



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**La expulsión judicial y las consecuencias de su incumplimiento en el
ámbito de la ejecución penal.
Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos**

Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autora

Abril Anais Silva González

Profesora Guía

Rita Lages de Oliveira

Santiago, 2020

Dedicada a Mario Silva Iriarte, ejecutado político por la caravana de la muerte en su
paso por Antofagasta, por el orgullo que siento de ser su nieta.

A Isabel y a Mario, mis dadores de vida, porque han procurado enseñarnos a mí y a
mis hermanos desde el amor incondicional.

A Benjamín, mi compañero, por la gratitud que siento de nuestro amor
inconmensurable.

Agradecimientos

Este trabajo marca la culminación de un largo camino y es el inicio de una nueva etapa de mis estudios, por ello quiero agradecer a mis padres, a quienes les he dedicado este trabajo porque siento gratitud del amor incondicional que me han proporcionado a lo largo de mi vida.

Al equipo de la Defensoría Popular, por su generoso trabajo diario al servicio de los luchadores sociales y por el ejemplar compromiso con el que me han formado.

Al equipo del Centro de Derechos Humanos, por su importante quehacer y por permitirme trabajar y aprender de ellos.

Al profesor Claudio Nash por su inspirador compromiso con los Derechos Humanos y por permitirme ser parte de su equipo de ayudantes.

A la profesora Rita Lages, quien me ha guiado en este trabajo con rigurosidad y paciencia, de ella he aprendido que la humanidad necesita construir puentes y no muros.

Tabla de contenido

Resumen	6
Introducción	7
Capítulo I: Derecho penal y migración	20
1. La globalización como contexto	20
2. El Derecho penal del enemigo: el extranjero como enemigo	23
3. Crimigración	26
4. El caso chileno desde el prisma crimigratorio	30
Capítulo II: Pena mixta de libertad vigilada intensiva y pena sustitutiva de expulsión en la ley N°20.603	37
1. Antecedentes generales de la ley N°20.603	37
2. Historia de la tramitación de la ley	39
2.1 Historia de la ley sobre la incorporación de la pena mixta	40
2.2 Historia de la ley sobre la incorporación de la pena sustitutiva de expulsión	41
3. Instituciones que introduce la ley N°20.603	45
3.1 La pena sustitutiva de expulsión del artículo 34 de la ley N°18.216	45
3.1.1. Naturaleza jurídica de la pena sustitutiva de expulsión	47
3.2 La Pena Mixta del artículo 33 de la ley N°18.216	49
3.2.1. Naturaleza jurídica de la pena mixta	52
Capítulo III: Análisis jurisprudencial: Aplicación de los beneficios dispuestos en los artículos 33 y 26 de la ley N°18.216 para los extranjeros que han incumplido la pena sustitutiva de expulsión	58
1. El reconocimiento del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva para ser abonado al saldo de pena inicial	58
1.1 Rol N°112/2016, Corte de Apelaciones de Iquique, recurso de amparo	61
1.2. Rol N°26/2018, Corte de Apelaciones de Antofagasta, recurso de amparo	65
2. El impedimento para el extranjero que ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión de optar a la pena mixta	70
2. 1. Rol N°131/2018 Corte de Apelaciones de Copiapó, recurso de apelación	70
3. Evaluación crítica de las sentencias expuestas	75
Capítulo IV: Estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos	79
1. Discriminación estructural	79
2. Interseccionalidad	83

2.1 La perspectiva interseccional en el DIDH	84
3. Estándares internacionales de Derechos Humanos para la resolución del problema jurídico	86
3.1. Aplicabilidad de los tratados internacionales en Chile	86
3.2. Estándar mínimo internacional de derechos humanos que debe respetar el Estado para las personas migrantes privadas de libertad	87
3.3. La posición de garante del Estado con relación a los sujetos privados de libertad	89
3.3.1. Reglas de Tokio y Reglas de Brasilia	90
4. Principios del SIDH que sirven como herramientas interpretativas de las normas que privan o restringen el derecho fundamental a la libertad personal de los migrantes	93
4.1 Principio Igualdad y no discriminación	93
4.2 Principio pro persona o pro homine	97
4.3 Principio de no criminalización de los migrantes	99
Conclusiones	102
Referencias	108

Resumen

En el presente trabajo se desarrollará una crítica a la utilización del sistema penal como herramienta del control migratorio. Este fenómeno fue identificado y denominado el 2006 por la jurista Juliet Stumpf como «crimmigración». Por lo que se analizará desde el prisma «crimigratorio» la particularidad de la jurisprudencia chilena en el ámbito de la ejecución penal.

Para esto se llevará a cabo una investigación sistemática de las normas que regulan la pena sustitutiva de expulsión, la pena mixta de libertad vigilada intensiva y el abono de la ley N°18.216, específicamente se estudiará la aplicación práctica de estas instituciones por parte de los tribunales superiores en los casos de extranjeros que poseen situación irregular. Además, se pretende realizar una aproximación teórica a las características y naturaleza jurídica de dichas instituciones, a través de un estudio de los antecedentes histórico-políticos que sustentaron sus dictaciones.

Finalmente, a partir de los estándares que nos brinda el Derecho Internacional de los Derechos Humanos determinaremos cuáles son las obligaciones contraídas por el Estado de Chile en miras a la efectiva protección de los derechos de las personas migrantes privadas de libertad.

Abstract

In the present essay we will develop a critique relate to the use al the penal system as a tool of migratory control. This phenomenon is identified and named in 2006 by jurist Juliet Stumpf is «crimigration». With this taken in consideration, it'll be analyzed from this «crimigratory» perspective. The particularly of the Chilean jurisprudence in the aspect of the penal code.

To accomplish this we Will make a systematic research of the norms used to regulate the expulsion substitutive penalty, the mixed penalty of intensive probation at law credit from law N°18.216, specifically we Will study the practical application of these institutions from the higher courts in cases where foreigners passes an irregular situation. Furthermore it's expected to realize a theoric approximation to the characteristics and legal nature of said institutions, through the examination of the historical-political background of such orders.

Finally, from the standard made by the international human right law, it Will be determined which are the obligations of the Chilean state.

*Y si supera las cosas que pudo ver
Que no se parece a nada a los sueños de su niñez
La negrita no comprende de donde fue que salió
El cuento ese, que en otro lugar vives mejor*

*Porque es muy fácil pensar
Que hay que viajar para triunfar
Que aquí no hay oportunidad
Que en otro lado si la habrá.*

La negrita- Café Tacvba

*Vuestro Cristo es judío. Vuestro coche es japonés. Vuestra pizza es italiana. Vuestra
democracia, griega. Vuestro café, brasileño. Vuestra fiesta, turca. Vuestros números,
árabes. Vuestras letras, latinas. Sólo vuestro vecino es extranjero.*

Eduardo Galeano

Introducción

La migración humana es una realidad mundial cada vez más compleja que presenta enormes desafíos para el derecho. En este contexto, son los Estados quienes tienen un papel protagónico para permitir el efectivo ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas migrantes. Cuando los Estados incumplen ese papel, entonces han incurrido en responsabilidad internacional, que puede consistir en una acción u omisión que viola una obligación establecida en algún instrumento de derecho internacional vigente que ha sido suscrito por el Estado. En consecuencia, si el Estado viola alguna norma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) impidiendo el ejercicio efectivo de un derecho o libertad de una persona migrante, incurrirá en responsabilidad internacional, por lo que deberá reparar el daño producido, dependiendo del tipo de violación cometida.

Tradicionalmente, la violación de los derechos y libertades fundamentales de las personas migrantes ha sido abordada como una vulneración aislada por parte Estado. Sin embargo, vamos a sostener en esta investigación que, respecto a las personas migrantes, existe un tipo de violación a sus derechos y libertades fundamentales que es de carácter estructural.

La violación estructural se refiere a que es la misma organización del Estado y la forma en la que este se ha constituido lo que permite la violación de los derechos y libertades fundamentales de determinados grupos de la población de un país. En palabras de la jurista Paola Pelletier, «nos referimos a patrones y contextos de violaciones de derechos humanos en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido histórica o contextualmente marginados, discriminados o excluidos sin justificación legal» (Pelletier, 2014: 206).

De esta manera, para analizar la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos de las personas migrantes, nos parece necesario profundizar en el concepto de discriminación estructural que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) para contextualizar la afectación de los derechos y libertades fundamentales de este grupo de la población, que debido a consideraciones sociales, económicas y raciales, sufren la violencia del orden social y de las relaciones de poder

establecidas que configuran sistémicamente la discriminación expresada en el orden jurídico (Iriarte, 2018). El sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) «avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren por consiguiente la adopción de medidas especiales de equiparación» (Abramovich, 2009: 21). La Corte, en este sentido, ha reconocido la existencia de contextos de discriminación estructural hacia grupos de personas migrantes, de forma masiva, sistemática y generalizada, históricamente discriminada en razón al grupo étnico, raza y nacionalidad, y por su situación económica, social y cultural¹.

Esta evolución jurisprudencial de la noción tradicional de discriminación busca una mayor protección de los derechos de los grupos de la población más expuestos a la violación de derechos y libertades fundamentales. Los sectores sociales bajo condiciones estructurales de desigualdad y exclusión son las víctimas principales del déficit institucional de los Estados. Se trata de desplazar el estándar de cumplimiento de las normas del DIDH hacia una noción de igualdad sustantiva, que demanda por parte del Estado un rol activo para generar equilibrios sociales, o más bien, la protección especial de ciertos grupos que padecen procesos históricos o estructurales de discriminación, pues nos encontramos frente a «una serie de prácticas que en apariencia pueden ser neutrales o pueden no expresar una voluntad deliberada de discriminar a un sector, pero que sin embargo, pueden tener como efecto la discriminación de un sector definido, y por ello pueden considerarse violatorias de la regla de igualdad» (Abramovich, 2009: 19)

Por esta razón, vamos a sostener que estas desigualdades que se presentan en el ordenamiento jurídico «son el resultado de una situación de exclusión social o de sometimiento de las personas migrantes, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias» (Alegre y Gargarella, 2007: 166).

¹ Caso *Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de República Dominicana*, medidas provisionales (2000). Caso *las Niñas Yean y Bosico Vs República Dominicana* (2005). Caso *Nadge Dorzema y otros Vs República Dominicana* (2012). En estos casos la Corte IDH constató la existencia de un contexto de “prácticas” o “patrones sistemáticos de violaciones de derechos humanos” de jure y de facto en el examen de las condiciones socioeconómicas en que viven los migrantes y sus descendientes en el país.

Es importante distinguir entre la discriminación de trato y la discriminación de estatus, es decir, diferenciar entre la discriminación como una ruptura de la igualdad de trato, introduciendo una diferencia antijurídica entre individuos que pertenecen a un mismo grupo, y la ruptura de la igualdad respecto a sujetos que pertenecen a grupos con diferente poder social (Barrère, 2001). Lo anterior permite plantear el concepto de discriminación estructural para referirse a la realidad de discriminación sistemática que viven grupos de sujetos producto de la estructuración del orden social. Barrère ha configurado un concepto aún más específico, al que ha llamado «subdiscriminación». Esta noción nos permite sintetizar y expresar que la discriminación a los migrantes es producto de la subordinación sistémica de las personas migrantes y permite diferenciar los actos de discriminación de estatus, de actos discriminatorios fundados en la diferencia de trato. En este sentido, los hechos individuales de discriminación que afectarían a las personas migrantes son en realidad manifestaciones de subdiscriminación, y, por tanto, de discriminación de estatus o de estructura.

Con la discriminación estructural como punto de partida, las soluciones que podamos identificar en esta investigación se orientan hacia la determinación y comprensión de los elementos constituyentes de la subordinación y discriminación de los migrantes.

Para abordar el análisis de las consecuencias discriminatorias del incumplimiento de la expulsión judicial, en un contexto de discriminación estructural, expondremos algunos antecedentes que dan cuenta del elemento subjetivo que incide en la manera en que el Estado viola de forma estructural los derechos humanos de personas migrantes.

Así, en los últimos años, hemos sido testigos en nuestro país de una transformación importante de la realidad cultural que se desenvuelve en el interior de la sociedad chilena. Esta observación surge a partir del aumento considerable de población extranjera que ha llegado al territorio, principalmente desde América latina y el Caribe. Las últimas estadísticas, elaboradas en diciembre del 2018 por el Departamento de Extranjería y Migración, señalan que la población extranjera ha aumentado a 1.250.000 personas, lo que equivale al 7% de la población total, un incremento del 33% respecto a los datos recientes del censo del 2017. De esta cifra, las siete principales nacionalidades

residentes en Chile corresponden a países de la región de América latina y el Caribe, siendo Venezuela con un 23% la más prevalente, seguido de Haití con un 14,3% (INE y DEM, 2018: 21). Este crecimiento de la cantidad de extranjeros residentes ha tenido como consecuencia más visible un aumento importante de la conflictividad racial que origina nuestra sociedad, precisamente, hacia la población extranjera proveniente de la región. Por esta razón, se observa que la transformación de la realidad cultural en Chile está relacionada con una nueva forma de convivencia que se genera a partir del progresivo encuentro cultural de las diferentes nacionalidades. Este fenómeno se nos presenta como un desafío enorme respecto al reconocimiento de los derechos humanos que el Estado debe respetar y garantizar a todas las personas que residen en el territorio, nacionales o extranjeros.

