contemplados en la ley N° 20.000, mediante sentencia firme, hayan cumplido o no efectivamente la condena, cuyo es el caso (con la excepción

57_ Agrega luego en este considerando que “En consecuencia el juez de primera instancia ha procedido correctamente, al constatar que concurriendo en la especie la circunstancia de existir una condena cumplida previa, la cual quedó ejecutoriada con fecha 29 de octubre de 2007, había transcurrido el término legal referido, contado desde aquel momento hasta la comisión del nuevo ilícito, acaecido el 19 de diciembre de 2012, de modo que este requisito legal concurría en la especie, pudiendo ponderarse y aplicarse en este caso la pena sustitutiva de remisión condicional, como hizo en definitiva el juzgador”.

de quienes hayan sido beneficiados por la atenuante del artículo 22 de esta ley). La Corte indicó que “efectivamente existe un problema interpretativo, toda vez que la norma tiene una redacción ambigua, cuando indica que “no se considerarán para estos efectos, las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito”, sin añadir precisión alguna para el cálculo temporal, de tal manera que se deba considerar como inicio del cómputo el momento de la condena o aquel de cumplimiento cabal de la pena impuesta en la condena precedente (en este sentido se comparte con lo razonado y decidido en sentencia de nueve de abril de dos mil trece dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena, Rol N° 70-2013)”. No se expresarán en detalle las consideraciones de la Corte de Concepción pues repite el mismo análisis efectuado por la Corte de La Serena. Sin embargo, agrega en su sexta consideración que “para el caso sub lite, el condenado presenta una condena anterior, la que presenta una fecha de firmeza y ejecutoriedad que excede los diez años del artículo cuarto letra b) de la ley 18.216, por lo que no debe ser considerada para negar la concesión de la remisión condicional. Además, la norma del artículo primero inciso final de la ley 18.216, es de carácter general y limitativa, para la consideración de sentencias anteriores, toda vez que establece claramente que para los efectos de la ley no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito”. En su considerando séptimo hace referencia a la historia de la ley N° 20.603 para fundamentar su decisión, y en el octavo, a las normas de la Constitución Política, al artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, a la Convención Americana de Derechos Humanos y al artículo 7° del Código Procesal Penal.⁵⁸

58_ 7.- “La interpretación de esta corte, es coherente además si se examina la historia de la ley. Es un hecho cierto que la ley veinte mil seiscientos tres, que vino a modificar la ley dieciocho mil doscientos dieciséis, tuvo importantes motivaciones que se explican en el mensaje enviado por S.E. la Presidenta de la República doña Michelle Bachelet Jeria a la Honorable Cámara de Diputados el 31 de marzo de 2008, con el que se inicia el proyecto de ley tendiente a modificar la ley N° 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad, el que da cuenta de un acuerdo político legislativo en torno a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas de manera tal que ella logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión, pero simultáneamente constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal. Agrega el mensaje, que en este entendido, las modificaciones que se proponen van en la dirección que el ejecutivo entiende correcta, pues, conservan el carácter de las penas sustitutas tal y como son entendidas no sólo en Chile, sino también en los sistemas comparados, esto es, una oportunidad para una delincuencia menor; pero establece una serie de medidas a

Llama particularmente la atención que la Corte en su fallo no se refiere a la limitación para la procedencia de las penas sustitutivas en el caso de que el penado registre en su extracto una condena anterior por tráfico de drogas, lo que hace improcedente la aplicación de cualquier pena sustituta según el inciso 3° del artículo 1°,

través de las cuales se espera lograr que las medidas alternativas cumplan su objetivo final, introduciendo mecanismos de control más eficientes que impidan frustrar sus fines. El razonamiento anteriormente citado, es coincidente con la intervención de numerosas autoridades de la República, durante la tramitación del proyecto. Así por ejemplo, el Señor Ministro de Justicia don Felipe Bulnes Serrano, señaló que era voluntad del ejecutivo reemplazar la noción de medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad por la de penas sustitutivas. En este sentido, explicó que se estima de vital importancia, en lo tocante a la política criminal y carcelaria de nuestro país, instalar un sistema de penas que puedan cumplirse fuera de los recintos penitenciarios y que adquieran un rol protagónico. La tasa de hacinamiento carcelario es extraordinariamente alta por estos días y ubica a Chile en un lugar prominente en un ranking que no debe enorgullecernos. El índice de sobrepoblación penal a nivel nacional alcanza en promedio al 70%, de modo que en un lugar donde caben 100 personas conviven 170. (Informe de la Comisión de Constitución Legislación y Justicia recaído en el proyecto que modifica la ley N° 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad, boletín 5838-07 de la Cámara de Diputados, 05 de abril de 2011, Cuenta en Sesión 12. Legislatura 359)

8.- “Además no es posible olvidar que en nuestro Estado de Derecho, la prisión es una pena que debe ser aplicada en sentido estricto, de la misma forma como se consagra en el artículo 5° del Código Procesal Penal, que incluso prohíbe la aplicación por analogía de las medidas privativas y restrictivas de libertad. Así por lo demás se desprende de la Constitución Política de la República que en su artículo 19 N° 7 letra b) luego de asegurar a todas las personas el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual, señala en la letra b) que nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes. Esta norma está en concordancia con los Tratados Internacionales ratificados por Chile, aplicables por el texto del Art. 5 de la misma Constitución que señala que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En esta línea de razonamiento, el artículo 9 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. En similar sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos, también denominado “Pacto de San José de Costa Rica”, en el artículo 7 que consagra el derecho a la libertad personal, señala en el número 2 que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. En el orden interno, tampoco es posible ignorar la norma contenida en el Artículo 7° del Código Procesal Penal, que relativo a la calidad de imputado señala que las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible, desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”

y en consecuencia, al no poder aplicarse ninguna pena sustitutiva en este evento, tampoco podría aplicarse la pena mixta dado que ella implica necesariamente la imposición de la libertad vigilada intensiva que tiene este carácter. Si bien las resoluciones de las lltmas. cortes no están referidas a las penas mixtas, sí resulta relevante en la medida que la norma de prescripción analizada se aplica para el caso de éstas como ya hemos expresado, y llama bastante la atención puesto que en ambos fallos las cortes afirman que el plazo se cuenta desde que la sentencia anterior en que se impuso la condena está firme o ejecutoriada, cosa que el texto de la nueva ley N° 18.216 no señala en ninguna parte, sino que más bien la norma claramente expresa que “en todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas 10 o 5 años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recae la nueva condena”, y a diferencia del razonamiento de los tribunales de alzada, creemos que la norma en cuestión no admite tres interpretaciones diversas como hace notar particularmente la Corte de La Serena, sino que si aplicamos las normas de interpretación de la ley, nos parece que conforme al artículo 19 del Código Civil, el sentido de la norma es claro porque exige en su propio texto que la condena anterior esté “cumplida”, y esta última expresión se debe tomar según su sentido natural y obvio según el artículo 20 del mismo código, esto es, según el uso general que se le da al término, el cual no es otro que “acabado, lleno, cabal. Ser el tiempo o día en que termina una obligación, empeño o plazo”.⁵⁹ O sea, una sentencia se encontraría cumplida el día en que termina el plazo para ello.

Junto a lo anterior, también se debe revisar la norma del inciso 2° del artículo 1° de la ley N° 18.216, puesto que ésta establece un catálogo de delitos que serán siempre sancionados con cárcel y respecto de los cuales no opera la pena mixta. Pero esta exhaustiva enumeración presenta como limitación de que sólo es aplicable respecto de aquellos sujetos condenados en calidad de autores de delitos consumados, por lo que, el grado de desarrollo del delito y la forma de participación criminal también son aspectos que se deben considerar en las penas mixtas, porque ellas perfectamente podrán aplicarse respecto de los delitos excluidos en el caso del cómplice o el encubridor de alguno de esos delitos, o en el caso en que el iter criminis de éstos delitos fuera el de frustrados o tentados.

59_ <http://tema.rae.es/drae/?val=cumplidas>.

En este punto, Ana María Morales en representación de la Fundación Paz Ciudadana, planteó en el Senado que esta limitación no se justifica y que elimina una buena parte del impacto que puede tener la iniciativa en la población penal que actualmente cumple una pena de presidio, pues limita el universo posible de beneficiados, proponiendo eliminar en el inciso segundo del artículo 1° la alusión a las penas mixtas, permitiendo que dicha hipótesis sea procedente tratándose de algunos de los delitos excluidos. No obstante, este planteamiento no tuvo eco, por lo que no se modificó la norma, pese a contar con el respaldo de la Senadora Soledad Alvear y del Senador Patricio Walker.⁶⁰

En consecuencia respecto del ámbito de aplicación personal podemos indicar que el grupo objetivo al cual las penas mixtas están dirigidas son:

1. El condenado primerizo que por primera vez ingresa a la cárcel.
2. Reincidentes que hayan cumplido con los plazos de prescripción de 10 años respecto de crímenes y 5 años para simples delitos, desde que la anterior condena se encuentra cumplida.
3. Cómplices o encubridores de los delitos excluidos de la aplicación de penas sustitutivas o de la pena mixta, pues el señalado catálogo de delitos sólo afecta a aquellos que hayan tenido participación en calidad de autores de los mismos.
4. Autores de los delitos excluidos de la aplicación de penas sustitutivas o de la pena mixta, cuando el grado de desarrollo de estos delitos sea de frustrados o tentados.