Un estudio del Instituto Nacional de Derechos Humanos (en adelante, INDH), del 2017, expone un revelador análisis sobre la manifestación de la discriminación racial respecto a la población migrante de la región. Señala que un tercio de la población piensa que la mayoría o gran parte de los chilenos considera ser "más blanco que otras personas de países latinoamericanos". A esto se suma que un 71,3% se muestra de acuerdo con la afirmación "Con la llegada de inmigrantes a Chile hay mayor mezcla de razas" (INDH, 2017: 23), lo que demuestra, por un lado, una cultura que se reconoce mayoritariamente desde un concepto racial, que ha sido descartado desde el ámbito científico a partir de la decodificación del genoma humano, y, por otro, devela la persistencia de concepciones históricamente construidas respecto a la diferencia entre los rasgos de nuestra población y otros colectivos, ya sean de otros países o culturas. También el estudio muestra que más de un tercio de la población encuestada piensa que la mayoría de los chilenos considera ser más desarrollado que otros pueblos de Latinoamérica, exponiendo un carácter de superioridad respecto a las personas migrantes de esta región.

Este análisis de la percepción de la discriminación racial en Chile expone cómo se encuentra arraigada en nuestra cultura elementos subjetivos que dicen relación con una cierta predisposición de rechazo hacia otros pueblos de la región, en base a consideraciones raciales.

Como consideraciones preliminares a la explicación del problema jurídico que queremos analizar, respecto a las consecuencias discriminatorias del incumplimiento de

la expulsión judicial para las personas migrantes, queremos abordar otro elemento relacionado con la discriminación, la interseccionalidad. Esto porque nuestro análisis también tratará de las personas migrantes privadas de libertad, por lo que confluyen en un mismo sujeto, dos categorías susceptibles de sufrir discriminación. En este sentido, se trata de un trabajo sobre la discriminación que sufren las personas migrantes privadas de libertad. Hablamos de una situación de discriminación a la que se ve afectado cierto grupo humano en el cual intersectan dos categorías de opresión política y desigualdad social. La primera de ellas es la condición de sujeto migrante, particularizado principalmente en los extranjeros de la región de América Latina y el Caribe, que, en el caso de nuestro país, representan la mayor cantidad de población migrante. La segunda categoría corresponde a la condición de sujeto privado de libertad, para referirnos a la población penal extranjera que ha recibido condena de parte del Estado de Chile por la comisión de un delito. En razón a esto la teoría de la interseccionalidad será un marco teórico que utilizaremos en el análisis de la discriminación que sufren los migrantes privados de libertad, para dar cuenta de distintas categorías de discriminación que confluyen en la situación de vulnerabilidad de este grupo de la población.

Para una perspectiva particular de este concepto, adoptaremos como referencia conceptual el trabajo de la cientista política Marta Cruells, para quien la interseccionalidad se concibe como una herramienta conceptual capaz de visibilizar y analizar la desigualdad compleja en nuestras sociedades. En este sentido, plantea que «los procesos de producción de la desigualdad son complejos, en la medida que se ven involucrados diferentes sistemas de opresión, niveles y una multiplicidad de sujetos que en tanto grupos sociales afectados ya no se pueden pensar como identidades monolíticas» (Cruells, 2015: 45). Tanto el concepto de discriminación estructural como el concepto de interseccionalidad serán utilizados como parte importante de nuestro marco teórico, en el análisis jurídico de las normas nacionales que generan discriminación a las personas migrantes, en particular, en el ámbito de la ejecución de la pena.

Para el análisis de la materia, utilizaremos los estándares normativos que nos brinda el DIDH. Abordaremos el catálogo de derechos, garantías, principios y estándares, relativos a la ejecución de sanciones penales para los migrantes, determinaremos cuales son las obligaciones contraídas por el Estado chileno en miras a la efectiva protección

de los derechos de las personas migrantes e identificaremos los principios rectores del SIDH que deben orientar las decisiones judiciales.

En cuanto al catálogo de derechos que abordaremos, en razón al sentido práctico que estos puedan tener para el tratamiento de nuestra problemática jurídica, nos enfocaremos en el derecho a la tutela judicial establecido en el artículo 8 y 24 de la CADH, entendiendo este no solo como lo dispuesto en dichos artículos, sino que como una tutela general que va más allá de los términos estrictamente procesales, y que alcanza desde luego la ejecución penal. También en lo respectivo a las garantías aplicables a situaciones de restricción a la libertad personal, los artículos aplicables son el 7 de la CADH y el XXV de la Declaración.

En el presente trabajo analizaremos el alcance de algunos principios que establece el SIDH, a saber, el principio de igualdad y no discriminación, el principio *pro homine* y el principio de no criminalización de los migrantes, los cuales se erigen como una guía orientadora para el razonamiento que deben efectuar los jueces al aplicar la normativa chilena. Evaluaremos si los razonamientos judiciales en las sentencias de interés para nuestro trabajo efectivamente respetan y se construyen en base a dichos principios.

A continuación, expondremos sucintamente los problemas jurídicos identificados en nuestra investigación, los cuales desarrollaremos con profundidad en todos sus aspectos y complejidad en los capítulos II y III del presente trabajo.

A partir del análisis de tres sentencias judiciales de los Tribunales superiores de justicia chilenos de los últimos tres años, es posible reconocer ciertas problemáticas jurídicas que afectan a los extranjeros como consecuencia del incumplimiento la expulsión judicial en el ámbito de la ejecución penal. Las respuestas judiciales existentes ante una misma problemática resultan ser de diversa índole, por lo que a lo largo de este trabajo nos abocaremos a dilucidar el razonamiento y fundamento que sustenta dichas decisiones judiciales.

Las dos problemáticas jurídicas que identificamos estriban en la interpretación extensiva que realizan los jueces de normas que restringen la libertad personal. La primera, la identificamos al analizar resoluciones judiciales que niegan a los extranjeros

la posibilidad de optar al beneficio de la pena mixta de libertad vigilada y, por otro lado, estamos ante resoluciones judiciales que tampoco quieren reconocerles el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión para ser abonado a la pena privativa de libertad.

Es relevante señalar que este problema se origina en parte por la falta de regulación, ya que la ley nada dice sobre las consecuencias en el ámbito de la ejecución penal sobre el quebrantamiento o incumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión. La única referencia al respecto es la del artículo 34 de la ley N° 18.216², en su inciso final, al señalar que «En caso de 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». Es precisamente por esta razón que ante la carencia de una formulación expresa por parte del legislador sobre dicha situación, los jueces al enfrentarla (las solicitudes del beneficio de pena mixta y reconocimiento de abono) tienden a realizar una interpretación extensiva de la normativa en pos de restringir el derecho fundamental de la libertad personal. Es relevante señalar que dicha interpretación no es en realidad propiamente un método de interpretación, ya que es una forma de integración del sistema normativo, en aquellos casos en que la ley no regula expresamente la situación sobre la cual se debe decidir. La regla general es que la interpretación extensiva para restringir derechos y libertades fundamentales se encuentra prohibida en el ámbito del derecho penal. Pese a esto «diversos autores siguen opinando que es posible en determinadas ocasiones aplicar analógicamente normas penales beneficiosas para el reo» (Ribas, 2014: 158). Por lo tanto, la regla general es que no debiese utilizarse una interpretación extensiva cuando esta resulta contraria al principio *indubio pro reo* y al principio *pro homine*, como precisamente ocurre en la jurisprudencia que analizaremos a lo largo de este trabajo.

Las resoluciones que niegan la posibilidad de optar al beneficio de la pena mixta de libertad vigilada intensiva a los extranjeros que han incumplido la pena sustitutiva de expulsión se fundamentan principalmente en una interpretación literal de lo que establece el artículo 34 inciso final de la ley N°18.216 arriba citado. Los jueces señalan

² Ley N°18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, de 20 de abril de 1983 (la última versión es de 4 de marzo de 2020).

que el beneficio de la pena mixta resulta contrario a dicho inciso, porque de concederse la pena mixta de libertad vigilada intensiva no se estaría cumpliendo «el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta». Lo que subyace a dicha interpretación es que dicho beneficio vendría a revocar la pena privativa de libertad originalmente impuesta. Nuestra postura a lo largo del trabajo irá encaminada a desarrollar el argumento contrario, ya que la naturaleza jurídica de la pena mixta consiste «en una forma de interrupción de la pena privativa de libertad», no siendo, una revocación que permitiría «el incumplimiento del saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta», sino que precisamente es una forma diversa de cumplir la misma pena original.

Resulta necesario hacer la distinción entre «medidas diferentes al encierro que se deciden en el momento de la imposición de la condena (pena sustitutiva), de otras meras alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas (pena mixta)» (Ramos, 2015: 4). La interpretación judicial de los diversos fallos que niegan la concesión de la pena mixta hacen equivalente la pena mixta de libertad vigilada intensiva y la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, y en base a dicha igualación justifican la no concesión del beneficio, ya que desde esta lógica de concederse el beneficio de la pena mixta se estarían otorgando nuevamente una pena sustitutiva, porque ya le había sido impuesta inicialmente la pena sustitutiva de expulsión como sanción en el pronunciamiento de la condena.

Por esta razón, nuestro trabajo se abocará a hacer un estudio pormenorizado de la naturaleza jurídica de las penas sustitutivas y la pena mixta de libertad vigilada intensiva. Para demostrar que efectivamente estamos ante dos instituciones diversas, y que la concesión de la pena mixta de libertad vigilada intensiva no es óbice para el cumplimiento cabal del inciso final del artículo 34 de la ley N°18.216.

En cuanto al segundo problema jurídico que identificamos en dichos fallos, dice relación con aquellas resoluciones judiciales que se pronuncian rechazando la posibilidad de reconocer a los extranjeros que incumplieron la expulsión judicial (al regresar al territorio nacional antes de los diez años establecidos) el tiempo que estuvieron cumpliendo dicha pena sustitutiva para ser abonado al saldo de la pena inicial. Es necesario señalar que la jurisprudencia no es conteste ante la interpretación y aplicación

del beneficio del artículo 26 de la ley N°18.216 que establece la posibilidad de abonar el tiempo de ejecución de la pena sustitutiva para el cumplimiento de la pena inicial privativa de libertad. Este artículo funciona como regla general ante el quebrantamiento de las penas sustitutivas, pero tratándose del reconocimiento del abono para los extranjeros, no existe consenso en la jurisprudencia, por un lado, encontramos resoluciones que reconocen la posibilidad de abonar el tiempo que el extranjero estuvo expulsado y por otro lado encontramos jurisprudencia que niega el reconocimiento del derecho a abonar a los extranjeros que han incumplido la pena sustitutiva. Derecho que es garantizado de forma unánime por la jurisprudencia, cuando se trata de reconocérselo a nacionales que han incumplido penas sustitutivas.

Surge entonces la pregunta: ¿Existen las herramientas para construir un argumento jurídico que permita una interpretación de la norma, tendiente a reconocer los mismos derechos que si han sido asegurados y garantizados para los nacionales?

Para responder a dicha pregunta, el marco jurídico a utilizar a lo largo de nuestro trabajo será el estudio y la aproximación teórica de las características y naturaleza jurídica de las instituciones correspondientes a la expulsión como pena sustitutiva (artículo 34 de la ley 18.216) y a la de libertad vigilada intensiva como pena mixta (artículo 33 del mismo cuerpo legal) a través de un estudio pormenorizado de los antecedentes que sustentaron sus dictaciones. Haremos un análisis normativo de la ley N°18.216, y también de la ley N°20.603 que modifica a la recién mencionada e introduce la expulsión judicial al ordenamiento jurídico chileno, junto con este estudiaremos los antecedentes históricos-políticos que sustentaron sus dictaciones, para indagar sobre el sentido y fundamento de la expulsión.

Las leyes arriba mencionadas se enmarcan en «El sistema chileno de ejecución de penas que contempla penas sustitutivas destinadas a beneficiar a quienes se encuentren privados de libertad, a efectos de contribuir a su reinserción social. La ley N°20.603 vino a reformar el régimen general con el objetivo de disminuir el nivel de hacinamiento» (Godoy Ormazábal, 2016: 29). Al hacer un exhaustivo estudio de la historia de la ley N°20.603 podremos constatar las razones que impulsaron la introducción de la expulsión en el sistema de penas sustitutivas. Intentaremos dilucidar si efectivamente la interpretación y aplicación de estas leyes por parte de la

jurisprudencia se condice con estos fines de descomprensión del sistema penitenciario chileno, o si en realidad los jueces a través de sus decisiones judiciales están sosteniendo un tratamiento jurídico-penal más severo hacia el sujeto migrante en razón al fundamento de la "peligrosidad" de los extranjeros condenados, «justificando la implementación de respuestas estatales más enérgicas en función de la distinta jerarquía que ocupa el "irregular" cuando es autor de un delito» (Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018: 750).

Para el análisis jurisprudencial y político-criminal que efectuaremos a lo largo de este trabajo nos valdremos del enfoque teórico de *crimmigration* (crimigración). Para contextualizar, este enfoque teórico nace en Estados Unidos como un paradigmático ejemplo, ya que dicho país hace años lidera un proceso de endurecimiento de las leyes penales dirigidas a los extranjeros, produciendo una convergencia entre las leyes penales y las leyes de extranjería (la criminalización de la migración). Este fenómeno fue identificado y denominado el 2006 por Juliet Stumpf como *crimmigration*. En nuestro trabajo buscaremos analizar desde este enfoque teórico la particularidad de la realidad chilena en la jurisprudencia de los últimos tres años, para responder si el razonamiento que están utilizando los jueces al aplicar el artículo 34 de la ley N°18.216, que niega derechos y beneficios, responde a una manifestación de las políticas criminales concretas de endurecimiento penal para el sujeto extranjero.