IX. 2) Delitos en los cuales es improcedente la aplicación de las penas mixtas

La improcedencia de la aplicación de la medida de libertad vigilada respecto de ciertos delitos graves y de alta connotación social fue uno de los pilares tanto del mensaje con que se inició la tramitación de la actual ley N° 20.603, como de las posteriores indicaciones presentadas tanto por el primer gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet

60_ Con fecha 18 de julio de 2011, se presentan una serie de Indicaciones tanto del Ejecutivo como de los Senadores. En relación a las penas mixtas, la Senadora Soledad Alvear junto al Senador Patricio Walker proponen suprimir del inciso segundo del artículo 1° la frase “ni la del artículo 34 de esta ley”. (A esa fecha las penas mixtas se regulaban en dicho artículo)

como el de su sucesor Sebastián Piñera, reconociendo que ello no será aplicable en aquellos casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del Código Penal, esto es, una eximente incompleta de responsabilidad penal.

El debate legislativo en orden a determinar cuáles serían los delitos excluidos de la aplicación de las penas sustitutivas en general como de las penas mixtas en particular fue bastante intenso, pues estos se determinaron en atención al reproche penal con que se sancionaban las conductas delictivas que se excluían de la aplicación de la ley, dejando en claro desde un inicio que sólo afectaría a los autores de los delitos consumados ahí indicados. En este punto, es preciso recordar la opinión del profesor José Luis Guzmán Dalbora ante el Congreso, quien expresó que carecía de sentido excluir un número importante de delitos de las penas sustitutivas -y de paso las penas mixtas-, según el artículo 1°, porque, así como en la realidad judicial no existe el delito in abstracto, sino sólo el delito concreto materia de juzgamiento, así también la gravedad de éste depende de la pena concreta que corresponda a su responsable, pena a la que se llega tras el proceso de determinación de la penalidad abstracta. Por su parte, el coordinador del Magíster en Derecho Penal de la Universidad de Talca Ignacio Castillo Val, indicó que las precisiones que se hacen en materia de autoría y de iter criminis, darán origen a un problema dogmático, por cuanto resultan irrelevantes en algunos delitos contra la propiedad, que se castigan como consumados desde que se encuentran en grado de tentativa (artículo 450 del Código Penal). En igual sentido, también criticó la exclusión de delitos el profesor Jorge Bofill en atención a que la estructura general de la legislación penal opera sobre la base de que la gravedad de un delito se expresa únicamente por la magnitud de la pena que se le asigna, por tanto, debería considerarse la magnitud de la sanción asignada por el juez y el pronóstico de peligrosidad futura como únicos parámetros objetivos para decidir si procede o no una pena sustitutiva, y no el tipo de delito cometido, agregando que es conveniente mantener en esta materia los rangos y estándares del Derecho Penal, que vinculan la gravedad del ilícito con la sanción que le ha sido asignada y con el diagnóstico acerca de la peligrosidad de la persona involucrada.⁶¹ El profesor Julián López reparó en el hecho de que dentro

61_ Historia de la Ley N° 20.603, construida por la Biblioteca del Congreso Nacional. En www.bcn.cl. Páginas 411 y 412.

del catálogo de delitos excluidos no está contemplado el homicidio simple, que evidentemente es una conducta más dañina para la sociedad que muchas de las otras.⁶² En consecuencia, y a pesar de los reparos académicos aludidos, el artículo 1° de la nueva Ley N° 18.216 señala los delitos que se exceptúan de la aplicación de penas sustitutivas y de la pena mixta para los autores de delito consumado, excepto en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera del artículo 11 del Código Penal. Los delitos son los siguientes:

1. Secuestro calificado. Artículo 141 incisos 3°, 4° y 5° del Código Penal.
2. Sustracción de menor. Artículo 142 del Código Penal.
3. Violación. Artículo 361 del Código Penal.
4. Violación de menor de 14 años. Artículo 362 del Código Penal.
5. Violación con homicidio. Artículo 372 bis del Código Penal.
6. Parricidio. Artículo 390 del Código Penal.
7. Homicidio calificado. Artículo 391 N° 1 del Código Penal.
8. Homicidio simple. Artículo 391 N° 2 del Código Penal.

No obstante este catálogo de exclusión como ya adelantamos, la misma norma reconoce una excepción en el caso de autores de delitos consumados, cuando en la sentencia se le hubiere reconocido una eximente incompleta de responsabilidad de acuerdo al artículo 10 del Código Penal, por disposición del artículo 11 N° 1 del mismo código, haciendo procedente para estos casos la aplicación de una pena sustitutiva o de la pena mixta. A su vez, el mismo artículo 1°, incisos 3° y 4°, establece algunas reglas especiales respecto de determinados ilícitos que se pasan a exponer:

- a. Artículo 1° inciso tercero de la Ley N° 18.216. No puede imponerse la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad si el penado ha sido anteriormente condenado por crímenes o simples delitos de las Leyes N° 20.000, 19.366 y 18.403 -que sancionan el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas-. Además, no se aplicará ninguna pena sustitutiva a aquellas personas que hayan sido condenadas con

62_ Sin embargo, y con la dictación de la Ley N° 20.779, del 17 de septiembre de 2014, se introdujo dentro de los delitos excluidos de la aplicación de penas sustitutivas y penas mixtas, el homicidio simple.

antelación por alguno de estos crímenes o simples delitos contemplados en esas leyes, por sentencia ejecutoriada, hayan cumplido efectivamente o no la pena, a menos que se les reconozca la circunstancia atenuante del artículo 22 de la Ley N° 20.000. “Debe entenderse que la prohibición rige únicamente para aquellos casos en que la segunda condena también se refiere a delitos contemplados en dichas leyes relacionadas con estupefacientes, pues así lo constata la historia de la ley, donde la inclusión de esta segunda parte del inciso tercero tuvo por objeto incluir en esta ley la prohibición ya contemplada en el artículo 62 de la Ley N° 20.000, pero con la ampliación a otras leyes anteriores sobre la misma materia en virtud de las cuales se impusieron condenas anteriores a la misma persona. Así, interpretar lo contrario, llevaría a la conclusión de que aquellos condenados por las Leyes N° 18.403, 19.366 y 20.000, que hayan cumplido su condena mediante una pena sustitutiva, no podrían optar a ninguna pena sustitutiva si posteriormente son condenados por un nuevo delito, cualquiera sea la naturaleza o efecto buscado durante la tramitación. En ese sentido, sólo se buscó esta limitación para los casos de reincidencia específica tratándose de delitos relacionados con sustancias estupefacientes ilícitas, lo que se comprueba por la ubicación de la norma, es decir, en el mismo inciso donde inicialmente se trata la inaplicabilidad de los servicios comunitarios para aquellos que nuevamente son condenados por estos delitos de la misma naturaleza.”⁶³ Al no ser procedente en este caso entonces la imposición de la libertad vigilada intensiva, de igual manera, tampoco puede aplicarse la pena mixta, pues ésta supone ejecutar aquélla.

- b. Artículo 1° inciso cuarto de la Ley N° 18.216. No será aplicable ninguna pena sustitutiva para el autor de delito consumado de robo con violencia o intimidación conforme al artículo 436 inciso primero del Código Penal, si éste ha sido anteriormente condenado a alguno de los siguientes delitos:
- a. Robo calificado. Artículo 433 del Código Penal.
 - b. Robo con violencia o intimidación. Artículo 436 inciso primero del Código Penal.

63_ GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 37.

- c. Robo por sorpresa. Artículo 436 inciso segundo del Código Penal.
- d. Robo en lugar habitado. Artículo 440 del Código Penal.⁶⁴

Conforme a esta norma, la aplicación de la pena mixta tampoco es posible puesto que si no puede imponerse ninguna pena sustitutiva, malamente podría entonces un condenado privado de libertad, aspirar a cambiar su estatus por la libertad vigilada intensiva si explícitamente se prohíbe aplicar cualquier pena sustitutiva al autor de delito consumado de robo con violencia o intimidación cuando ha sido anteriormente condenado por alguno de los ilícitos que ahí se mencionan expresamente. En consecuencia, las penas mixtas pueden aplicarse respecto de cualquier tipo penal contemplado en el Código del ramo o en leyes especiales, con la sola limitación impuesta por los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 1° de la Ley N° 18.216, que señalan expresamente los delitos que quedan excluidos tanto para cualquier pena sustitutiva en general como para las penas mixtas en particular.

64_ Originalmente el proyecto se refería al condenado por robo por sorpresa y no por robo con violencia o intimidación. Sin embargo, el Ejecutivo presentó la Indicación, que se aprobó en el Primer trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, aplicando esta regla a los condenados por robo con violencia o intimidación, pues de lo contrario un número importante de personas podía resultar afectada por la norma. En GOBIERNO DE CHILE. MINISTERIO DE JUSTICIA. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603. Chile 2013. Pág. 36.

II SECCIÓN INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Segunda Parte
PONENCIAS

A.