Estas estrategias político-criminales en Chile, que tienden a instrumentalizar el derecho penal para efectos de que el Estado pueda controlar y tener un mayor y mejor control de sus fronteras, en realidad tienen poca data. Las deportaciones vinculadas a la comisión de delitos se introdujeron recién el 2012 con la ley N°20.603, sin duda la expulsión judicial es adoptada desde hace mayor tiempo en el contexto internacional, es decir, la expulsión que se lleva a cabo cuando se comete un hecho con relevancia penal. Los requisitos que establece el ordenamiento jurídico chileno para que la expulsión pueda ser aplicada son dos: primero, el extranjero tiene que encontrarse en situación irregular y, segundo, haber cometido crímenes cuya pena sea inferior a los cinco años. Si bien a lo largo del trabajo nos dirigiremos a hacer un análisis con mayor profundidad del fundamento jurídico y político-criminal de la expulsión, *a prima facie* podemos señalar que esta medida tiene su sustento en la "peligrosidad" u "amenaza" que constituye aquel sujeto (que cumple los dos requisitos que establece la ley) para el orden público y la

seguridad nacional, ya que las políticas criminales en la actualidad se encaminan a la protección de esos bienes jurídicos.

Resulta relevante en base a esto hacer un análisis cuantitativo de la población extranjera que ha sido expulsada y ha quebrantado esta pena sustitutiva, para así develar cuales son los delitos "peligrosos" y "amenazantes" que principalmente cometen. En base a la muestra cuantitativa que nos brinda la jurisprudencia de los últimos tres años que analizaremos, podemos señalar que en su mayoría las expulsiones fueron producto de la comisión del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Creemos, por tanto, que es relevante estudiar la real "peligrosidad" de dicho delito, ya que es en base a esta que se justifica la expulsión

«Las personas extranjeras expulsadas son condenadas por delitos respecto de los cuales la etiqueta de peligrosidad es muy endeble [...] El tráfico de drogas es un fenómeno delictivo caracterizado por sus altas dosis de fungibilidad. En efecto, la detención de determinados actores suele dar paso a su sustitución, más o menos inmediata, por otros operadores en el mercado (ilícito)» (Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018: 758).

De llegar a la conclusión de que efectivamente la "peligrosidad" u "amenaza" del delito de tráfico ilícito de estupefacientes no es tal, podremos encaminarnos a develar el verdadero sustento que subyace en las políticas-criminales chilenas al develar que el fundamento de la peligrosidad se sustenta en realidad en el autor (extranjero), más que en el hecho delictivo (el delito). La "peligrosidad" desde la óptica penal, la constituye la asociación existente entre criminalidad y migración.

Para este análisis será esencial valernos del concepto de derecho penal del enemigo. Teoría que es acuñada por Gunter Jackobs en 1985. Esta nos permitirá explicar el proceso de securitización del espacio de la migración, el tratamiento penal más severo dando espacio para «la posibilidad de establecer distintas clases de ciudadanos y por consiguiente habilita la existencia de dos derechos penales: uno para el ciudadano y otro para el enemigo» (Guía, 2012:594). La aplicación del *ius puniendi* desde esta óptica hace que se considere como enemigos a los extranjeros y como ciudadanos únicamente a los nacionales, cobra relevancia el autor del delito por sobre la que debería en realidad tener el hecho o acto mismo por el cual se le ha castigado, comienza a ser castigado por formar parte de determinado grupo que es considerado "peligroso".

«Es así que a partir de ese "fichaje" del "otro" como potencial peligro o amenaza, se ha influido en la configuración de la política criminal moderna en cuanto a: flexibilización de estándares de imputación penal y principios básicos del derecho penal. De manera que el ordenamiento jurídico penal vigente se dedica a criminalizar a ciertos sectores de la población y a excluirlos del sistema social por considerarlos enemigos o individuos que deben ser tratados bajo "otro régimen" para sancionar sus actuaciones» (Aponte, 2006: 170).

Se construye un trato diferenciado en base a la categorización entre ciudadanos y enemigos, que se expresa en el ámbito jurídico penal (tanto en el proceso penal como en la posterior ejecución de la pena), en el no reconocimiento al extranjero, en razón a su pertenencia a determinado grupo social, las garantías y derechos que toda persona, ya sea nacional o extranjera, debería tener en el ámbito del proceso penal y posterior ejecución de la sanción.

Capítulo I: Derecho penal y migración

1. La globalización como contexto

Las problemáticas jurídicas en torno a la migración que pretendemos analizar a lo largo de este trabajo se enmarcan en un contexto de globalización. Para efectos de este trabajo entendemos por globalización, no como un concepto jurídico, sino como uno propio de las ciencias sociales. Así, la globalización, desde un punto de vista económico, implica la interdependencia de la economía mundial y comprende a las empresas transnacionales, el capital, el trabajo, los bienes y los servicios que se mueven con libertad a escala mundial, lo cual es posible gracias al avance técnico. A su vez, «desde una perspectiva política descriptiva, es posible señalar que se ha producido una pérdida de relevancia política de los Estados nacionales, y en contraste la génesis de mecanismos de gobierno global» (Vogel, 2005: 115).

La globalización también puede ser caracterizada como «un proceso histórico objetivo que implica un desplazamiento del alcance espacial de los sistemas de relaciones sociales hacia modelos de organización y actividad de alcance mundial» (McGrew citado en Asencio, 2001: 5). La globalización como proceso de integración económico-política regional estaría, en sustancia, desmilitarizando y liberalizando las fronteras, y determinando su progresiva erosión (Campesi, 2012: 2). Esto ha tenido como consecuencia que los Estados han ido adquiriendo un progresivo debilitamiento de su soberanía territorial, lo cual se presenta como un enorme desafío para estos.

«Como respuesta al declive del poder nacional soberano debido a los procesos y estructuras globales, algunos Estados se están fortificando para reclamar la forma tradicional de poder territorializado, orientado fundamentalmente a frenar a los migrantes. Pero la violencia que este fenómeno produce lleva a ciertas paradojas en cuanto al desarrollo de las políticas internacionales y a la representación política de las soberanías nacionales» (Domenech, 2017: 75).

En adelante haremos referencia al impacto de la globalización en el derecho, específicamente en el área penal y cómo incide esto en la migración. Las políticas criminales de hoy se erigen en función a las necesidades de la sociedad globalizada, calificada como *sociedad del riesgo*, por el sociólogo alemán Ulrich Beck en 1986 en su obra «La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad». El autor caracteriza dicha sociedad como «compleja, transnacional, dinámica en su economía, compuesta por una

multiplicidad de interconexiones causales y la existencia de una alta intervención de colectivos. En definitiva, como una sociedad en la que los avances científicos y tecnológicos, así como el fenómeno de la globalización, entre otros factores, favorecen la aparición de nuevos peligros ante los que el ciudadano medio se siente amenazado» (Jiménez, 2014: 1).

Por lo tanto, la sociedad de riesgo tiene como característica principal que el progreso técnico y los riesgos crecientes van de la mano. Estos riesgos ocasionan daños globales, no delineables temporal y mayormente irreparables, afectando masivamente a los seres humanos, sin exclusión, en los diferentes puntos del planeta (Villegas, 2009:2).

En este sentido, se afirma que «el derecho penal actual es un derecho en expansión como respuesta a dicha sociedad de riesgo, pasando a intervenir en ámbitos que anteriormente no eran objeto de regulación penal, o bien, a ampliar supuestos típicos en aquellas esferas donde ya intervenía con anterioridad. Esta expansión ha generado un intenso debate, sobre lo razonable e irrazonable de la misma, y, por ende, sobre la legitimidad o no del moderno derecho penal» (Villegas, 2009: 4). Se trataría de un derecho penal que ofrece su tutela a un alto número de nuevos bienes jurídicos de naturaleza supra-individual.

La relación de la doctrina de la seguridad nacional y la expansión del derecho penal en protección de bienes jurídicos supraindividuales, como lo son el orden público y la seguridad nacional, tiene como resultado el desarrollo de un proceso de securitización de la movilidad humana (Zamora citado en Valle, Rodríguez y Bolaños, 2018: 17)³.

La securitización es el proceso mediante el cual una cuestión se transforma en un problema de seguridad, con total independencia de la relevancia específica de la

³ Sobre dicha relación, ciertos autores entienden que existe una diferenciación entre el derecho penal securitario y el derecho penal en expansión, señalando que el primero instrumentaliza el discurso del derecho penal en expansión para criminalizar a los grupos socialmente excluidos. A su respecto, DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. (2005): «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado», en donde señala:

«se debe diferenciar los postulados de extender el Derecho penal a nuevos ámbitos generadores de lesividad social y que hasta ahora no habían estado sometidas a la intervención del ius puniendi, de aquellas otras propuestas que propugnan un modelo penal securitario que nada tiene que ver con las nuevas formas de criminalidad propia de la sociedad de riesgo (dicho modelo ha logrado presentar sus propuestas como un aspecto más del fenómeno de la expansión del derecho penal vinculada a la consolidación de la moderna sociedad de riesgo cuando en realidad se limita a "sobrepenalizar". En relación al modelo securitario, cabría hablar con más precisión de una mayor intensidad del derecho penal que de una expansión [...] Todo esto conlleva la ausencia de deslinde suficiente entre lo que es una criminalidad organizada llevada a cabo por bandas profesionalizadas de extranjeros y la criminalidad de migrantes derivada de su inestabilidad social y económica».

supuesta amenaza «El vínculo entre migraciones e incremento de la inseguridad se consolida mediante dos líneas argumentativas básicas: una vinculada de forma más estrecha con el orden público interno del Estado, que se orienta al incremento del desorden urbano y de la criminalidad común, y otra vinculada al tradicional discurso de la seguridad nacional, que tiende a vincular las migraciones con una serie de amenazas estratégicas de carácter transnacional, como la criminalidad organizada y el terrorismo internacional (Campesi, 2012: 5)».

En este sentido, el discurso del modelo securitario reconoce a los migrantes como un grupo que pone en riesgo la protección de los bienes supraindividuales, por lo que progresivamente los va transformando en los principales destinatarios del sistema penal, la migración pasa a ser vista como un problema que debe ser gestionado, ante todo desde la perspectiva del control (Brandariz, 2008: 140).

«El control de fronteras ha acabado por construir el lugar común según el cual el movimiento de las personas es una actividad sospechosa, potencialmente ligada a la criminalidad organizada y al aumento del desorden. Esto ha situado a determinadas personas caracterizadas por su movilidad, especialmente aquellos que son etiquetados como "migrantes", en el centro de una serie de discursos y prácticas securitarios» (Carrera citado en Campesi, 2012: 3).

Resulta evidente que la promesa sobre la supresión de las fronteras que vaticinaba la era globalizada resultó ser únicamente real en beneficio de los grandes intereses económicos, porque lo que en realidad ha ocurrido es que mientras el capital encuentra cada vez menos obstáculos, las personas se enfrentan a un creciente número de barreras y límites, materiales, simbólicos o estructurales, espaciales o temporales (Mezzadra y Nelison, 2013: 9).

Es así como se construye un discurso que erige al migrante como enemigo del Estado y de la sociedad cuando se configura como un agente externo que amenaza la seguridad nacional, por lo que el ordenamiento jurídico adopta el rol de salvaguardar este conjunto de intereses nacionales, legitimando la criminalización de la migración.

Algunos Estados han configurado y adoptado estrategias desde el sistema penal para proteger sus fronteras, dichas estrategias suponen la exclusión de quién no las reconoce y sobre todo de aquel que evidencia su peligrosidad a través de la comisión de delitos:

«The growing body of literature addressing migration as a security problem on the political and public level, also referred to as the securitization of migration, suggests that this development is occurring in many Western countries, researched context of neoliberal regimes, such as the United States and the United Kingdom» (Woude, Leun y Nijland 2014: 1)⁴.

Se han formulado diversas teorías para explicar la concretización de estas estrategias securitistas en el ámbito del sistema penal. A lo largo de este trabajo proponemos realizar un análisis de estas estrategias en el caso chileno, desde el enfoque teórico denominado *crimmigration*.

Además, nos valdremos de la teoría del derecho penal del enemigo, que precede al enfoque teórico *crimigratorio* y lo complementa, para dotar de mayores herramientas el análisis y lograr un entendimiento más acabado sobre el desarrollo y configuración del sujeto extranjero infractor de la ley penal como enemigo, su transformación como principal objetivo del ejercicio del *ius puniendi*, develando que esto responde a fines de control y gestión migratorios y no precisamente a fines penales.

2. El Derecho penal del enemigo: el extranjero como enemigo

Este concepto, propuesto y formulado por Günter Jackobs en 1985, describe la expansión del ámbito de la criminalización, despojando de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos que deben ser tratados como meras «fuentes de peligro» a los que hay que neutralizar a cualquier precio (Cancio, 2003: 24).

De este modo, se establece una división y categoría entre las personas: aquellas a quienes se les reconoce la condición de ciudadanos y aquellas a las cuales no se les reconoce dicha condición. Estas últimas, al ser consideradas como no ciudadanos son consideradas como enemigos. «La esencia del derecho penal del enemigo está, entonces, en que constituye una reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos» (Cancio, 2003: 22).

⁴ «La creciente literatura que se ocupa de la migración como un problema de seguridad a nivel político y público, también conocida como la securitización de la migración, sugiere que este desarrollo se está produciendo en muchos países occidentales, a menudo en regímenes neoliberales, como en Estados Unidos y el Reino Unido» (traducción propia).

El establecimiento de distintas clases de personas conlleva también un distinto trato acorde a dichas categorías: al enemigo se le perseguirá por formar parte de determinado grupo social que es considerado "peligroso", mientras que a los que son considerados ciudadanos se le brindará un trato acorde a dicha condición, lo que implica reconocerles los derechos y garantías que todo Estado de derecho procura resguardar para quienes detentan la condición de ciudadanos. Entonces, es el Estado quien determina mediante su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el estatus que tal condición comporta.

El concepto *enemigo* fue formulado en la teoría política por Carl Schmitt para realizar la distinción *amigo/enemigo*. Por *enemigo* se entiende a un individuo categorizado por el Estado como "diferente", a quien la norma no puede aplicarse, distinguiéndose así *a contrario sensu* del que es reconocido como *amigo*.