JURISPRUDENCIA LEY N°20.603

Francisco Hermosilla Iriarte*

RESUMEN

En el marco del seminario “El Derecho penal y la nueva ley 20.603” organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián, se expuso el comentario jurisprudencial de Francisco Hermosilla Iriarte, Juez Titular del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, cuyo título de exposición fue “Ley 20.603 y su jurisprudencia: Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal”.

ABSTRACT

During the seminar “Criminal Law and 20.603 law” organized by the Institute of Legal Studies of Law School of San Sebastian University, it was exposed Francisco Hermosilla Iriarte’s jurisprudential point of view, who is the Criminal Oral Trial headline judge in Valparaiso, which research’s title was “20.603 law and its jurisprudence: Supreme Court, Court of Appeal, Court of Oral Trial in Criminal”

A continuación se presenta un resumen de lo que fue su presentación con motivo de este seminario realizado el día 28 de abril del año 2015.

A. Las decisiones sobre “penas sustitutivas” pueden ser alcanzadas por la vía del recurso de nulidad, al efecto sentencia Corte Suprema ROL 9745-13 de 02/12/13.

DECIMOSEXTO: Que si bien el artículo 37 de la ley N° 18.216 establece un recurso de apelación subsidiario para reclamar de esta decisión cuando se halle inserta en la sentencia, cuyo es el caso, la modificación introducida al artículo 348 del Código Procesal Penal mutó su naturaleza, por lo que hoy reviste otro carácter, y es así como el nuevo artículo 1° de la Ley N° 18.216 se refiere a los beneficios alternativos como penas, integrantes de la sentencia, de manera que puede ser alcanzada esa parte de la decisión por el recurso de nulidad.

En todo caso, la exigencia de impugnación subsidiaria se encuentra satisfecha, pues el estudio de esa sección del fallo ha de verificarse sólo cuando todos los capítulos de nulidad esgrimidos en los recursos han sido desestimados. En tal sentido, constatado el error de derecho en que incurrió el fallo, se acogerán los recursos por la causal del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal, toda vez que siendo ajeno el vicio a las formalidades del juicio y a los hechos demostrados, condujo al tribunal oral a la imposición de una pena más grave que la designada en la ley, lo que esta Corte enmendará de la forma establecida en el artículo 385 del Código Procesal Penal¹.

El Requisito que establece la sentencia para que proceda el recurso sería que los otros capítulos de nulidad hayan sido desechados.

La aplicación práctica de esto es que – causal subsidiaria 373 letra B en relación con 376 inciso 3°.

La siguiente sentencia versa sobre el reconocimiento de abonos de privación de libertad durante la prisión preventiva en la sentencia, estableciendo que:

B. El no reconocimiento de abonos afecta indebidamente la libertad personal del amparado, en cuanto se lo priva de disminuir el tiempo efectivo de su condena Corte Suprema ROL 23.363-14 de 01/0/14.

“5°.- Que, de esta manera, la resolución judicial reclamada por esta vía afecta indebidamente la libertad personal del amparado en cuanto se lo priva de disminuir el tiempo efectivo

de su condena, lo que autoriza a esta Corte para adoptar las medidas necesarias a fin de restablecer el imperio del derecho, reconociendo, entonces, proporcionalmente el tiempo efectivo de observancia de la remisión condicional concedida en la causa RIT N° 5390-2007 por un año, que alcanzó a 10 controles de los 13 impuestos, en relación a los 61 días de presidio menor en su grado mínimo, operación que efectuada permite concluir que el amparado deben reconocérsele 46 días en la satisfacción de la condena impuesta, a los que cabe sumar los tres días de abono que registra conforme la información que remitió la Juez recurrida.”

El ponente se refirió a efectos a la aplicación de la “Regla de tres”:

$$13 - 61 = 61 \times 10 / 13 = 46,9 \text{ (Regla de tres)}$$
$$10 - x$$

La siguiente sentencia versa sobre regulaciones disímiles en dos leyes:

C. El art. 34 Ley N° 20.603 contiene regulación distinta art. 49 Ley N° 20.000, Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol 308-2013 de 06/12/13.

“Cuarto: Que, para los efectos de resolver la cuestión que ha sido planteada, cabe precisar, en primer lugar, que la normativa contenida en el artículo 34 de la Ley 20.603, que modificó la Ley 18.216, contiene una regulación distinta de la contemplada en el artículo 49 de la Ley 20.000, según se pasa a explicar. En efecto, el artículo 34 de la Ley 20.603 establece un beneficio distinto de los que contempla la Ley 18.216, cual es la expulsión, en el caso del artículo 34, referido en el artículo 1 letra e) de esa normativa y que precisamente es regulada en tal disposición. En concreto esta norma, señalada como “regla especial aplicable a los extranjeros”, indica que el beneficio procederá si la condena es igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo, o sea, establece un rango de penalidad para hacer aplicación del beneficio y no está supeditado al tipo de delito que se pudiera haber cometido, por lo que al no existir dicha exclusión, tratándose de este beneficio, perfectamente se puede aplicar a los condenados por tráfico ilícito de estupefacientes. De lo contrario la Ley 20.603 o en concreto el artículo 34 de la misma, hubieran señalado tal exclusión.”

La siguiente sentencia versa sobre la aplicación de las penas mixtas:

1_ Juez del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso, Abogado Universidad de Valparaíso.

D. Son aplicables las penas mixtas Corte de Apelaciones de Copiapó ROL 68-2015 de 20/03/15.

“(Segundo párrafo motivo 5) Considerando el objetivo de la modificación legal, introducido por la ley 20.603, en orden a favorecer la reinserción social de aquellas personas que cumplan efectivamente penas privativas de libertad, resulta un contrasentido poner de cargo de los condenados que cumplen con los requisitos personales para acceder a medidas sustitutivas, la imposibilidad de contar con el sistema de control telemático, cuya implementación está entregada a un servicio público, haciendo ilusoria la concesión de los beneficios previstos por el legislador.”

La siguiente sentencia dice relación con facultad del Juez en cuanto a:

E. En la reclusión parcial el juez preferirá ordenar su ejecución en el domicilio del condenado Corte de Apelaciones de Antofagasta ROL 144-2014 de 30/05/14

“Quinto: Que el sistema creado por la Ley 20.603 abandona el sistema de la reclusión nocturna en centros penales, estableciendo una nueva pena sustitutiva en su lugar como es la reclusión parcial, sanción que resulta más favorable al sentenciado, toda vez que la privación de libertad parcial se cumple por regla general en el domicilio del imputado. Sexto: Que la normativa vigente está referida a las penas sustitutivas y no a un beneficio, es decir a una sanción cuyo correlato fáctico material implica su conocimiento y ejecución según la forma que dispone la propia Ley 18.216 modificada por la Ley 20.603, esto es, en el domicilio del condenado.”

La siguiente sentencia tratada dice relación con la rigurosidad para la concesión de la remisión condicional en delitos de microtráfico.

F. La normativa Ley 20.603 es más rigurosa para concesión de la remisión condicional de la pena en delitos de microtráfico, en consecuencia no puede aplicarse sino para hechos posteriores al 27/12/13 Corte de Apelaciones de Concepción ROL 397-2014 de 18/07/14

“Quinto: Que, de lo que se viene analizando fluye que lleva la razón la defensa del sentenciado al reclamar para éste la aplicación del antiguo texto del artículo 4° de la

Ley 18.216, en cuanto su representado cumple con todos los requisitos para acceder al beneficio de la remisión condicional de la pena, la que se fijará en el lapso mínimo de un año, conforme los disponía el antiguo artículo 5° de la Ley 18.216, debiendo cumplir los requisitos establecidos en esta última norma legal citada y, en caso de incumplimiento del beneficio, sujetarse a lo que preceptuaba el artículo 6° de la Ley 18.216, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 20.603.”

Delito cometido con fecha 04 de febrero de 2013
A continuación, la siguiente sentencia indica que:

G. La normativa Ley 20.603 es menos rigurosa a la contemplada Ley 18.216 Corte de Apelaciones de San Miguel ROL 1219-2014 de 18/08/14.

“(Quinto (repetido) 2 últimos párrafos): En consecuencia, la normativa de la Ley 20.603 es menos rigurosa a la contemplada en la redacción que tenía la Ley 18.216 con anterioridad a la Ley 20.603 según la forma en que debía cumplirse la sanción corporal por el sentenciado. Se trata de una ley promulgada y publicada que establece penas y estas son más benignas que las que regían antes.

Tanto es así que se dejó constancia en la historia de la Ley 20.603, en la indicación sustitutiva al proyecto de ley del Ejecutivo de 18 de agosto de 2010 que “Se diversificará la respuesta penal. Con el objeto ya referido de llevar a cabo una ejecución penal inteligente, se ampliará el abanico de respuestas penales, de manera que la pena sustitutiva de adecue a los perfiles delictuales y criminológicos de los condenados”. (Historia de la Ley 20.603, pág. 20, web Congreso Nacional).”

Delito cometido con fecha 20 de noviembre de 2013
La siguiente sentencia dice relación con la:

H. Decisión otorgar beneficios de la Ley 18.216 es facultativa de los jueces del fondo, pero dentro márgenes de la ley Corte Suprema ROL 3006-2013 de 14/05/13.