«Este concepto bien preciso de enemigo se remonta a la distinción romana entre el *inimicus* y el *hostis*, donde el primero era el enemigo personal, en tanto que el verdadero enemigo político sería el segundo, respecto del cual se plantea siempre la posibilidad de la guerra, como negación absoluta del otro ser o realización extrema de la hostilidad. El extranjero, el extraño, el enemigo, el *hostis* era el que carecía de derechos en absoluto, que estaba fuera de la comunidad» (Zaffaroni, 2006: 15).

Es así como se establece una «división entre las personas que reciben el trato de ciudadanos -aquellos que cumplen las leyes establecidas por el Estado- y las que son tratadas como enemigos- individuos peligrosos, sujetos a un poder punitivo descomunal» (Guia, 2012: 600). A través de este derecho se establecen distintas clases de ciudadanos, lo cual habilita la existencia de dos derechos penales: uno para el ciudadano y otro para el enemigo.

El derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino de autor, esto quiere decir que «no es sólo un determinado "hecho" lo que está en la base de la tipificación penal, sino también otros elementos, con tal de que sirvan a la caracterización del autor como perteneciente a la categoría de los enemigos, se identifica a un específico tipo de autor, quien es definido no como igual, sino como otro. Es decir, que la existencia de la norma penal [...] persigue la construcción de una determinada imagen de la identidad social mediante la definición de los autores como "otros" no integrados en esa

identidad» (Cancio, 2003:16). En este sentido, el objeto del proceso penal deja de ser el hecho punible (acto u omisión prohibida por la ley), convirtiéndose en el objetivo principal el autor. Esto quiere decir que se le persigue y se le castiga por quién es y no por el hecho que ha cometido, esto hace que el grado de culpabilidad del delincuente aumente, tornándose importante su pertenencia a determinado grupo que es considerado desde esa óptica "peligroso". Al fijar sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del hecho (Crespo, 2004: 90).

Es así como el derecho penal del enemigo manifiesta la construcción de un trato diferenciado, a partir de una distinción entre los ciudadanos y los no ciudadanos. Esta categorización implica reconocer al extranjero como enemigo, lo cual tendrá consecuencias a lo largo de todo el proceso penal y también en la posterior ejecución de la pena. Este concepto, por lo tanto, viene a describir la expansión del ámbito de la criminalización, el drástico incremento de las condenas y la restricción del estatus procesal garantizado al acusado, resulta ser una aplicación severa del derecho penal y la supresión de garantías que todo Estado de derecho debería reconocerle a sus ciudadanos.

Esto implica una selectividad por parte del aparato estatal en el ejercicio de su *ius puniendi*, cuando se trata de seres humanos que son vistos como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos (Zaffaroni, 2006: 5).

Se constata, un cambio de objetivo de la punibilidad, es decir, que en este ámbito la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal se enfoca en el autor en lugar del hecho cometido. Además, las penas previstas son desproporcionadamente altas, especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tomada en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. Y determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas (Cancio, 2003:18). La desproporción en las consecuencias jurídicas, penas sin proporción con la lesión realmente inferida, el

marcado debilitamiento de las garantías procesales y la identificación de los destinatarios mediante un fuerte giro al derecho penal de autor.

La concentración de las funciones de control del orden social y de lucha contra la criminalidad en determinados grupos o sectores sociales aparece como una realidad ineludible, se identifican a los principales grupos peligrosos y se concentran en tales segmentos sociales los recursos de vigilancia y control.

Parte de la interiorización del concepto de enemigo en el derecho migratorio implica la generación de regímenes excepcionales de tratamiento para los individuos, pues la condición de persona se ve suspendida en caso de ser extranjero permitiendo individualizarlo durante el proceso de criminalización, estableciendo mecanismos punitivos que flexibilizan el ordenamiento jurídico a conveniencia, dando paso a irregularidades contra el extranjero por su sola condición de extranjero. «El estereotipo mayoritariamente criminalizado del extranjero no es el que se acomoda al perfil de un *ciudadano* o aquel que comete actos antijurídicos y es catalogado como *enemigo*, es aquel extranjero que por su condición de vulnerabilidad es parte del movimiento migratorio» (Zaffaroni, 2006: 11).

3. Crimigración

Ante un contexto y escenario de crecientes flujos migratorios, Chile se ha ido transformando en un país receptor de extranjeros, según un informe de la CEPAL del 2017, en América del sur, Argentina ha sido y sigue siendo uno de los países que concentra gran cantidad de población migrante y junto a ellos se suma en el último tiempo países que emergen como nuevos destinos de la migración intrarregional, como es el caso de Chile (Stefoni, 2017: 5).

Sin duda, este aumento ha traído consigo grandes desafíos en diferentes áreas del derecho, precisamente es el área penal la que para efectos de este trabajo nos interesa, pues el aumento de población extranjera trae correlativamente como consecuencia el aumento de la población penal extranjera. Sin embargo, no hay que reducir las causas de la penalización de la población extranjera al hecho de que haya un incremento de volumen de extranjeros, ya que estas, sin duda, resultan ser mucho más

complejas. En este escenario, son diversas las interrogantes que surgen en relación al cómo operan los mecanismos punitivos sobre la población extranjera, el sistema de castigo y la respuesta que brinda el sistema penal al aplicar la ley.

Para analizar la respuesta que ha ido teniendo el Estado a través del ejercicio de su *ius puniendi* con nuestro sujeto de estudio -el extranjero que ha infringido la ley penal-, nos valdremos del enfoque teórico denominado *crimigración*. Utilizaremos dicho concepto para la comprensión de la gestión de la migración a través del sistema penal, fenómeno que ha ido cobrando especial relevancia en los últimos años en nuestro país.

Este enfoque teórico emerge desde la preocupación por el estudio de las políticas y prácticas del control migratorio. Fue Juliet Stumpf quién el 2006 acuñó en su artículo «The Crimmigration: Inmigrants, Crime, and Sovereign Power» el acrónimo *crimmigration*, formulándolo a través de la contracción de las palabras en inglés *Criminalization e immigration*: la crimizalización de la migración. Este es el reconocimiento del fenómeno que se suscita entre la convergencia de las leyes penales y de extranjería. Dicha tesis se desarrolla y se sitúa fundamentalmente en el contexto estadounidense, país que se ha posicionado como un ejemplo paradigmático, ya que desde hace años que viene liderando un proceso de endurecimiento de las leyes penales para con los extranjeros, priorizando las expulsiones de extranjeros considerados peligrosos.

«Beginning in the mid-1980s, the stark separation between criminal law and immigration law shifted quickly and dramatically. Two centuries into the nation's life, the gap between these areas of law began to blur. Today, it is often hard to explain where the criminal justice system ends and the immigration process begins [...] crimmigration law has expanded. Today, it can be thought of as having three features. First, it is easier than ever for the federal government to exclude or deport (legally referred to as "removal") a migrant from the United States. Second, the criminal justice system has increasingly become focused on immigration activity. Third, law enforcement agencies and prosecutors have tailored their enforcement tactics to raise the stakes of a person's status as a migrant» (Hernandez, 2017: 3)⁵.

⁵ «A partir de mediados de los años ochenta, la marcada separación entre el derecho penal y el derecho migratorio cambió rápida y dramáticamente. La brecha entre estas áreas de la ley comenzó a desaparecer. Hoy, a menudo es difícil de explicar donde el sistema penal termina y donde comienza el derecho migratorio

Stumpf entiende que la *crimigración*, en tanto fusión del derecho penal y del derecho migratorio, abarca la creación y aplicación de normas jurídicas que refuerzan la deportabilidad de personas extranjeras que cometen delitos, como asimismo la puesta en marcha de políticas que vinculan estrechamente el control de fronteras con el sistema penal (Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018: 741). Es, por tanto, la relevancia cada vez mayor que han cobrado tales medidas a la respuesta a la criminalidad de los migrantes.

La crimigración es un fenómeno caracterizado por un alto grado de intransigencia hacia los ciudadanos extranjeros, se produce una asimilación entre las sanciones criminales y de extranjería que ha derivado en el aumento de expulsiones. Las leyes de extranjería comienzan a sancionar conductas previamente reservadas al ámbito del derecho penal, y las sanciones de expulsión empiezan a contemplar situaciones de irregularidad y condenas que superan los cinco años. En este contexto, el aumento de las condenas y las órdenes de expulsión que pesan sobre los ciudadanos extranjeros sirve como una herramienta de exclusión y un reflejo de las decisiones políticas (Guía, 2012: 600).

«In this discourse, links between crime, security, migration, and integration are more easily established than before. Migrants, especially irregular migrants, have become increasingly stigmatized; and their arrival in, and their presence within is increasingly seen as troublesome for the nation - state, associated with feelings of insecurity and linked to crime and nuisance. Unsurprisingly, the negative social and political attitude toward migrants has also translated into a series of policy and legislative reforms in recent years» (Woude, Leun y Nijland, 2014: 2)⁶.

Las reformas legislativas de los países que han ido adoptando el modelo crimigratorio se caracterizan por introducir en sus ordenamientos jurídicos la expulsión judicial, es decir, la deportación que se establece como pena sustitutiva para los

[...] En primer lugar, es más fácil que nunca para el gobierno federal deportar o excluir legalmente a un migrante en los Estados Unidos. En segundo lugar, el sistema de justicia penal ha ido centrándose cada vez más en actividades de inmigración. Y en tercer lugar, los organismos encargados de hacer cumplir la ley y los fiscales han adaptado sus tácticas de represión para elevar la barrera de la condición migratoria para una persona» (traducción propia).

⁶ «En este discurso, los vínculos entre la delincuencia, seguridad, migración e integración pueden determinarse con mayor facilidad que antes. Los migrantes, especialmente los migrantes irregulares, se han vuelto cada vez más estigmatizados; su llegada, y su presencia, es cada vez más visto como un problema para el Estado-Nación, asociándolo a sentimientos de inseguridad y vinculándolo a la delincuencia. Como era de esperar, las consecuencias sociales y la actitud política hacia los migrantes también se ha traducido en una serie de políticas y reformas legislativas en los últimos años» (traducción propia).

extranjeros que han infringido la ley y poseen una condición migratoria irregular. Esta institución es una clara expresión de la instrumentalización del sistema penal para gestionar la migración.

En la expulsión como pena sustitutiva para el extranjero, se plasma y se refuerza todo el peso simbólico de la ajenidad. En este tipo de expulsión se trasluce la permanente condición de alteridad del migrante, quién siempre fue un sujeto carente en términos de permanencia, el cual debe ser excluido al momento de mostrar su peligrosidad (Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018: 740).

En este sentido, el fenómeno *crimigratorio* desplaza la responsabilidad penal a favor del control de la migración, buscando priorizar la deportabilidad de los infractores de leyes penales, en detrimento de la aplicación de las penas privativas de libertad (Asúa, 2002). La expulsión posee un alto grado de severidad, corresponde a una consecuencia jurídica grave, emergiendo la segregación como la finalidad primordial de la sanción.

Por lo tanto, la aplicación y concreción de este fenómeno tiene como consecuencia un incremento de la vulnerabilidad de los extranjeros que habitan países donde se concretizan este tipo de políticas criminales. En Chile el contexto y realidad político-criminal del último tiempo parece responder a una emergencia de dicho fenómeno, como una forma de réplica a la concretización que desde hace años vienen llevando a cabo países europeos, tales como España, Inglaterra, y Estados Unidos de un endurecimiento de la respuesta penal con el extranjero.

La gestación de esta tendencia punitiva es relativamente reciente en el contexto Sudamericano. Sin embargo, es importante tener presente que en el contexto de nuestra región también hay países en los que la tesis de la crimigración parece adecuada para pensar la evolución reciente del control migratorio y su interrelación con el sistema penal, un buen ejemplo de ello es Argentina⁷.

El volumen de trabajos que estudian la relación entre la migración y el sistema penal son aún escasos en Chile, no obstante, resulta imperativo analizar el caso chileno,

⁷ Brandariz señala al respecto que en el país vecino se aprobó en enero de 2017 el Decreto de Necesidad y Urgencia N°70 que establece una serie de restricciones migratorias y que además de que en agosto del 2016 el gobierno anunció la creación de un «centro de detención para infractores de la Ley de Migraciones en la Ciudad de Buenos Aires» (Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018: 745).

debido a que el fenómeno denominado *crimigración* no es una concepción únicamente teórica, sino que lamentablemente posee una aplicación práctica, y creemos que resulta pertinente realizar un análisis que dicha aplicación está teniendo.

Expresión de la concretización de dicho discurso crimigratorio en el caso chileno se plasma el 2012 con la reforma a ley N°18.216, que se lleva a cabo a través de la ley N°20.603. Dicha reforma legislativa introduce por primera vez al sistema chileno la expulsión judicial, y contempla la deportación del sujeto extranjero en base a dos supuestos: uno, que haya cometido un delito con una pena igual o inferior a cinco años y, dos, que posea una condición migratoria irregular.

El mecanismo de expulsión judicial resulta ser una de las principales instituciones en Chile que da cuenta de la interrelación entre el derecho penal y el derecho de extranjería. En el siguiente apartado se pretende realizar un análisis de la dimensión empírica de dicha institución.

4. El caso chileno desde el prisma crimigratorio

Esta sección se propone analizar las manifestaciones concretas que el fenómeno *crimigratorio* está teniendo en Chile, en particular, el papel de la expulsión judicial como medida securitaria y un análisis sobre la población extranjera reclusa en régimen cerrado según su calidad procesal.

De este modo, la tabla siguiente se sustenta en datos desde la implementación de la institución de la expulsión judicial -esto es, desde el 2012 hasta la fecha- que logran dar cuenta del decidido reforzamiento de las deportaciones basadas en motivos penales.