“6.- Que por último, cabe señalar que si bien la decisión de otorgar beneficios de la Ley 18.216 es facultativa para los jueces del fondo, dicha prerrogativa debe ejercerse dentro de los márgenes que establece la ley, situación que no ha ocurrido en la especie desde que la decisión del tribunal recurrido de mantener una forma de cumplimiento que implica privación parcial de libertad al amparado, en

lugar de otorgar la remisión condicional, se ha adoptado en base a supuestos legalmente improcedentes y, por tanto, fuera del ámbito de sus atribuciones.

Apelación amparo acogido dado que se omitió toda fundamentación para sostener la pertinencia de la reclusión nocturna por sobre la remisión condicional, dado que condena anterior por simple delito estaba prescrita.

I. Atendido lo dispuesto en el artículo 364 del CPP declara INADMISIBLE recurso apelación por no concesión de beneficios Corte de Apelaciones de Valparaíso ROL 392-2015 de 16/03/15.

Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto por los intervinientes en estrado y teniendo presente lo establecido en el artículo 364 del Código Procesal Pena que establece que las sentencias dictadas por los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal son inapelables, se declara inadmisibles el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil quince, que condenó a JOSÉ DANIEL LAGOS SALAZAR, como autor del delito de robo por sorpresa, sin conceder pena sustitutiva alguna de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603.

Acordado con el voto en contra de la Ministro Suplente Sra. Marcela Nash, quien fue del parecer de entrar al conocimiento del fondo de la apelación deducida.”

La siguiente sentencia indica que:

J. Procede recibir documento en apelación sentencia por pena sustitutiva Corte de Apelaciones de Valparaíso ROL 494-2015 de 06/04/15

“El Tribunal, en voto de mayoría, acuerda tener por acompañado el documento en cuestión, considerando para ello que estamos en presencia de un recurso de apelación en que es dable discutir cuestiones de hecho y de derecho en que el fundamento de la apelación es precisamente el documento que se pretende acompañar, lo que ha sido efectuado en audiencia, y que puesto en conocimiento del Ministerio Público, este ha señalado que se somete a la decisión de la Corte.

En consecuencia, se tiene por acompañado el documento consistente en Informe de Factibilidad Técnica de Monitoreo Telemático Folio N° 14913, extendido por el Jefe del Departamento de Monitoreo Telemático de Gendarmería

de Chile, el que concluye “hay factibilidad técnica”. Acordado en esta parte con el voto en contra de la Ministro Sra. Inés María Letelier Ferrada, quien estuvo por no tener por acompañado en documento en cuestión, pues en su concepto, el documento acompañado requiere de una ponderación de fondo que le compete en este caso a los sentenciadores del Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, debiendo, además el documento haber sido presentado en la oportunidad prevista del artículo 343 del Código Procesal Penal, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 23 bis inciso quinto de la Ley 18.216, por lo que el mismo resulta ser extemporáneo.”

A continuación se exponen cuatro razones en que procede las penas sustitutivas:

K. Procede pena sustitutiva remisión para condenas por microtráfico inferiores a 540 días Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso RIT 8-2015 de 26/02/15.

Razones: “Primero, por una razón de texto, esto es, que el artículo 4° inciso final de la Ley N° 18.216 se remite expresamente al artículo 15 letra b) de la misma, donde si bien se cita el delito de microtráfico, se agrega que su pena privativa o restrictiva de libertad debe ser superior a 540 días y no exceder de tres años. Por lo tanto, cuando el legislador hizo que una norma se remitiera a otra, quiso limitar la remisión condicional no a cualquier delito de micro tráfico sino que sólo a aquellos donde la pena efectiva fuera en definitiva superior a 540 días, lo que a contrario sensu, significa que si la sanción es igual o inferior a dicha cuantía, la pena sustitutiva de remisión condicional es procedente. Si así no fuera, la remisión al artículo 15 letra b) citado no tendría sentido; hubiera bastado que el artículo 4° inciso final señalado se hubiera remitido directamente al delito del artículo 4° de la Ley 20.000 –y no al artículo 15 letra b) de la Ley N° 18.216-, lo que habría significado, sin discusión- que respecto del delito de microtráfico de drogas nunca sería procedente la remisión condicional, cualquiera fuera su sanción in concreto;”

L. Procede pena sustitutiva remisión para condenas por microtráfico inferiores a 540 días Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso RIT 8-2015 de 26/02/15.

“En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que la Ley N°

18.216 es actualmente una ley que establece penas y no simples beneficios extra penitenciarios como antes. Esto implica que está severamente sometida al principio de legalidad constitucional, una de cuyas consecuencias es que las reglas deben interpretarse en forma restrictiva, lo que a su vez significa concluir que cuando el artículo 4° inciso final de la Ley 18.216 se remite al artículo 15 letra b) de la misma, se está refiriendo estrictamente a lo que dispone esta última norma y no al delito de microtráfico en general, cualquiera sea su pena. Considerarlo de otra manera, sería admitir una interpretación amplia de las disposiciones legales;”

M. Procede pena substitutiva remisión para condenas por microtráfico inferiores a 540 días Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso RIT 8-2015 de 26/02/15.

“En tercer término, la correcta interpretación de la ley no puede desatender los elementos lógico y sistemático, esto es, las normas deben considerarse de tal forma que tengan un correcto sentido, correspondencia y armonía, en el contexto de la propia ley y también en relación con otras que se relacionen con el mismo asunto. En este caso, de interpretarse la regla del artículo 4° inciso final de la Ley N° 18.216 conforme a la primera postura indicada en el párrafo anterior, se daría el absurdo que la sanción del delito de microtráfico de drogas nunca podría ser substituida por la pena de remisión condicional, pero si el ilícito fuera tráfico de drogas del artículo 3° de la Ley 20.000 -que es más grave que el del artículo 4°, y la pena, por ejemplo, se fijara en presidio menor en su grado mínimo o incluso en presidio menor en su grado medio (hasta 3 años), la remisión condicional sería procedente. Lo anterior, porque el artículo 4° inciso final de la Ley N° 18.216, al citar el artículo 15 letra b) de la misma, se está remitiendo al delito del artículo 4° de la Ley N° 20.000 (microtráfico) y no al del artículo 3° de la misma (tráfico). En otras palabras, si un micro traficante de un (1) gramo de marihuana es condenado a una pena de prisión o a presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días), no procedería la remisión condicional; en cambio, si un traficante de 30 kilos de cocaína llegara a ser condenado a las mismas sanciones o a castigos mayores, como presidio menor en su grado medio (541 días a tres años), la remisión condicional sería perfectamente procedente. No puede estimarse que el legislador haya querido por razones de política criminal que una pena ínfima de un delito de microtráfico de drogas

no pueda ser substituida por remisión condicional y que una pena igual o más severa de un delito de tráfico de drogas (que es más grave), si pueda serlo;”

N. Procede pena substitutiva remisión para condenas por microtráfico inferiores a 540 días Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Valparaíso RIT 8-2015 de 26/02/15.

“Finalmente, debe tenerse presente que no existe aún una solución definitiva o unánime de la doctrina y la jurisprudencia respecto de las dos posturas señaladas, lo que implica que existiendo una duda razonable respecto del tema, debe optarse por la interpretación que resulte más favorable al condenado, precisamente porque se está aplicando una ley penal sustantiva (crea y regula penas). En este caso, es más favorable aplicar la pena substitutiva de remisión condicional que las de reclusión parcial o cualquier libertad vigilada.”

B.

APLICACIÓN DE LA NUEVA LEY 20.603 DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DEFENSA

Leonardo Moreno Holman

RESUMEN

Durante el seminario “El Derecho Penal y la nueva ley N° 20.603”, expuso el Director del Departamento de Derecho Procesal de la Escuela de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Sr. Leonardo Moreno Holman, cuyo tema de exposición fue “Aplicación de la nueva ley 20.603 desde la perspectiva de la defensa”

ABSTRACT

During the seminar “Criminal Law and the 20.603 new law”, the Head of the Procedural Law Department of the Law School of Alberto Hurtado University, Mr Leonardo Moreno Holman, whose exposition’s topic was “Applicability of new law 20.603 from the defense point of view”

El profesor abordó los siguientes temas en su ponencia:

1.- El concepto e idea de la ley 20.603 y el sistema de persecución penal.

Se observa en la ley un abandono conceptual, teleológico y político criminal: Lo que se pretendía con esta ley era evitar el cumplimiento efectivo de penas cortas de privación de libertad, en razón de sus consecuencias perniciosas vinculadas al contagio criminógeno y su nulo efecto resocializador. En definitiva, la idea de la ley era racionalizar el uso de la privación de la libertad, cuestión presente en toda la ley y en particular en las medidas de expulsión de extranjeros sin residencia legal o en la pena mixta, como forma anticipada de salida al medio libre del condenado privado de libertad.

- a. La agenda de reformas legales, va en contra del sentido de esta ley. Por ejemplo:
La Ley Emilia endurece las penas y la propuesta de ley en cuanto a que los primerizos en delitos de robo, cumplan un año de prisión efectiva.
- b. Otro caso de incomprensión de la regulación es la inexistencia de monitoreo telemático en libertades vigiladas, pues se asume que todos los casos implican prohibición de acercamiento a víctimas, y no, como debiera ser, una libertad vigilada con reclusión parcial.

2.- Interpretación del artículo 1 de la Ley

“Artículo 1º.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Inc. 2.- No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley (Pena Mixta), tratándose de los autores de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto; 142, 361, 362, 372 bis, 390, y 391, N° 1, del Código Penal, (Secuestro calificado, sustracción de menores, violación propia, violación impropia, violación con homicidio, parricidio, femicidio y homicidio calificado) salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la

circunstancia primera establecida en el artículo 11 (Eximente incompleta) del mismo Código.

INC. 3 En ningún caso (exclusión general) podrá imponerse la pena establecida en la letra f) (Prestación de servicios en beneficio de la comunidad) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000. (Cooperación Eficaz)

Inc. 4.- Tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436 (robo simple), inciso primero, del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 del mismo Código (Robo calificado, robo simple, robo por sorpresa y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o en sus dependencias)

Inc. 5.- Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito”.

ANÁLISIS:

a. Respetto del Art. 1 inc. 2:

La Regla legal sólo contempla la norma del artículo 11 numeral primero, pero no considera una regla de atenuación extraordinaria como es la regla del artículo 73 del C.P. Según una importante posición doctrinaria la distinción para la aplicación del art. 11 n 1 y el art. 73 depende de si la eximente enumera requisitos y concurre el mayor número de ellos. La regla estaría afirmando que el caso menos grave desde el punto de vista del merecimiento y necesidad de pena, no podría acceder a una sustitución de pena. Debe rechazarse tal interpretación y hacer aplicable también el caso del artículo 73 C.P. Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurra el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el tribunal estime correspondiente, atendido el

número y entidad de los requisitos que falten o concurren. Esta disposición se entiende sin perjuicio de la contenida en el artículo 71.

b.- Respetto del Art. 1 Inc. 3:

I.- La ley soluciona expresamente lo que ocurre en el caso de una persona que tiene una condena anterior, sin embargo no lo hace de manera explícita con quien tiene una condena actual:

Se entiende que cabe en la reglamentación del inc. 3º.

II.- Tampoco se precisa en la ley el hecho respecto del cual la condena debe ser anterior, siendo posible plantear dos alternativas

- a.- La condena debe ser anterior a la nueva sentencia condenatoria
- b.- La condena debe ser anterior al acaecimiento del nuevo hecho delictivo

La jurisprudencia ha tendido a inclinarse en éste último sentido, atendido el efecto disuasivo que tendría para el infractor el conocer que la reincidencia conlleva la aplicación de una pena efectiva, la que sólo sería efectiva si se produce antes del nuevo hecho

El tema es cuestionable desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia. En muchos casos ha primado la postura de que debe ser “anterior al hecho”, desconociendo el artículo 4º del CPP, o sea, el efectivo juzgamiento por parte de una sentencia condenatoria firme y ejecutoriada.

c.- Art. 1, inc. 4.-

Nada se dice en la norma pero han de ser sentencias ejecutoriadas las sentencias judiciales condenatorias anteriores

d.- Art. 1º inc. 5

Su aplicación en el caso de la ley 20.000 y 19.366, dado lo dispuesto en el artículo 62 de la ley 20.000, que establece la misma regla de exclusión del artículo 1, pero no la excepción del inciso final que éste consagra.

-Algunos han sostenido que debiera primar la regla del artículo 62, por tratarse de una norma de carácter especial. Un segundo argumento es que dicha norma fue modificada sólo en el sentido de sustituir el término medida alternativa por pena sustitutiva, sin contemplar expresamente la excepción (Cristián Aguilar).

-Para otros, regulando ambas normas una misma excepción (regla de exclusión de la penas sustitutivas), lo relevante es determinar el ámbito de aplicación de la contra excepción consagrado en el artículo 1 inc. final. Además, es una

interpretación más coherente con el fin teleológico de la ley de racionalizar el uso de las penas privativas de libertad, privilegiando la imposición de penas orientadas a un proceso de reinserción social con control efectivo. Finalmente, la historia de la ley abona esta interpretación, al justificarse la modificación a la norma del Art. 62 incorporándola en la ley 18.216, con la finalidad de evitar debates sobre la aplicación de la ley penal en virtud de la variable temporal (ley más beneficiosa). En ese momento, el artículo 35 del proyecto finalmente se incorporó al Art. 1.

3.- Aplicación de los artículos 4 y 8 de la Ley, reglas de exclusión

“Artículo 4º.- La remisión condicional podrá decretarse:

- a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años;
- b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito;
- c) Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que no volverá a delinquir, y
- d) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hicieren innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena.

Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos previstos en los artículos 15, letra b) (Libertad Vigilada en caso de Art. 4 ley 20.000 y Art. 196 de la ley de tránsito), o Art. 15 bis, letra b)(Libertad vigilada intensiva, ej. Violencia Intrafamiliar), debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.”.

La exclusión de la pena sustitutiva por la vía de la remisión a los artículos 15 letra b) o 15 bis letra b), no debe entenderse efectuada a un catálogo de tipos penales, sino que a los ilícitos previstos en esas disposiciones, es decir, hechos que infringen la ley penal cuya gravedad justifica la imposición de una pena privativa o restrictiva de la libertad superior a los 540 días. Por tanto, la regla de exclusión se refiere no sólo a la disposición legal correspondiente, sino también, a la gravedad del ilícito expresada en la concreta pena impuesta.

Así lo ha sostenido el Ministerio de Justicia en sus manuales de capacitación, señalando expresamente que se refiere a condenas por los delitos señalados en la norma que sean superiores a 540 días en concreto.

Ejemplo: Micro tráfico con condena inferior a 540 días

De lo contrario, podría darse el absurdo de que una persona condenada, a cuyo favor opera una atenuación de la pena, siendo el infractor una persona que no presente riesgo de reiteración y careciendo de antecedentes penales, debiera ser sancionado con privación de libertad, en el mejor de los casos parcial.

“Artículo 8°.- La reclusión parcial podrá disponerse:

- a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años;
- b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o lo hubiese sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no excediere de dos años, o a más de una, siempre que en total no superaren de dicho límite. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. No obstante lo anterior, si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva, y
- c) Si existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.”.

4.- El Monitoreo Telemático:

a.- Aplicación al artículo 7.

“Artículo 7°.- La pena de reclusión parcial consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales. La reclusión parcial podrá ser diurna, nocturna o de fin de semana, conforme a los siguientes criterios:

- 1) La reclusión diurna consistirá en el encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de ocho horas diarias y continuas, las que se fijarán entre las ocho y las veintidós horas.
- 2) La reclusión nocturna consistirá en el encierro en el

domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente.

- 3) La reclusión de fin de semana consistirá en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las veintidós horas del día viernes y las seis horas del día lunes siguiente.

Para el cumplimiento de la reclusión parcial, el juez preferirá ordenar su ejecución en el domicilio del condenado, estableciendo como mecanismo de control de la misma el sistema de monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de su imposición, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 23 bis y siguientes de esta ley. En tal caso, entendido como excepcional, se podrán decretar otros mecanismos de control similares, en la forma que determine el tribunal.

Para los efectos de esta ley, se entenderá por domicilio la residencia regular que el condenado utilice para fines habitacionales.”.

a.- Informe de factibilidad: ¿Requisito esencial o sólo modalidad de cumplimiento?

La Corte Suprema ha dicho que la pena de reclusión parcial domiciliaria nocturna, en tanto pena, no puede quedar condicionada a elementos ajenos a los requisitos exigidos por la ley, como lo es el hecho de no haber sido posible realizar el análisis técnico de factibilidad del sistema de monitoreo telemático o haber resultado éste negativo.

En Sentencia de Corte Suprema Rol N° 3431-2015, de 10.03.15, la Corte acoge recurso de amparo de la defensa, y aplica al amparado la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria nocturna, reglada en el artículo 7 de la Ley N° 18.216, debiéndose en su oportunidad ordenar un mecanismo de control.

En esta sentencia, la Corte Suprema resuelve que en los casos en que no hay factibilidad técnica del monitoreo telemático, ello no es obstáculo para otorgar la reclusión parcial en el domicilio si concurren los requisitos para su procedencia, pues la ley contempla la imposición de otros mecanismos de control.

En definitiva, entonces, el monitoreo telemático es sólo un medio de control de la reclusión parcial domiciliaria, no una pena en sí misma. La ley lo que hace en el art. 7 es establecer la reclusión domiciliaria con un prioritario pero no único mecanismo de control que es el monitoreo telemático. Así, de no existir factibilidad técnica, deberán privilegiarse otros mecanismos de control sin alterar la

decisión de conceder la reclusión parcial domiciliaria, ni su lugar de cumplimiento.

5. Prestación de servicios en beneficios de la comunidad.

Artículo 10.- La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile.

El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por Gendarmería de Chile, pudiendo establecer los convenios que estime pertinentes para tal fin con organismos públicos y privados sin fines de lucro.

a) Falta de aplicación de esta pena sustitutiva.