Tabla N°1: Expulsiones de extranjeros ejecutadas entre 2012-2019

Año	Expulsiones Administrativas	Expulsiones Judiciales	% Expulsiones judiciales	% Expulsiones Administrativas
2012	1021	0	0%	100%
2013	1068	122	9,1%	90.9%
2014	1056	299	22,1%	77.9%
2015	929	412	30,7%	69,3%

2016	599	318	34,7%	65,3%
2017	779	429	35,5%	64,5%
2018	302	1750	85,2%	14,8%
2019	576	1656	74,2%	25,8%

Fuente: elaboración propia en base a datos de PDI⁸

De las cifras presentadas en la tabla N°1 se puede colegir que en Chile en los últimos años se ha ido produciendo un giro hacia el modelo *crimigratorio*. Expresión de esto es el reforzamiento indudable de las expulsiones vinculadas al funcionamiento del sistema penal. No requiere gran esfuerzo comprobar que en los últimos años se ha producido un progresivo incremento y preferencia por la aplicación de la expulsión judicial por sobre la expulsión administrativa.

La importancia que le ha atribuido el poder legislativo chileno a la deportación de extranjeros con condenas penales se manifiesta en la reforma de la ley N°18.216 a través de la ley N°20.603 que introduce la expulsión judicial en el ordenamiento jurídico chileno. La tabla N°1 da cuenta de que no es posible negar la trascendencia que ha adquirido esta reforma, pues la expulsión judicial ha ganado un protagonismo indudable que se puede apreciar en el aumento exponencial y significativo que ha tenido la aplicación de dicha institución y *a contrario sensu*, parece ser que la expulsión administrativa ha ido adquiriendo una progresiva obsolescencia, lo cual queda de manifiesto en la inferior y casi nula aplicación que esta tuvo el 2018, correspondiendo solo a un 14% del total de las expulsiones efectuadas dicho año.

De este modo, el progresivo incremento de la aplicación de la expulsión judicial que nos muestra la tabla N°1, da cuenta de que en Chile existe una priorización por la deportación de aquellos extranjeros que han cometido delitos y poseen una condición migratoria irregular por sobre la expulsión de los extranjeros que únicamente poseen una condición migratoria irregular.

En definitiva, la tabla N°1 da cuenta del encuentro entre ambos dispositivos de control: el sistema penal y el sistema migratorio, lo que ha posibilitado un escenario propicio para que en Chile se esté desarrollando un proceso *crimigratorio*.

⁸ Los datos de expulsiones ejecutadas han sido facilitados por la PDI, tras solicitud de acceso a la información en el marco de la ley N°20.285. Las cifras son anuales.

En adelante se presentan las cifras sobre la distribución de la población extranjera recluida en régimen cerrado según su calidad procesal, la tabla N°2 corresponde a la población penitenciaria extranjera, mientras que la tabla N°3 posee las cifras de la población penitenciaria nacional, de este modo en adelante se realizará un análisis a partir de la comparación de ambas tablas.

Tabla N°2: población penitenciaria extranjera entre 2012-2019

Año	Condenados	% Condenados	Imputados	% Imputados	Total
2012	809	55,9%	635	44,1%	1445
2013	865	52,7%	768	46,6%	1640
2014	853	45,8%	1011	54,2%	1864
2015	894	44,3%	1122	55,6%	2016
2016	947	35,3%	1735	64,7%	2683
2017	1136	38,7%	1798	61,3%	2934
2018	1172	39,8%	1771	60,2%	2943
2019	1189	40%	1778	60%	2964

Fuente: elaboración propia, en base a datos de Gendarmería⁹

Tabla N°3 - población penitenciaria nacional 2012-2018

Año	Condenados	% Condenados	Imputados	% Imputados	Total
2012	37393	78%	10513	22%	47906
2013	32258	76%	10281	24%	42539
2014	28536	72%	10896	28%	39432
2015	28258	71%	11418	28%	39676
2016	28084	70%	11938	30%	40022
2017	25998	67%	13036	33%	39034
2018	26601	68%	12449	32%	39050

Fuente: elaboración propia en base a datos de Gendarmería¹⁰

⁹ Los datos de expulsiones ejecutadas han sido facilitados por gendarmería, tras solicitud de acceso a la información en el marco de la ley N°20.285. Las cifras son anuales, a excepción del 2019 que corresponde a los meses de enero a junio, fecha en que se realizó la solicitud.

¹⁰ Estos datos fueron recopilados en la web, a través del compendio estadístico que es proporcionado de forma anual por la misma institución. Cabe señalar que dicho boletín brinda las cifras de la población a nivel nacional, lo que hice fue restar a dichas cifras las cifras de extranjeros para extraer la cantidad de población

A partir de las tablas expuestas, analizaremos la población penitenciaria reclusa según los criterios de nacionalidad y calidad procesal. Existen dos calidades procesales, la de imputado y la de condenado, siendo la sentencia condenatoria lo que determina una y otra calidad. Ya que, una vez recaída una sentencia condenatoria sobre un sujeto, este dejará de ser inocente ante los ojos del sistema penal.

El imputado, en sentido contrario, debe ser considerado inocente ante los ojos del sistema penal, en base a la aplicación del principio de presunción de inocencia, establecido en el artículo 4 del CPP el cual establece que «Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme». La prisión preventiva constituye entonces una excepción a dicha regla, ya que su aplicación implica que el individuo sea privado de libertad antes de que exista una sentencia condenatoria en su contra.

Sobre esto es relevante considerar que durante los últimos veinte años se han producido importantes reformas al sistema de justicia penal a nivel latinoamericano, en el caso chileno la reforma se llevó a cabo el 2000. Dichas reformas han tenido como objetivo reemplazar los sistemas inquisitivos por sistemas de tipo acusatorio, aumentando los derechos y garantías básicas de los ciudadanos objeto de persecución penal, particularmente esto ha implicado la racionalización de la aplicación de la prisión preventiva, porque esta medida cautelar ha adquirido una lógica cautelar, de aplicación excepcional y proporcional y ya no como era propio de los sistemas inquisitivos donde se aplicaba como regla general, consecuencia inmediata del proceso y pena anticipada. «Uno de los objetivos principales de todos estos cambios radica en la racionalización del uso de la prisión preventiva en concordancia con los estándares internacionales del Derecho Internacional de Derechos Humanos» (Riego, 2013: 9).

Teniendo en cuenta el paradigma acusatorio que rige actualmente nuestro sistema penal, procederemos a analizar las cifras que han sido proporcionadas por gendarmería. La tabla N°2 da cuenta de que hay una predominancia de extranjeros que poseen la calidad procesal de imputados reclusos en régimen cerrado, en relación con los extranjeros privados de libertad que han sido condenados. Al contrario, la tabla N°3

nacional reclusa y así establecer una cabal comparación. Corresponde al promedio de los cierres de mes. Disponible en: https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas_compendios.html

da cuenta de lo opuesto, podemos observar que predomina la población penal nacional privada de libertad condenada, por sobre los nacionales que poseen la calidad de imputados.

Este contraste, es sumamente relevante, debido a que ambas tablas dan cuenta de modelos distintos, por un lado, la tabla N°2 nos muestra que la población penal se encuentra en su mayoría constituida por imputados -como sucedía en el antiguo procedimiento penal antes de la reforma procesal penal del 2000- la gran cantidad de imputados en régimen cerrado se debe a que la prisión preventiva se está aplicando de forma desmedida. Aquello resulta preocupante porque corresponde a la medida cautelar más gravosa y se está utilizando como medida de primer orden y no como una medida de última instancia o excepcional.

En la tabla N°3 podemos ver reflejado un modelo que se condice con los principios que inspiran el modelo procesal penal que rige actualmente en Chile posterior a la reforma del 2000, un modelo acusatorio, en el que se procura el respeto por los derechos y garantías de los imputados. Mientras que la tabla N°2 parece representar la vigencia de un modelo vinculado a un sistema de enjuiciamiento procesal de corte inquisitivo, donde la prisión preventiva es aplicada como regla general, consecuencia inmediata del proceso y pena anticipada.

Es el mismo código procesal penal el que señala que la procedencia de la prisión preventiva posee un carácter de *ultima ratio*, en el artículo 139 del CPP se establece que «procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, del ofendido o de la sociedad». La tabla N°2 revela que la prisión preventiva no se está aplicando como *ultima ratio* para los extranjeros en Chile, por lo que pareciese no haber un debido respeto por el principio de presunción de inocencia.

Las cifras de ambas tablas respecto de la población nacional y extranjera reclusa según su calidad procesal no son proporcionales, ya que existen grandes diferencias entre la situación en la que se encuentra un extranjero en comparación a un nacional que debe enfrentar un proceso penal.

Todo esto no se condice con los fines del actual proceso penal. Lamberto Cisterna, ministro de la Excelentísima Corte Suprema, señala que «lo deseable del sistema procesal penal actual es que no existan personas en prisión preventiva y que los juicios sean muy rápidos»¹¹.

En definitiva, «El migrante tiene muchas más posibilidades de ser sometido a prisión provisional» (Brandariz, 2008: 15). Es posible aducir que esta afirmación que formula Brandariz para referirse al caso español se corresponde también con en el caso chileno.

Las tablas nos dan a conocer el hecho de que el fenómeno denominado *crimigratorio* excede la teoría y posee una aplicación práctica en Chile. En los capítulos venideros pretendemos abocarnos al análisis de las manifestaciones del fenómeno crimigratorio en un ámbito específico del sistema penal, este corresponde al de ejecución penal.

La deportabilidad derivada de la expulsión judicial posee una condición de no retorno, y es posible identificar que el incumplimiento de dicha condición por parte del extranjero está generando consecuencias discriminatorias que se extienden al ámbito de la ejecución penal, cierta jurisprudencia nacional se ha inclinado por rechazar la solicitud de acceso a la pena mixta¹², a pesar del condenado cumplir todos los requisitos establecidos por el artículo 33.

Esta situación es problemática, pues ante la falta de una regulación exhaustiva de las consecuencias de ejecución penal aparejadas al incumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión, los tribunales realizan una interpretación extensiva del artículo 34, para extender sus efectos a la institución de pena mixta, incorporando un requisito alegal para su procedencia: no haber incumplido la pena sustitutiva de expulsión. En otras palabras, a través de una interpretación judicial, se está incorporando un requisito adicional para el acceso a la pena mixta, extralimitándose en sus funciones adjudicativas.

En paralelo, un segundo conflicto identificado en el análisis de cierta jurisprudencia dice relación con las resoluciones judiciales que rechazan la posibilidad de reconocer a los extranjeros que incumplieron la expulsión judicial (al regresar al territorio

¹¹ Diario *Las últimas noticias*, domingo 28 de enero de 2019.

¹² Al respecto ver, causa rol N°131/2018 (Apelación) Corte de Apelaciones de Copiapó, de 10 de abril de 2018.

nacional antes de los diez años establecidos) el tiempo que estuvieron cumpliendo dicha pena sustitutiva, para ser abonado al saldo de la pena inicial (artículo 26 de la ley N°18.216). En efecto, por un lado, encontramos resoluciones que reconocen la posibilidad de abonar el tiempo que el extranjero estuvo expulsado, y, por otro lado, encontramos jurisprudencia que niega el reconocimiento de tal derecho. La segunda postura devela todo su componente discriminatorio cuando se constata el hecho de que para los ciudadanos chilenos este artículo se aplica como regla general, es decir, se les permite abonar parte de este cumplimiento al saldo restante de pena, en contraste a la imposibilidad de abono prescrita judicialmente para los extranjeros¹³.

Entonces, resulta evidente que la interpretación acogida en dichas decisiones judiciales tiene por resultado impedir que los extranjeros tengan la posibilidad de acceder a estos dos beneficios: la pena mixta y al abono y, por ende, estas personas están cumpliendo penas de prisión que se tornan más severas de las que corresponden a los penados nacionales.

Tanto la denegación de la pena mixta como la improcedencia del abono para los extranjeros parece ser una manifestación del fenómeno crimigratorio en Chile. Para determinar si esto es así, nos hemos propuesto destinar todo el II capítulo para realizar un análisis normativo de dichas instituciones, el III capítulo a efectuar un análisis jurisprudencial, y para finalmente concluir revisando en el IV capítulo los estándares del DIDH en la materia que servirían para la resolución del problema jurídico.

Capítulo II: Pena mixta de libertad vigilada intensiva y pena sustitutiva de expulsión en la ley N°20.603

1. Antecedentes generales de la ley N°20.603

La ley N°20.603, promulgada el 13 de junio de 2012, surge luego de una extensa tramitación legislativa de más de cuatro años, iniciada el 31 de marzo de 2008 mediante un mensaje presidencial de reforma a la ley N°18.216 de "medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad". Fue publicada en el Diario Oficial con fecha 27 de junio de 2012, no obstante, se estableció la entrada en vigor diferida de ciertos

¹³ Al respecto ver, causa rol N°112/2016 (Amparo) Corte de Apelaciones de Iquique, 21 de septiembre de 2016 y causa rol N°26/2018 (Amparo) Corte de Apelaciones de Antofagasta, 16 de abril 2018.

artículos¹⁴. En el mensaje se expresa que esta iniciativa legal es parte de un proceso de reforma integral al sistema de medidas alternativas a la privación de libertad, afirmando que existe un consenso político nacional en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en el sistema penal. Por un lado, servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, esto es de reinserción y, por otro lado, ser un arma efectiva en el control del delito (historia de la ley 20.603, p. 5).