En efecto, esta pena, dispuesta como una sustitutiva excepcional, a utilizar por una sola vez cuando otras opciones no son posibles, en la medida que las penas no superen los 300 días de privación de libertad y que haya acuerdo con el condenado, tiene muy poca aplicación, pese a que existe una gran oferta (plazas), y convenios con diversas instituciones. No es entonces, un problema de falta de oferta.

Las defensas y los jueces, por evidente desconocimiento, no la proponen ni la utilizan, a pesar de ser la solución para el caso de muchas penas pequeñas en que el imputado arriesga pena efectiva.

Con ello se olvida que uno de los objetivos de la ley fue evitar el cumplimiento efectivo de penas cortas de privación de libertad, en razón de sus consecuencias perniciosas vinculadas al contagio criminógeno y su nulo efecto resocializador.

b) Falta de su uso para sustituir penas de multa

Ni hablar que la prestación de servicios en beneficio de la comunidad puede sustituir a la pena de multa en estos casos, si no tuviere bienes para satisfacerla, en razón de lo dispuesto en el art. 49 del Código Penal. Ello simplemente, no se tiene en cuenta cuando hay audiencia judicial en que se discute la conversión de las multas impagas.

6. El abono de la pena sustitutiva dejada sin efecto:

Artículo 26.- La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo

siguiente (quebrantamiento), someterá al condenado 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.

Tendrán aplicación, en su caso, las reglas de conversión del artículo 9° de esta ley.

Artículo 27.- Las penas sustitutivas reguladas en esta ley 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.

a.- No siempre el reemplazo de las penas supone considerar el tiempo cumplido de la pena que fue reemplazada.

No obstante lo anterior, en el afán de “sancionar” a quien ya fue condenado y no ha cumplido, simplemente se cambia una pena por otra y ésta comienza a controlarse por el saldo, sin restar lo que se pudo haber cumplido por la anterior.

b.- Problema del cómputo.

Acá hay un numerosas interpretaciones acerca de cómo ha de efectuarse el computo de la pena.

c.- Qué se entiende por proporcional en la remisión condicional.

- El sentido de haber introducido la expresión proporcional según la historia de la ley obedeció al posible exceso en la duración de la remisión condicional respecto de la pena originalmente impuesta. Ej. 61 días de presidio menor en su grado mínimo sustituida por remisión condicional por un año

- Así el abono sería proporcional en la remisión condicional cuando corresponde al equivalente en la pena originalmente impuesta, de la fracción de cumplimiento de la pena sustitutiva. Ejemplo: Cumplido un tercio de la pena sustitutiva, ha de significar un saldo de dos tercios de la pena originalmente impuesta.

A nuestro juicio, es abono de la “fracción cumplida”; si cumple la mitad se abona la mitad, si fue condenado a 3 años, y cumplió uno, le quedan dos tercios... hay jueces que abonan un día por cada día de cumplimiento, otros hacen cálculo de horas, otros aplican la regla del art. 8°, etc.

d.- **Art. 348 del Código Procesal Penal.**

Inciso 2°: La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención,

prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado.

- Muchos tribunales no abonan el tiempo que el imputado ha estado sometido a arresto domiciliario por menos de 12 horas.

En casos así, habiendo norma expresa, las defensas han debido apelar constantemente, con resultados disímiles. Recientemente un fallo de la Corte señaló que lo que determina la consideración de los abonos es el hecho de haber estado sometido a la medida cautelar de la letra a) del artículo 155 del Código Procesal Penal y no el lapso diario que duraba la misma, lo que no constituye un requisito para su concesión, sino que un parámetro para la conversión a días de privación de libertad que se deberá cumplir al momento de la dictación de la sentencia (CA Santiago, sala 9, N° Criminal Amparo -707-2015, fallo de 18 de abril de 2015).

e.- La regla del artículo 26 establece un principio aplicable tanto a la revocación como al reemplazo.

En ambos casos debemos entender que estamos frente a una pena y no ante un beneficio, lo que conlleva que el cumplimiento de la sanción inicial debe reconocer como abono el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva. Así entonces, dejada sin efecto una pena sustitutiva sea por revocación o por sustitución por otra pena de mayor intensidad, debe reconocerse como abono el cumplimiento de la pena sustitutiva.

7. Limitado uso de la herramienta de intensificación de las penas sustitutivas infringidas.

En muchos casos en que se verifican incumplimientos, los jueces revocan la medida y la Corte ha confirmado aquella decisión, sin que se haya considerado incrementar los controles.

Así por ejemplo, en el caso de la remisión condicional, pudiéndose imponer más de una firma al mes, muchos jueces proceden a revocarla y reemplazarla por arresto domiciliario, aludiendo a la necesidad de una “sanción mayor” y a que sería “innecesario” intensificar una firma que no se ha cumplido.

Con ello, se olvida que una intensificación está de forma lógica antes de un reemplazo y que actuar de este modo

incrementa el uso del monitoreo telemático y el quehacer de las policías.

8. El control de las penas de reclusión parcial sin monitoreo telemático muchas veces queda sin inspección por parte del tribunal.

Al igual que en el caso de la medida cautelar de arresto domiciliario parcial, cuando la pena sustitutiva de reclusión parcial domiciliaria es controlada por carabineros, los tribunales suelen abandonar o renunciar a cualquier tipo de control posterior.

En efecto, no obstante existir un número importante de casos en que condenados que no se conocen y que provienen de distintos lugares alegan que la policía no realiza controles de modo diligente, muchos jueces prefieren basarse en la sola información enviada por Carabineros.

En este sentido es muy común enfrentarse a audiencias de incumplimiento en que Carabineros informa que no ha sido recibido y en que los condenados realizan reclamos como que “no llaman a la puerta”, sólo “tocan la sirena”, o que “sólo llegan hasta el lobby” o “a la puerta de entrada del condominio” (en el caso de los edificios y comunidades).

Si bien en varias ocasiones el informe enviado por las policías parece serio, en muchas otras sólo corresponde a un oficio, a veces referido a varias causas en un solo documento, el que no cuenta con respaldo de la información que contiene (por ejemplo, el registro de rondas firmado por quien se haga responsable del mismo).

Así, la labor de las defensas supone ubicar testigos o tratar de realizar reclamos antes de la audiencia, en circunstancias que podrían disponerse otras medidas para el registro del control.

Evidentemente, en el caso de condominios el llegar a la puerta principal no debiese constituir jamás un control suficiente, como tampoco el sólo toque de la sirena desde el exterior. En este sentido, por ejemplo, podrían plantearse varias soluciones. Se me ocurre por ahora, el disponer la obligación de describir las características de la vivienda (al estilo de las notificaciones efectuadas por los funcionarios notificadores) y disponer el uso adicional de una llamada telefónica a un número que el condenado registre previamente, de modo que una llamada desde un mismo celular institucional permita constatar el número de intentos efectuados, lapsos de duración de la llamada, etc.

9.- La Pena Mixta

Artículo 33.- El tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile,

disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- 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;
- 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;
- c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y
- 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 el caso que el tribunal dispusiere la interrupción de la pena privativa de libertad, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático.

Para estos efectos, el informe de Gendarmería de Chile a que se refiere el inciso primero, deberá contener lo siguiente:

- 1) Una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse 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.
- 2) Informe de comportamiento, 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.
- 3) Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la cual incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto.

Con lo anterior, el tribunal citará a los intervinientes a audiencia, en la que examinará los antecedentes, oír a los presentes y resolverá.

En dicha audiencia, el tribunal podrá requerir a Gendarmería de Chile mayores antecedentes respecto a la factibilidad técnica del monitoreo.

En caso de disponerse la interrupción de la pena privativa de libertad, el tribunal fijará el plazo de observación de la libertad vigilada intensiva por un período igual al de duración de la pena que al condenado le restare por cumplir. Además, determinará las condiciones a que éste quedará sujeto conforme a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de esta ley.

Si el tribunal no otorgare la interrupción de la pena regulada en este artículo, ésta no podrá discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación. Si el penado cumpliera satisfactoriamente la pena de libertad vigilada intensiva, el tribunal lo reconocerá en una resolución fundada, remitiendo el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida y teniéndola por cumplida con el mérito de esta resolución.

Los condenados que fueron beneficiados con la interrupción de la pena privativa de libertad no podrán acceder al reemplazo de la pena sustitutiva a que se refiere el artículo 32 de esta ley.

a.- Su aplicación:

Esta debiera empezar a aplicarse en diciembre por la gradualidad y el Art. 8 transitorio, pero hay muchos fallos en que se ha aplicado.

b.- Los Informes de Gendarmería

I.- Aplicación pese a no existir factibilidad técnica

Tema de los informes: Hay ocasiones en que Gendarmería de Chile (GENCHI) informa que no hay factibilidad técnica, pero no obstante ello y lo que exige la ley, hay tribunales que la aplican, entendiendo que no es problema del condenado las deficiencias técnicas o la no disponibilidad del monitoreo telemático.

II.- Un informe que abarca tres ámbitos o tres informes

También hay confusión con los informes: la ley exige que sean tres, los jueces fiscales y defensores se centran en el de factibilidad técnica del monitoreo, Genchi también confunde y cuando le piden informe u opinión favorable en base a antecedentes personales, o el de conducta, se refiere sólo a la factibilidad técnica. Y así, oficios van y vienen.

c.- A la pena mixta le rigen sólo las excepciones del inc. 2 del Art. 1°, no las del inc 1° del mismo artículo, porque entendemos que no es una pena del catálogo de penas sustitutivas. (Ver Historia de la ley)

11.- La Expulsión

Artículo 34.- Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional.

A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.

El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.

En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.».

a.- Problema del plazo para expulsar.

No hay un plazo desde que se decreta en la audiencia. El tribunal pide plazo, pero depende del Ministerio de Interior. ¿Qué sucede en la práctica? Hay casos en que están esperando la expulsión mucho tiempo.

b.- Caso grave: cuando tiene causas vigentes. Se decreta la expulsión y quedan sujetos a irse cuando se resuelvan las pendientes. O sea, se trata de casos que pueden tardar hasta un año o más.

C.

GÉNERO VEJEZ Y MALTRATO*

Jessica Arenas Paredes**

Con motivo de las IV Jornadas Interdisciplinarias de estudios sobre el Adulto Mayor, cuyo tema central de esta ocasión fue “Aproximación a la problemática social y jurídica asociada al adulto mayor en Chile”, organizado por el Instituto de Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad San Sebastián en conjunto con el Servicio Nacional del Adulto Mayor y el Centro de Medidas Cautelares de los Tribunales de Familia de Santiago, expuso la magistrado Jessica Arenas Paredes, juez preferente del Centro de Medidas Cautelares, ponencia que versó sobre los siguientes puntos:

ABSTRACT

On the occasion of the IV Interdisciplinary Conference about Senior Citizen Studies, which main topic was “Brief view of the social and juridical difficulties related to the senior citizen in Chile”, organized by the Institute of Legal Studies of the Law Department of San Sebastian University, together with the National Service of Senior Citizen and Provisional Measures Center of the Family Trial in Santiago, Magistrate Jessica Arenas Paredes, headline judge in Provisional Measures Center, presented the following topics.

* _ Abogado de la Universidad de Chile. Máster en Mediación y Asesoramiento Familiar de la Pontificia Universidad Comillas de Madrid. Magíster en Humanidades y Arte, Universidad Gabriela Mistral. Juez de Familia con dedicación preferente en el Centro de Medidas Cautelares de los Juzgados de Familia de Santiago e integrante de la Mesa de Género de la Corte Suprema.

** _ Ponencia presentada en las Cuartas Jornadas de Estudios Interdisciplinarios sobre el Adulto Mayor, el día 4 de junio de 2015, en el auditorio Bellavista de la Universidad San Sebastián. Los datos estadísticos han sido extraídos del Ine y los estudios de Senama.

I. EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DEMOGRÁFICA CHILENA EN EL ÚLTIMO SIGLO

La magistrada comenzó su exposición planteándose la pregunta de si: ¿es Chile un país envejecido? Señaló que esta interrogante, planteada hace algunas décadas, es actualmente una premisa indiscutible. En efecto, Chile es el segundo país más envejecido y el que tiene la tasa de envejecimiento más acelerada de Latinoamérica. Esto se visualiza en los siguientes datos:

- En el año 2015, la población adulta mayor chilena, esto es, todos aquellos que han cumplido sesenta años, se estima que constituyen el 14% del total de la población chilena, en tanto que el porcentaje de niños entre 0 y 2 años equivale al 21% del mismo total. En términos simples, por cada 100 niños entre 0 y 15 años de edad hay 70,4 adultos mayores.

- Los estudios proyectan que en el año 2025 estas cifras se invertirían y así la población adulta mayor correspondería a un 20% de la población total del país, en tanto que los niños entre 0 y 15 años alcanzarían al 19%, de modo que por cada 100 niños habrán 105 adultos mayores.

Conforme a lo expuesto, resulta indiscutible que Chile no solo es un país envejecido, sino que envejece a un ritmo muy acelerado, sin embargo las cifras globales encubren un dato relevante que dice relación con la composición de la vejez chilena. Sobre este punto, las mismas fuentes estadísticas nos indican que si bien en Chile nacen más niños que niñas¹, casi se anula en la brecha etárea de 35 a 40 años y a partir de los 50 esta diferencia se invierte, existiendo un notable incremento de la población femenina a partir de los 65, la que llega a ser casi el doble que la de los varones de 75 o más años², de modo que los que son conocidos como viejos, en realidad son en gran medida viejas. Lo anterior, se explica por el hecho que si bien las estadísticas indican que las mujeres tienen una mayor morbilidad, su esperanza de vida es mayor así en el año 2009 esta cifra ascendía a 75,59 años para los varones y 81,10 años para las mujeres.

1_ Universal e históricamente nacen han nacido más hombres que mujeres. En efecto, en Chile en 1907 el 51,17% de los nacimientos correspondían al sexo masculino, en tanto que un siglo después (2008) el porcentaje se mantiene en 51,04%

2_ La mayor diferencia entre mujeres y hombres se concentra a partir de los 70 años un 0,8%.
75 y 79 un 2,2%
80 y más un 5,9%

Estas cifras que grafican el envejecimiento poblacional nos enfrenta como sociedad a un fenómeno inédito en la historia de la humanidad, no hay precedentes históricos que den luces respecto del modo de organizar funcionalmente una sociedad en la que nacen menos niños que la población adulta mayor viva, que además en cuanto a género corresponde a población femenina, lo que se ha estilado denominar “feminización de la vejez”.

II. VEJEZ Y ROLES FAMILIARES

Las estructuras familiares son condicionadas por una serie de factores, siendo la salud e higiene las más relevantes en el primer siglo de vida independiente. En efecto, a comienzos del siglo XX existía un sistema demográfico ineficiente, las parejas tenían muchos hijos para contrarrestar la elevada mortalidad infantil, por tanto las mujeres se casaban jóvenes a fin de tener salud y tiempo para procrear, en cambio los varones solían contraer matrimonio siendo un poco mayores ya que necesitaban previamente amasar un patrimonio que permitiera sustentar a la familia. En este contexto el rol de la mujer se centraba en tareas reproductivas y de crianza en tanto que el de los varones en el de proveedores. Lo anterior se explica además, porque la esperanza de vida también era mucho menor, solo una cuarta parte de la población llegaba a los 50 años con sus padres vivos, con lo que tampoco era usual contar con el apoyo de los ascendientes para contribuir en el cuidado de los niños.

Un siglo después la realidad demográfica, social y cultural en Chile es completamente diferente, lo que también ha afectado las estructuras y roles familiares. En efecto, las bajas tasas de mortalidad infantil y de las mujeres post parto de sus hijos, unida a la inserción de la mujer en el mercado laboral, determina que las parejas opten por postergar la maternidad, cada vez se tienen menos hijos y más concentrados en el tiempo, los cuidados de los hijos pasan a ser compartidos entre los progenitores con la asistencia muchas veces de terceros contratados al efecto o familiares, lugar en que los abuelos desempeñan un importante papel, toda vez que la esperanza de vida actual ha permitido que la coexistencia de tres generaciones sea usual y la de cuatro generaciones sea cada vez más excepcional.

Conforme a lo expuesto, la diferenciación de los roles femeninos y masculinos tradicionalmente entendidos es cada vez menos nítida en la actualidad, la inserción de la mujer en el mercado laboral en condiciones cada vez

mas igualitarias que los varones han llevado a hablar de “masculinización del rol femenino”, lo que por cierto importa además compatibilizar estas tareas con las tareas domésticas y el rol maternal. En el caso del varón, los estudios indican que a pesar de la inserción de la mujer en el mercado laboral, no se ha desdibujado su rol de proveedor o al menos, su identificación con ese rol, ello a pesar que cada vez asume mayores responsabilidades antes consideradas como propias de la mujer, principalmente el cuidado de los hijos, no así en las tareas domésticas y la organización cotidiana del hogar, razones que obstan aún para hablar de una “feminización del rol masculino”.

Esta estructura y distribución de roles de la familia actual se entiende en la medida que se trata de una pareja de adultos en edad activa, con lo que resulta interesante observar como estos roles se van reestructurando y adaptando a la vejez de sus miembros. Uno de los puntos de inflexión en el íter vital de la familia está constituido por la jubilación, si bien cada vez es mayor la participación de la mujer en la vida laboral, lo cierto es que la identificación del rol familiar con el desempeño laboral es, en este momento y sin perjuicio de la evolución del fenómeno, más propio de los varones que de las mujeres. En efecto, para las mujeres que no han desempeñado un trabajo remunerado, la etapa de la jubilación no tiene mayor relevancia y para las que sí o han hecho, la jubilación en general, es vivida casi como un alivio, toda vez que de dos grandes tareas como lo son la organización de la vida doméstica de su hogar y trabajar fuera de éste, ahora solo deberá preocuparse de una de ellas. En el caso de los varones, que pudiendo haber participado activamente de la crianza de sus hijos, en general se han mantenido un tanto lejanos a la rutina diaria de la vida doméstica, el retiro laboral importa la pérdida del rol con el que se ha identificado en su adultez y la integración a una rutina que le resulta desconocida y probablemente muy poco motivadora. Así, en el varón el retiro implica una cierta “pérdida de piso” y por tanto un desajuste en el sistema familiar que si no tiene la flexibilidad necesaria para adecuarse a esta nueva situación puede traducirse en factores de riesgo como consumo problemático de alcohol y medicamentos, depresión, violencia y maltrato del adulto mayor a su grupo familiar y viceversa, situaciones que se ven refrendadas por las estadísticas que indican como hitos en el incremento de las tasas de mortalidad masculina, la jubilación y la viudez.