En este contexto, la tramitación del proyecto de modificación de la ley N°18.216 estuvo enfocada en legislar sobre cuatro objetivos generales, a saber, favorecer la reinserción social de las personas condenadas, controlar efectivamente el cumplimiento de las nuevas penas sustitutivas que se establecen, dar protección a las víctimas y hacer un uso racional tanto de la privación de libertad, como de los recintos penales (historia de la ley, p. 371). Este último objetivo fue fundamental en la discusión del proyecto, pues a lo largo del debate se abordó la necesidad de descongestionar el sistema penitenciario cerrado¹⁵ que se encontraba, para esos años, con altos índices de hacinamiento. La más grave expresión de este problema fue el incendio en la cárcel de San Miguel, donde fallecieron 81 personas que cumplían penas privativas de libertad en el recinto, en el 2010.

De esta forma, si bien el proyecto apelaba a una función de reinserción social y alternativa a las cárceles en favor de los condenados a penas privativas de libertad, existía un problema urgente con relación al hacinamiento carcelario que demandaba una modificación de la política criminal del Estado, por lo que la ley N°20.603 se elabora también para cumplir con la función de descongestionar el sistema penitenciario cerrado. «En el caso de San Miguel, el problema se produjo en una cárcel sobrepoblada, con

¹⁴ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8° letra c) de la ley 20.603, se establece la entrada en vigencia gradual respecto del monitoreo telemático y la pena mixta, atendidas las dificultades técnicas de su implementación. Se postula que las penas mixtas, respecto de la cual el monitoreo es obligatorio, entrará en vigor después de dos años contados desde la vigencia de la ley, esto es, a partir del 27 de diciembre del 2015, momento este último a partir de cual se encuentra en plena vigencia esta normativa.

¹⁵ Actualmente, el sistema penitenciario chileno considera dos grandes categorías:

- (1) Sistema cerrado, que considera tanto los regímenes de control cerrado, semi abierto y abierto, y corresponde a todos aquellos internos privados de libertad, todos reclusos en establecimientos penales, ya sea en centros de cumplimiento o de detención preventiva de aquellos condenados privados de libertad que cumplen su pena accediendo a actividades de capacitación y trabajo remunerado con el objetivo de prepararse para enfrentar su reinserción socio-laboral al momento de egresar del Sistema Penitenciario.
- (2) Sistema abierto, que corresponde aquel en donde se efectúa control y seguimiento de condenados a penas sustitutivas.

infraestructura deteriorada y en circunstancias en las que las autoridades fueron manifiestamente negligentes en controlar la emergencia» (Fernández y García, 2015: 139).

La sobrepoblación penitenciaria es producto del acelerado crecimiento de las tasas de encierro, con el consiguiente aumento del número de presos excediendo la capacidad instalada de las prisiones para alojarlos (Carranza, 2012: 35). Este crecimiento acelerado se debe, primero, a un aumento de los delitos cometidos y, segundo, a la existencia de políticas que promueven un mayor uso de la justicia penal y la prisión, como ha sido el caso de Chile, donde hemos tenido una política criminal principalmente de carácter preventivo general en relación a establecer penas altas para delitos comunes, lo que se ha visto reflejada en las llamadas agendas cortas de anti-delinuencia.

En consecuencia, la ley N°20.603 vino a establecer soluciones al problema de la sobrepoblación penal, fortaleciendo el sistema penitenciario abierto, para garantizar una eficaz aplicación de las penas sustitutivas y alternativas a la prisión, bajo la premisa de la función resocializadora de la pena, entendiendo, que la situación carcelaria en el país estaba incrementando las posibilidades de reincidencia criminal.

Una importante modificación consistió en el tránsito desde un concepto de aplicación de beneficios al que pudieran aspirar las personas condenadas, como lo entendía la ley N°18.216, a una perspectiva que destaca su dimensión sancionadora como penas, es decir, como modalidad de castigo sustitutivo de las penas privativas o restrictivas de libertad. Con esto, y como se puede apreciar en la discusión parlamentaria, la intención fue enfatizar que se trata de sanciones equivalentes a la pena de privación de libertad para impedir que la ciudadanía objetara cierta impunidad que se podía observar en la aplicación de medidas alternativas, como beneficios a los condenados. También es importante la modificación referida a la ampliación del catálogo de penas sustitutivas que existían como medidas alternativas en la ley N°18.216. Este catálogo se encuentra constituido por la remisión condicional, la reclusión parcial, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva y la expulsión del territorio nacional. Además, es relevante la incorporación de dos nuevos mecanismos para fortalecer la sustitución de las penas, por un lado, la implementación del monitoreo telemático como mecanismo de supervisión del cumplimiento de la libertad vigilada

intensiva y, por otro lado, el establecimiento de la pena mixta, como mecanismo de interrupción de la pena privativa de libertad. Por último, cabe señalar el establecimiento de una fórmula de gradación de penas sustitutivas para los casos de incumplimiento, que permite reforzar el propósito de la ley, respecto a propiciar alternativas a la cárcel.

2. Historia de la tramitación de la ley

En términos generales, hubo un consenso político explícito en la promulgación de una ley que permitiera modificar un cuerpo legal que databa de 1983, como lo es la ley N°18.216, que buscó en su oportunidad una aplicación reducida de las penas que suponen la privación de libertad, impulsando un tratamiento del condenado fuera de los recintos penitenciarios a través de la libertad vigilada, la remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna como medidas alternativas a la prisión, de acuerdo a las nuevas tendencias criminológicas de la época. Sin embargo, el aumento de las tasas de reincidencia de la población penitenciaria sujeta a medidas alternativas, registrada durante la década pasada, sumaron motivos a la conclusión de que debía modernizarse el régimen de penas alternativas para efectos de dar cumplimiento a la intención original de la ley N°18.216, o sea, evitar la reincidencia de los condenados y, asimismo, descongestionar el sistema penitenciario cerrado.

Tanto el gobierno de centro izquierda del 2008 que impulsó el proyecto de ley, como el gobierno de derecha del 2010, se preocuparon de sostener una discusión consensuada en el parlamento respecto a la necesidad de modificar la ley N°18.216 para dotar de efectividad a la función resocializadora del derecho penal y facilitar la descongestión carcelaria. El 2011 se presentó una indicación que vino a robustecer el contenido del proyecto de ley, insistiendo en la necesidad de «establecer políticas eficaces en materia de seguridad ciudadana y la obligación de que el Estado centrara sus esfuerzos no sólo en soluciones de prevención general, sino también en el uso eficiente y racional de su potestad punitiva». Explica que «las políticas de seguridad deben considerar fines preventivos especiales que permitan aplicar la pena de forma diferenciada, ponderando adecuadamente la necesidad de la sanción que en cada caso se impone». Agrega que se busca «ampliar el alcance de las medidas alternativas a la privación de libertad, en el entendido que en cuanto tales medidas funcionan de manera efectiva y eficaz, hacen posible que la cárcel no sea considerada como la única respuesta posible al delito». En

consecuencia, expresa el ejecutivo, se trata de «contemplar una opción a la pena privativa de libertad en aquellos casos en que ésta no aparezca como necesaria porque su aplicación, dada su corta duración, aparece como disfuncional al objetivo de rehabilitación y reinserción que el sistema punitivo debe considerar» (historia de la ley, p. 42).

2.1 Historia de la ley sobre la incorporación de la pena mixta

Esta institución jurídica fue incorporada al proyecto de ley junto a la pena sustitutiva de expulsión, en la indicación presentada por el ejecutivo en el 2011, es decir, con posterioridad al mensaje presidencial, donde se agrega un quinto título al proyecto denominado «Reemplazo de la Pena Sustitutiva, las Penas Mixtas y de la Regla Especial Aplicable a los Extranjeros».

El Ministro de Justicia, Sr. Bulnes, presentó esta incorporación explicando que:

«En el caso de las personas que fueron condenadas a penas privativas de libertad, se permitiría al tribunal disponer, previo informe favorable de Gendarmería, la sustitución de éstas por la libertad vigilada intensiva con control de delegado y brazaletes electrónicos, si la pena impuesta es de cinco años y un día u otra menor. También es necesario que, al momento de discutir la interrupción de la pena privativa, el penado no registre otra condena por delito o crimen, que haya cumplido un tercio de la pena privativa de libertad y que haya tenido un comportamiento sobresaliente, de conformidad al sistema de reinserción social, por su buena conducta» (historia de la ley, p 79).

En el fondo, las personas que acceden a las penas mixtas no quedan libres sin condiciones, sino que se mantienen sujetas a la medida de libertad vigilada intensiva.

Se abordó en la discusión la importancia de las penas mixtas respecto al seguimiento telemático que tendría su cumplimiento, con la finalidad de solucionar los problemas que presentaba la reclusión mixta: disminuir los costos de fiscalización; evitar el contacto criminológico; aumentar el control y posibilitar alertar a las víctimas y a las entidades fiscalizadores en caso de incumplimiento. Los representantes del ejecutivo sostuvieron en la discusión parlamentaria que el proyecto en general posibilitaba un mayor egreso y disminución de la población carcelaria a través de instituciones como la pena mixta. El Ministro de Justicia en su intervención se refirió a como se desarrollaría el cumplimiento de la pena mixta en un sistema penitenciario abierto, señalando que “la reincorporación a la sociedad no pasaría desde la privación absoluta de libertad a la reinserción al día

siguiente, como si fuere a verificarse en forma automática, sino que se trabajaría con un concepto de gradualidad” (historia de la ley p. 464), entendiendo a la pena mixta como una interrupción de la pena privativa de libertad, luego de haber tenido un cumplimiento de un tercio de la pena originalmente impuesta.

La tramitación de esta institución no tuvo mayores objeciones y, en general, hubo consenso en los diferentes sectores de la importancia de incorporar este mecanismo al cumplimiento alternativo de las penas privativas de libertad, para lograr una mejor descongestión de la población carcelaria. Finalmente, la aplicación de la pena mixta entró a regir en el artículo 33, luego de dos años de la publicación de la ley n°20.603, el 27 de diciembre de 2015.

2.2 Historia de la ley sobre la incorporación de la pena sustitutiva de expulsión

La indicación que agrega esta pena sustitutiva en el 2011 señala que se crea para el caso en que el condenado sea un extranjero sin residencia legal en Chile. Al respecto, el ministro Bulnes explicó que la intención fue:

«abordar un problema que se presentaba sobre todo en las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta, en cuyas poblaciones penitenciarias hay altas tasas de extranjeros. Así, por ejemplo, en la Región de Tarapacá, había cárceles donde el 40% de los reclusos eran extranjeros, fundamentalmente peruanos y bolivianos, y los tratados sobre traslado de condenados, al menos en lo que respecta a Bolivia, no se aplicaban porque los nacionales de ese país no deseaban ser llevados a cárceles que están en peores condiciones que las chilenas», señalando a propósito de la necesidad de descongestionar el sistema penitenciario que, «como el costo que implica mantener a una persona privada de libertad es bastante alto, se hacía necesario adoptar medidas para enfrentar este factor, que contribuye al hacinamiento carcelario» (historia de la ley, p. 79).

El ejecutivo hizo notar que la expulsión procedería siempre que el condenado no acredite arraigo en Chile y que se resolverá en audiencia en la que podrá ser oído el Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Además, sería ejecutada por el Departamento de Extranjería del señalado ministerio y el afectado no podrá regresar a nuestro país dentro de los diez años siguientes, bajo sanción de cumplir íntegramente en Chile el saldo de la pena original (historia de la ley, p. 388). Explicó que un porcentaje no menor de condenados extranjeros se encontraba cumpliendo sus sanciones en una situación

más desmedrada que los demás condenados nacionales, ya que no se les otorgaban medidas alternativas o beneficios penitenciarios porque no contaban con elementos como arraigo familiar o un trabajo posible.

Los puntos de mayor discusión parlamentaria sobre la incorporación de la pena de expulsión al catálogo de penas sustitutivas estuvieron referidos al momento de su aplicación, pues, para algunos, esta debía aplicarse luego de exigir el tiempo de un tercio del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad y, para otros, debía aplicarse de inmediato, en los casos que se cumplan los requisitos¹⁶. Fue comentada también la situación que generó esta medida en España, donde fue blanco de serias críticas por carecer de fundamentos político-criminales y de carácter preventivo como medida de seguridad, basándose únicamente en la nacionalidad de la persona como elemento diferenciador en el trato, lo que afectaba su dignidad (historia de la ley, p. 164). Sin embargo, esta inquietud fue resuelta en la cámara de diputados, asegurando el carácter facultativo de esta pena sustitutiva para el juez y la exclusión de casos en donde los extranjeros tuvieran determinados vínculos en el país, lo que permitía despejar problemas de derechos humanos en la expulsión, toda vez que se trataría de una medida racional, proporcional y razonable en cuanto daba un trato diferenciado a un grupo generalizado de personas, sujetas a determinadas particularidades. El Ministro de Justicia sostuvo en esta discusión que «si un extranjero tiene domicilio, trabajo, o demuestra una situación de arraigo social, su expulsión no corresponde. En cambio, si esas condiciones no están presentes, son muy bajas las posibilidades de rehabilitarlo o reinsertarlo en la sociedad y lo más razonable, en ese caso, es contar con este dispositivo de administración de la población penal» (historia de la ley, p. 293).

La Subsecretaria de Justicia señaló también que la ley de extranjería contempla como regla general la expulsión del territorio nacional del extranjero una vez cumplida su condena; por lo tanto, la pena sustitutiva de expulsión establecería una excepción y adelantaría dicha expulsión. Agregó, en ese entonces, que habían cerca de 2.000 extranjeros cumpliendo condena en las cárceles que estarían en condiciones de ser expulsados por medio de esta norma, lo que liberaría esa misma cantidad de plazas (historia de la ley, p. 707).

¹⁶ Esta discusión se daba en torno a si esta pena debía buscar un fin intimidatorio, haciéndola más exigente en sus requisitos, para castigar no solo con la expulsión, sino que también con presidio.

Otro aspecto relevante de destacar es el oficio del Tribunal Constitucional en el cual realiza un control de constitucionalidad en virtud del artículo 93 N°1 de la CPR, sobre el artículo 34 del proyecto de ley que incorpora la expulsión judicial, los ministros Hernán Vodanovic, José Antonio Viera-Gallo y Gonzalo García realizan la siguiente prevención:

En cuanto a las normas que aborda los estándares internacionales para evaluar la constitucionalidad de la pena sustitutiva de expulsión, los cuales suponen ciertas obligaciones y condiciones que pasaremos a señalar. El Estado puede expulsar a un extranjero que no se halle legalmente en el territorio nacional (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Humanos y artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos). El extranjero que no resida legalmente en el territorio nacional no podrá ser expulsado del país, administrativa o judicialmente, «en ningún caso [...] donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas» (artículo 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), con ello se consagra el principio de no devolución al extranjero. El Estado de Chile, respecto de extranjeros, sea que cumplan o no con las condiciones legales de permanencia en el territorio nacional, no puede realizar “una expulsión colectiva de extranjeros” (artículo 22.9 de la Convención Americana de Derechos Humanos). La expulsión de un extranjero no puede suponer una vulneración de los derechos de los niños, hijos de los extranjeros, especialmente del derecho de reagrupación familiar del artículo 10.1 de la Convención de Derechos del Niño. Todo extranjero siempre ha de contar con garantías judiciales que lo asistan frente a una expulsión, del derecho de revisión por autoridad competente y de la asesoría de alguien que lo represente (artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). El extranjero que se halle legalmente en el país solo puede ser expulsado “en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley” (artículo 22.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Al tratarse de extranjeros condenados a penas privativas de libertad, como requisito *sine qua non*, dicho proceso se debe realizar con las mismas garantías que tenga toda persona en el territorio nacional. Finalmente, si bien no acontece regularmente, en línea de principio, la hipótesis de extranjeros que no se hallen legalmente en el país y, a la vez, tengan el estatuto de refugiado, se ha de tener particular consideración con el principio de no devolución. El artículo 33.2 de la Convención sobre el Estatuto del Refugiado permite la expulsión siempre que el afectado

haya sido condenado por un delito grave y que constituya amenaza para la seguridad nacional del país que habita.

Estos estándares fueron ponderados por el Tribunal Constitucional para examinar la expulsión de extranjeros en la ley, valorando positivamente que se determina la expulsión únicamente de extranjeros que no residieren legalmente en Chile (artículo 34 inciso primero, del proyecto de ley), restringiendo la expulsión a los casos de menor desvalor jurídico. Esto es, cuando se trata de personas condenadas a menos de cinco años de pena privativa de libertad. Se concede audiencia de determinación de la sustitución de la pena de expulsión (artículo 34, inciso segundo, del proyecto de ley) y se permite la apelación de la sustitución de la pena (artículo 37 del proyecto de ley).

Luego el Tribunal Constitucional pasa a examinar ciertas materias donde podrían vulnerarse derechos como sea el derecho a la defensa penal que, de acuerdo con el artículo 8° del Código Procesal Penal, se extiende «desde la primera actuación del procedimiento [...] hasta la completa ejecución de la condena». En este caso, señala el TC, el proyecto de ley podría sustraer la acción de defensa penal puesto que «si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio [del Interior y Seguridad Pública] para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de ésta» (artículo 34, inciso segundo, del proyecto).

El derecho de reunificación familiar de la Convención de Derechos del Niño también podría verse vulnerado, puesto que «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 sustitución de la pena» (artículo 34, inciso tercero, del proyecto de ley).

Por último, respecto a la expulsión de extranjeros que, cumpliendo las condiciones normativas del proyecto, sean objeto de decisiones colectivas de expulsión, el estándar jurisdiccional exige que cada caso deba verse particularmente. El Tribunal Constitucional concluye su oficio afirmando que tal prevención ratifica que es clara la intención del legislador en orden a no disminuir las garantías de los derechos de los extranjeros y que, por otra parte, el juez tiene todas las herramientas para interpretar con criterios conforme a la Constitución, los tratados internacionales ratificados y vigentes en Chile (historia de la ley N°20.603, p. 703).

3. Instituciones que introduce la ley N°20.603

3.1 La pena sustitutiva de expulsión del artículo 34 de la ley N°18.216

La expulsión judicial de las personas extranjeras como pena sustitutiva a la privación de libertad se introdujo en el sistema penal chileno mediante la ley N°20.603, la cual entró en vigor en diciembre de 2013, de modo que posee poca data desde su aplicación en el contexto chileno en comparación a otros países europeos.

Lo que la distingue de la expulsión regulada en el Decreto Ley N°1.094 vigente desde 1975 es que se constituye como una sanción vinculada no solo a la irregularidad de la condición migratoria del sujeto, sino que también vinculada a la condena por la comisión de un delito.

Dicha institución se constituye como pena sustitutiva al ser incluida en la letra e) del catálogo de penas sustitutivas que realiza la ley N°18.216 en el inciso primero del artículo 1:

«La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que la imponga, por alguna de las siguientes penas:

- a) Remisión condicional.
- b) Reclusión parcial.
- c) Libertad vigilada.
- d) Libertad vigilada intensiva.
- e) Expulsión, el caso señalado en el artículo 34.
- f) Prestación de servicios en beneficio de la comunidad».

Como se señala en la letra e) esta institución se encuentra regulada en el artículo 34 de la ley N°18.216, el cual establece en su inciso primero que:

«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 aquel del territorio nacional».

Entonces son dos los requisitos que deben concurrir para que proceda la expulsión, uno en razón la cuantía de la pena y el otro que dice relación a la condición migratoria del extranjero que ha sido condenado.

Para el cumplimiento de dicha pena sustitutiva el mismo artículo establece una condición de no retorno en su inciso tercero:

«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».

Se torna necesario dilucidar si el no respeto a dicha condición por parte del extranjero corresponde a un incumplimiento o un quebrantamiento de la ley N°18.216 ya que en su artículo 25 explicita una distinción entre ambas. Por un lado, el incumplimiento grave o reiterado, consiste en que:

«atendida las circunstancias del caso el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad» y otros incumplimientos injustificados: «El tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena».

El artículo 25 establece una regla consistente en que las consecuencias del incumplimiento se aplicarán de forma gradual dependiendo del tipo de incumplimiento, esto implica que la consecuencia inmediata no será la privación de libertad.

El quebrantamiento, por otro lado, se lleva a cabo si durante el cumplimiento de la pena sustitutiva el condenado comete nuevo crimen o simple delito y es condenado por sentencia firme, la pena se entenderá quebrantada por el solo ministerio de la ley y dará lugar a su revocación. Entonces, el no respeto a la condición de no retorno que contiene el inciso final del artículo 34, corresponde a un incumplimiento y no a un quebrantamiento. Esa regla especial implica que, ante el incumplimiento de esta pena sustitutiva de expulsión, al condenado extranjero no se le podrá aplicar la regla general de graduación establecida en el artículo 25 del mismo cuerpo legal. Dicha graduación funciona como regla general para los nacionales que han incumplido una pena sustitutiva, es una regla beneficiosa porque brinda diferentes opciones de intensificación o reemplazo de la pena sustitutiva, que funcionan como alternativas a la inmediata privación de libertad.

Por lo tanto, el inciso final del artículo 34 es una regla especial que resulta ser óbice para la aplicación de la regla general establecida en el artículo 25, dicha regla especial implica una rígida consecuencia asociada al incumplimiento de la pena

sustitutiva de expulsión, la cual consiste en que los extranjeros deberán dar inmediato cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

3.1.1. Naturaleza jurídica de la pena sustitutiva de expulsión

La ley N°20.603 modificó estructuralmente a la ley N°18.216 y, entre otras cosas, introdujo la institución de la expulsión. Como arriba se explicó esta es incluida en el catálogo de penas sustitutivas del artículo 1, a través de las cuales el tribunal puede sustituir la pena privativa o restrictiva de libertad.

«En la doctrina penal se discute si estamos en presencia de una pena, de una medida de seguridad, de un sustitutivo penal, de una condición suspensiva, de un beneficio o de una medida administrativa» (Salinero, 2011: 119).

Para efectos de diferenciar a la pena mixta de las instituciones señaladas en el artículo 1 de la ley N°18.216, sostendremos a lo largo de este trabajo que la expulsión como pena sustitutiva detenta la naturaleza jurídica de una pena.

Con anterioridad al referirnos a la naturaleza jurídica de las penas contenidas en la ley N°18.216, explicamos que la reforma realizó un cambio de nomenclatura que tuvo efectos prácticos sustanciales ya que de “medidas alternativas” pasaron a ser “penas sustitutivas”, lo que significó un cambio radical en la concepción de las sanciones alternativas a la privación de libertad, de considerarse meros beneficios pasaron a ser penas propiamente tales.

La ley no trata sobre “medidas” alternativas y sí de “penas sustitutivas” a las penas diferentes a las privativas o restrictivas de libertad. Por lo tanto, no es un beneficio alternativo en virtud del cual se suspende la ejecución de la pena sino una sustitución de una pena por otra de naturaleza diversa (Ramírez, 2012).

Además, el reconocimiento como pena tiene efectos prácticos de importancia. Así, el reconocerla como pena supone en primer lugar que le son atribuibles los fines tradicionales de la pena, que dependiendo de la justificación podrán ser retributivos, de prevención o mixtos¹⁷.

¹⁷ Al respecto existe una discusión dogmática que excede este trabajo. Sin embargo, debemos tener presente que para algunos autores no puede ser considerada una pena, debido a que no cumple con los fines propios de éstas. «En efecto la expulsión no cumple con los fines de retribución, de prevención general

Por otro lado, implica además que ante el incumplimiento de la pena sustitutiva el condenado sólo deberá cumplir el saldo de la pena originalmente impuesta y no la pena completa (Morales y Welsch, 2014). Esto en razón el artículo 26 de la ley N°18.216 que establece:

“La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, como consecuencia de un incumplimiento, 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”.

Reconocer que dicha institución detenta el carácter de pena implica que, ante el incumplimiento de la pena sustitutiva, el tiempo que dicha expulsión se estuvo cumpliendo podrá ser abonado al tiempo restante del cumplimiento de la pena privativa de libertad. Antes de la reforma de la ley N°20.603, cuando un condenado incumplía las medidas alternativas no se le reconocía la posibilidad de abonar el tiempo que se le había dado cumplimiento, por no detentar la naturaleza jurídica de una pena, teniendo que cumplir la pena privativa de libertad desde cero.

Surge entonces la pregunta sobre cuál es la pena en específico en el caso de la expulsión: ¿Es la expulsión del territorio o la condición de no retorno? Algunos sostienen que estamos en presencia de una pena, señalando que la pena no es la expulsión sino la prohibición de regresar al país por un determinado lapso. Para esta corriente la expulsión es el medio de ejecución de la verdadera pena: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos (Izquierdo en Salinero, 2011).

Siguiendo la misma línea, tiene sentido considerar que la prohibición de no retorno es lo que en realidad constituye la pena impuesta, ya que existe un castigo como consecuencia del incumplimiento de esta condición consistente en la inmediata privación de la libertad, que resulta ser una respuesta penal menos benigna para los extranjeros que la respuesta penal establecida para los chilenos que se encuentran en la misma

y especial que son consustanciales a toda pena [...] A su vez, además de no cumplir con los fines de la pena, no se puede calificar como tal, por conculcar un principio rector del derecho penal, el de proporcionalidad, Sebastián Salinero Echeverría adscribe a la doctrina que sostiene que estamos en presencia de una excepción o renuncia a la pena aplicable a una determinada especie de personas, cuya finalidad es excluir del sistema jurídico a una categoría de personas. La aplicación de la expulsión entonces vendría a ser una renuncia al *ius puniendi* por parte del Estado» (Salinero, 2011:124).

situación de haber incumplido una pena sustitutiva. Este trato diferenciado se debe a la aplicación de la regla especial del inciso final del artículo 34 que ha sido explicada más arriba.

3.2 La Pena Mixta del artículo 33 de la ley N°18.216

La reforma de la ley N°18.216 a través de la ley N°20.603 introdujo la pena mixta como un régimen de ejecución de las penas privativas de libertad iguales o inferiores a cinco años y un día, cuyo efecto es anticipar la salida al medio libre del condenado, por tanto, es un mecanismo que anticipa la salida al medio libre, en plazos menores a los contemplados para la libertad condicional, esta se encuentra contenida en el artículo 33 de dicho cuerpo legal.

Los requisitos para que proceda el beneficio de la pena mixta son cinco y se encuentran regulados en el artículo 33:

“El tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de gendarmería, 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 anterior;
- 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 [...];
- c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva;
- d) Que el penado hubiere observado un comportamiento como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud”.

Hay un quinto requisito que se encuentra contenido en el inciso primero del artículo 33, correspondiente al informe favorable de gendarmería, ya que, para la solicitud de concesión de la pena mixta, es necesario previamente contar con un informe favorable de gendarmería, el cual también deberá contener la calificación de comportamiento a que se refiere la letra d).

En caso de que el condenado cumpla con dichos requisitos y el juez de garantía -a quien le corresponde decidir su concesión- decida otorgarla, se determinará que el condenado podrá pasar a un régimen ambulatorio supervisado, el cual le permite acceder a la oferta programática propia de la libertad vigilada intensiva. Por tanto, la forma de ejecución de la pena mixta es a través de la libertad vigilada intensiva, la cual consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientados a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de condiciones especiales.

En el caso de la concesión de la pena mixta, se estableció como obligatorio el control a través del monitoreo telemático. Es por esta razón que tiene suma importancia su estudio, pues siempre será utilizado como mecanismo de control para el cumplimiento de la pena mixta.

El monitoreo telemático es una de las innovaciones más importantes de la ley N°20.603. Está regulado en el título III y es incorporado a la pena mixta en el inciso segundo del artículo 33 que establece que en:

«el caso de 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».