III. LOS HOGARES DE LOS ADULTOS MAYORES EN CHILE

La familia es el contexto protector y de contención de sus miembros, particularmente los más vulnerables, por esta razón resulta interesante visualizar la composición de los hogares de los adultos mayores chilenos, a fin de determinar los recursos protectores y de cuidado con los que cuentan.

Las estadísticas indican que si bien la mayoría de los hogares de adultos mayores en Chile (47%) son de carácter extenso, es decir adultos mayores que han acogido en su hogar a sus descendientes u otros familiares, este porcentaje va en franca disminución, aumentando en la misma proporción, los hogares de adultos mayores que viven solos o junto a su pareja (28%). Lo anterior, en principio no representa mayor dificultad en la medida que los adultos mayores conservan su autonomía, siendo la dependencia la que instala en la familia la necesidad de resolver como se provee al adulto mayor de los cuidados que requiere.

Si bien, es en la hipótesis de adultos mayores que viven solos, en los que la vulnerabilidad parece más evidente, en los hogares extensos también se dan ciertas dinámicas familiares de riesgo que eventualmente pueden traducirse en maltrato y violencia intrafamiliar.

IV. MALTRATO Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

El maltrato al adulto mayor ha sido definido por el Servicio Nacional del Adulto Mayor como la acción u omisión que produce daño a una persona mayor y que vulnera el respeto a su dignidad y al ejercicio de sus derechos como persona, con lo que se releva la amplitud de la conducta constitutiva de maltrato y que éste constituye una transgresión de los derechos fundamentales del adulto mayor.

El maltrato así definido, es constitutivo de violencia intrafamiliar cuando se da al interior de la familia, es decir, cuando ha sido ejercido por una persona que tiene respecto del adulto mayor alguno de los parentescos establecidos en el artículo 5 de la Ley 20066 o que sin tener ese parentesco se trata de un adulto mayor que requiere de cuidados.

El maltrato hacia el adulto mayor es un fenómeno complejo, que se sustenta sobre hipótesis distintas de la violencia intrafamiliar de pareja y por tanto su abordaje y tratamiento, también exige un enfoque diverso. El eje fundamental que nos permite analizar el maltrato hacia el adulto mayor dice relación con el cuidado de éste, es decir, si se trata

de un adulto mayor que requiere o no de cuidados de un tercero, circunstancia que nos permite analizar el modo en que se desarrollan las dinámicas de violencia y evaluar las medidas más adecuadas para el restablecimiento de los derechos fundamentales del adulto mayor.

1.- Violencia intrafamiliar no asociada al cuidado del adulto mayor

Esta hipótesis se sustenta en el hecho que el adulto mayor víctima tiene la autonomía suficiente para desarrollar la mayoría de sus actividades sin el apoyo de terceros, que perfectamente podría vivir o bien vive solo y que en consecuencia, ante hipótesis de maltrato, cuenta con los recursos necesarios para denunciar, requerir ayuda de terceros o bien buscar por sí mismo una solución al problema que le afecta.

A) violencia ejercida por descendientes

se caracteriza del siguiente modo:

- Es indiferente al género, el adulto mayor víctima puede ser mujer o varón.
- El agresor es un descendiente, usualmente hijos o nietos
- El adulto mayor víctima es autónomo, de modo que puede vivir solo o bien con el descendiente agresor u otros familiares, no teniendo con ellos una relación de dependencia.
- El agresor usualmente presenta conductas de riesgo asociadas al consumo problemático de alcohol o drogas, comisión de delitos y causas de violencia intrafamiliar con otras parejas, siendo el consumo el que motiva particularmente la conducta del agresor que muchas veces tiene por objeto afectar el patrimonio del adulto mayor a fin de proveerse de recursos para el consumo.
- En este contexto también pueden darse hipótesis de abuso patrimonial, en las que los descendientes, valiéndose del afecto convencen o engañan al adulto mayor para que les transfiera bienes inmuebles o de hecho se apropian del inmueble del adulto mayor, expulsándolo de su domicilio o relegándolo a sectores secundarios del mismo.

Estas circunstancias determinan que las medidas cautelares tendientes a proteger al adulto mayor, tienen por objeto alejar a este descendiente, sea mediante su salida del inmueble del adulto mayor i bien prohibiéndole que se

acerque a él y en general, resultan efectivas, atendido que por la autonomía del adulto mayor no requiere de la presencia o cercanía de este familiar para desarrollar sus actividades cotidianas.

B) Violencia de pareja

En esta hipótesis a su vez es necesario distinguir:

I.- Violencia crónica

- Violencia de género, de larga data, enmarcada en una cultura con roles claramente diferenciados, que legitimaba y justificaba esta violencia de género.
- El porcentaje de estas denuncias constituyen un numero marginal del total de las efectuadas, principalmente porque frente a estas situaciones son los familiares directos, principalmente los hijos los que intervienen protegiendo al adulto mayor víctima.

II.- Violencia circunstancial

Con esta denominación quiero aludir al maltrato que surge al interior de la pareja adulto mayor y que es motivada por hechos o circunstancias estresoras asociadas al ciclo vital de las familias o al estado de salud de uno de los miembros de la pareja. De este modo, son parejas en cuya relación no han desarrollado dinámicas de maltrato y son circunstancias tales como el nido vacío, la muerte de un hijo, la jubilación, una enfermedad que, al no ser adecuada ni suficientemente integradas a la dinámica familiar, explican el surgimiento de conductas de riesgo tales como consumo o derechamente agresiones físicas o psicológicas, amenazas, etc.

En este supuesto, las medidas cautelares que la ley prevé a propósito de la violencia de pareja tradicional pudiendo hacer cesar la violencia, no necesariamente protegen al adulto mayor, toda vez que al no estar instalada en la pareja una dinámica de maltrato, no siendo probablemente la voluntad de ellos separarse y aún de producirse ésta, la condición que motivo la conducta agresora continúa siendo un factor de riesgo para el que es indiciado como adulto mayor agresor. Por esta razón pareciera más aconsejable, intervenir terapéuticamente al grupo familiar a fin de resignificar e integrar estas experiencias en el ciclo vital de la familia y con ello, hacer desaparecer las condiciones que motivan la conducta agresora.

2) Violencia asociada al cuidado del adulto mayor

Para explicar esta hipótesis, resulta conveniente presentar ciertos datos relevantes:

- La feminización del cuidado, las estadísticas indican que el 84% de los cuidadores de adultos mayores son mujeres.
- Un 30% de los cuidadores de adultos mayores tienen más de 60 años, es decir son adultos mayores.
- Un 31% de los adultos mayores declara cuidar a sus nietos y de ese porcentaje el número de abuelas cuidadoras duplica al de los abuelos cuidadores. Conforme a lo expuesto, se puede colegir que los adultos mayores en situación de dependencia son cuidados preferentemente por mujeres, un buen porcentaje de estas cuidadoras son a su vez adultas mayores que, en un porcentaje no menor, además pueden estar a cargo de sus nietos. Por otra parte, la labor de cuidado del adulto mayor demanda del cuidador un trabajo sin días no horas de descanso, sin vacaciones y sin remuneración, privándose de desarrollar actividades de su interés e incluso cuidar su propia salud, pudiendo incluso ser cuestionados por los cuidados que brindan al adulto mayor por sus otros familiares que, claramente no están dispuestos a asumir estas labores.

Lo anterior, se suele traducir en el denominado “estrés del cuidador”, el que puede importar que un cuidador que no ejercía maltrato, incurra en conductas de negligencia y violencia hacia el adulto mayor e incluso hacia los niños que tenga a su cargo, con lo que claramente se observa un presupuesto distinto al del ejercicio de la violencia tradicionalmente entendido y por tanto a simple vista las medidas cautelares pudiendo hacer cesar la violencia, claramente no protegen al adulto mayor, ya que pueden privarlo del único vínculo afectivo estable y de la única personal que ha estado dispuesta a sumir sus cuidados, propiciando incluso una internación, con lo cual pareciera mucho mas adecuado echar mano de programas alternativos a los cuidados, que permitan relevar al cuidador de su responsabilidad algunos días u horas a la semana y con ello poder procurar el restablecimiento de su propia salud mental y realizar actividades familiares, de ocio y esparcimiento que le permitan mejorar sus propias condiciones para continuar asumiendo el cuidado de un modo beneficioso para el adulto mayor.





IDEJ

INSTITUTO DE ESTUDIOS JURÍDICOS
FACULTAD DE DERECHO

4 AÑOS ACREDITADA | 
DESDE SEPT. 2012
HASTA SEPT. 2016
GESTIÓN INSTITUCIONAL - DOCENCIA DE PREGRADO

www.uss.cl