A su vez, el inciso primero del artículo 23 bis define el monitoreo telemático como «toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley».

En efecto, consiste en la supervisión por medios tecnológicos de las penas sustitutivas de reclusión parcial y libertad vigilada intensiva. Respecto de esta última, el monitoreo sólo se utilizará para el control de los delitos establecidos en el artículo 15 letra b), pero si la libertad vigilada intensiva se aplica como consecuencia de una pena mixta, el monitoreo es obligatorio (Ramírez, 2012).

Se encuentra además regulado en el "Reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de la libertad", aprobado por Decreto Supremo N°515 del 3 de agosto de 2012. El artículo 3 en su N°2 y N°8 de este cuerpo normativo contiene una definición más acabada del monitoreo

telemático, distinguiendo entre el "sistema de monitoreo" y el "dispositivo o mecanismo de monitoreo telemático":

Nº2 "Dispositivo o mecanismo de Monitoreo Telemático: Aparato(s) que, en conjunto con el sistema de monitoreo, permite localizar a una persona determinada".

Nº8 "Sistema de monitoreo: Aquel destinado a permitir la localización del condenado, dentro de las zonas de cobertura disponible en los sistemas de comunicaciones utilizados, y con levantamiento cartográfico previamente ingresado, que cuenta con la capacidad para detectar si se incumplen las restricciones de movilidad establecidas por una resolución judicial, para el cumplimiento de la pena impuesta dentro del territorio nacional".

En cuanto al objetivo perseguido con su implementación, el artículo 1 del reglamento establece que

"el monitoreo telemático, definido en el artículo 23 bis de la ley Nº18.216, tiene por objeto supervisar, a través de medios tecnológicos, el cumplimiento de la obligación de un condenado a permanecer en un determinado lugar, durante cierta cantidad de horas o de no aproximarse a una persona o lugar determinado".

La utilidad de la implementación que pueda tener este mecanismo de control está relacionada con los objetivos asociados a la reducción de la población reclusa, a saber: entregar una alternativa costo-eficiente al encarcelamiento u otros programas en la comunidad y la reducción de la reincidencia de los sujetos a control (Morales, 2013).

Existen serias críticas respecto a este mecanismo de control, las cuales no serán abordadas en este trabajo. Sin embargo, creemos que es importante tener presente que existen debates acerca de los efectos que produce su implementación, afectando garantías y derechos fundamentales como el de la privacidad y, además, el hecho de que este medio de supervisión tecnológica conlleva la creación de una sociedad vigilante¹⁸.

¹⁸ A su respecto, para ahondar en las críticas y cuestionamientos que existen a la implementación de dicho mecanismo de control véase: MORALES, Ana María "Vigilancia en la modernidad tardía: el monitoreo telemático de infractores".

3.2.1. Naturaleza jurídica de la pena mixta

A continuación, abordaremos el problema que se genera a consecuencia de la eventual identidad que existiría entre el régimen al cual queda sujeto el condenado que accede a una pena mixta (libertad vigilada intensiva, del artículo 33) y la institución de pena sustitutiva regulada en el artículo 14 y siguientes del mismo cuerpo legal (libertad vigilada intensiva). Entonces el problema a resolver, en este contexto, consiste en determinar si la institución constituye por sí misma una pena sustitutiva o una institución de naturaleza distinta.

Al respecto, coincidimos con los autores que señalan que la pena mixta posee una naturaleza diversa a la de las penas sustitutivas, esto a partir de una comprensión cabal de estas instituciones y un análisis sistemático del marco jurídico legal en el cual se encuentran contenidas.

Es evidente que estas instituciones, a pesar de la coincidencia gramatical que poseen, lo cual es más una crítica a la técnica legislativa que un argumento de exégesis jurídica, son dos instituciones que, poseen naturaleza jurídica diversa entre sí, lo cual se aprecia tanto en las causales de procedencia, en los efectos, en las razones legislativas que llevaron a sus dictaciones, entre otras.

Para clarificar la fundamentación de la diferencia sustancial que existe entre una y otra institución, abordaremos el asunto desde el funcionamiento de la propia ley N°18.216, de la historia fidedigna de su establecimiento y de los fines que persigue cada cual y de los efectos que tiene el cumplimiento de ambas instituciones.

La pena mixta y la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva poseen una diversa regulación y ubicación en la ley N°18.216, en adelante expondremos la diversa forma en que la ley se refiere a dichas instituciones.

La pena mixta no constituye una pena sustitutiva porque, en primer lugar, el régimen de pena mixta no se encuentra comprendido en la definición normativa del artículo 1° inciso primero, que establece el catálogo de penas con las que el tribunal puede sustituir la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad, al momento de la imposición de la pena.

Por su parte el inciso segundo del artículo 1 establece que: «No procederá la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley, tratándose de los autores [...]». Este artículo está realizando una distinción explícita entre la facultad del inciso primero, la sustitución de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad por alguna de las penas señaladas en dicho inciso, y la facultad del artículo 33, la interrupción de la ejecución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva (Ramos, 2015).

La ley N°18.216 establece diversos requisitos que debe cumplir un condenado para poder acceder a dichas instituciones (ver tabla N°4).

Tabla N°4 – Reglas de procedencia de la pena mixta y de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva

Reglas de procedencia	
Pena mixta	Pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva
Cuantía de la pena interrumpida: art. 33, inciso 1, letras a) y c)	Cuantía de la pena interrumpida: 15 bis a) y b)
Otras condenas: art. 33, inciso 1, letra b)	Condenas anteriores: art 15 inciso 2°, n°1
Consideraciones preventivo-especiales: art. 33, inciso 1, letra d)	Consideraciones preventivo-especiales: art. 15, inciso 2, n°2
Efecto de su satisfactorio cumplimiento: art. 33 inciso penúltimo	Efecto de su satisfactorio cumplimiento: art. 38, inciso 3

Fuente: elaboración propia, basada en el trabajo de Ramos (2015).

La primera gran diferencia con relación a los requisitos de procedencia es en razón al requisito del artículo 33 letra c) que establece para la procedencia de la pena mixta, el requisito de que el condenado debe haber cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad. Por el contrario, tratándose de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva para su procedencia no se requiere haber cumplido una parte del saldo de la pena privativa de libertad, ya que el juez puede determinar su procedencia al momento de pronunciar la condena.

En relación al requisito establecido en la letra b), del artículo 33, si bien no se señala un límite inferior de exigencia para la procedencia de la pena mixta, como sí lo hace la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva en el artículo 15 bis letra a), correspondiente a sentencia superior a tres años, pero se puede inferir que si hay un límite inferior exigido ya que el requisito de la letra d) corresponde a un cumplimiento

mínimo, al establecer como requisito buen comportamiento en los tres bimestres anteriores, esto quiere decir, que necesariamente la pena que se pretende interrumpir exige un tiempo mínimo para dar cumplimiento a dicho requisito.

La regla de la pena mixta también establece un límite superior mayor a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, toda vez que cambia el grado, extendiéndolo, en razón al artículo 33 letra a) procede en aquellos casos que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio u otra pena inferior, mientras que tratándose de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, el artículo 15 bis letra a) establece que solo procede en aquellos casos que la pena privativa o restrictiva de libertad no excediere de cinco años.

Además, la letra b), del artículo 33, establece el requisito de la inexistencia de otras condenas por crimen y simple delito, este se proyecta más allá del hecho, de la condena e incluso del tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad. Lo importante es que al momento de discutirse la interrupción el condenado no registre otras condenas, mientras que tratándose de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva el artículo 15, en su N°1, establece que:

«No se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente del ilícito sobre el que recayere la nueva condena».

Otra distinción es realizada por el artículo 23 bis a propósito del monitoreo telemático, la cual hace una diferenciación entre la posible supervisión de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva

«Tratándose de la pena de libertad vigilada intensiva prevista en el artículo 15 bis, el monitoreo sólo se utilizará para el control de los delitos establecidos en la letra b) de dicho precepto».

Por su parte, el monitoreo telemático para la pena mixta está establecido en el artículo 23 bis A y establece que:

«Tratándose del régimen de pena mixta, previsto en el artículo 33 de esta ley, la supervisión a través de monitoreo telemático será obligatoria durante todo el período de libertad vigilada».

Es decir, en el caso de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva dicho control será utilizado siempre y cuando se trate de ciertos delitos, mientras que, en la pena mixta, el monitoreo telemático como mecanismo de control siempre será obligatorio.

También el artículo 37 expresa una distinción entre ambas al referirse al recurso de apelación como vía de impugnación:

“La decisión acerca de la concesión [...] de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a la que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo”.

Otra diferencia fundamental entre ambas es el diverso efecto que produce el cumplimiento satisfactorio de estas instituciones. Por un lado, el artículo 38, en su inciso tercero, establece que el cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas, entre ellas la de libertad vigilada intensiva, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuariales (para personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito). Por otro lado, tratándose de los efectos del cumplimiento de la pena mixta, este difiere al arriba señalado, ya que el artículo 33, en su penúltimo inciso, establece que en caso de que el condenado cumpla, satisfactoriamente la pena mixta de libertad vigilada intensiva, el tribunal remitirá «el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida [...] teniéndola por cumplida con el mérito de esta resolución».

Por su parte el señor Valenzuela, Jefe de la División de Defensa Social, explicó que «la omisión de antecedentes será aplicable sólo a quienes no tengan anotaciones criminales previas y quienes son beneficiados con la pena mixta tienen, a lo menos, una anotación previa proveniente justamente de la condena a presidio efectivo que se interrumpe por resolución judicial si se ha cumplido a lo menos un tercio de la sanción efectiva y se configuran las demás condiciones que establece la ley» (historia de la ley, p. 726).

Por lo que el efecto del cumplimiento de la pena mixta establecido en el artículo 33 en su inciso penúltimo, es absolutamente distinto al que produce el cumplimiento de una pena sustitutiva, regulado en el artículo 38.

En razón a dichas diferencias estipuladas en la misma ley N°18.216 resulta dable señalar que la pena mixta se erige como una institución autónoma, cuyo efecto es la interrupción de una pena privativa de libertad ya impuesta y en ejecución, que es remplazada por el régimen de libertad vigilada intensiva. Esto quiere decir que solo es equiparable el modo en que ambas se ejecutan, el cual consiste en la libertad vigilada intensiva, pero poseen diferencias sustanciales en cuanto a sus requisitos de procedencia, la obligatoriedad del monitoreo telemático, la calidad de pena o beneficio de dichas instituciones y los efectos que producen sus respectivos cumplimientos.

Todo lo anteriormente señalado nos permite fundamentar que la pena mixta no posee el carácter de una pena. Nuestra postura es que la pena mixta se constituye como un beneficio y no como una pena propiamente tal, como es el caso de las penas sustitutivas. La pena mixta no es una pena sustitutiva propiamente tal, adicional a las reguladas en el artículo 1 inciso primero de la ley N°18.216. Pero tampoco la institución regulada en el artículo 33 es un caso especial de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva (Ramos, 2015).

Entonces, la pena mixta no es una condena hipotética que un delito tiene en el ordenamiento penal, como ocurre con las penas sustitutivas enumeradas en el artículo primero del proyecto de ley, sino que representa una modalidad de cumplimiento durante la ejecución penal de la pena efectiva impuesta por el juez (historia de la ley, p. 522).

Esto implica hacer una distinción entre las verdaderas penas sustitutivas, es decir, medidas diferentes al encierro que se deciden en el momento de la condena, de otras meras alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas, bajo la forma de alternativas especiales de cumplimiento (Ramos, 2015).

Por su parte, el exdefensor nacional distingue a las penas sustitutivas de la pena mixta al señalar que la reforma de la ley N°18.216, a través de la ley N°20.603, estableció un nuevo catálogo de penas sustitutivas conjuntamente con un régimen de ejecución de las penas privativas de libertad iguales o inferiores a cinco años y un día, cuyo efecto es anticipar la salida al medio libre del condenado en plazos menores a los requeridos para la libertad condicional (Shubert, 2014). Es decir, la pena mixta no

constituye una pena en sí misma, ya que es una forma beneficiosa de darle cumplimiento a la pena privativa de libertad originalmente impuesta, anticipando la salida al medio libre del condenado.

En ese sentido, la pena mixta constituye un mecanismo para modificar el régimen de cumplimiento de la pena que ya había comenzado a ejecutarse (Ramírez, 2012). En otras palabras, al ser una forma de ejecutar y cumplir la pena privativa originalmente impuesta, no constituye una pena diversa a esta, sino que es precisamente una forma diversa de darle cumplimiento a la pena que ha sido impuesta en el pronunciamiento de la condena.

A partir de los fundamentos expuestos, resulta posible concluir haciendo una relación que sirve para ejemplificar la naturaleza jurídica que detenta la institución de nuestro interés: La pena mixta es a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, lo que la libertad condicional es a la pena sustitutiva de remisión condicional.

En el capítulo que sigue se llevará a cabo un análisis de jurisprudencia que ha sido pronunciada por los Tribunales Superiores de justicia. Se pretende abordar tres sentencias emanadas de las Cortes de Apelaciones, en las cuales se dirime sobre la aplicación práctica de las instituciones que hemos expuesto y analizado a lo largo de este capítulo.

Haremos una revisión crítica sobre el razonamiento judicial que utilizan los jueces para fundamentar la no concesión de los beneficios penitenciarios que son de nuestro interés, los cuales corresponden a la pena mixta y el abono, cuando quienes solicitan la concesión de estos beneficios son extranjeros.

Capítulo III: Análisis jurisprudencial: aplicación de los beneficios dispuestos en los artículos 33 y 26 de la ley N°18.216 para los extranjeros que han incumplido la pena sustitutiva de expulsión

1. El reconocimiento del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva para ser abonado al saldo de pena inicial

El problema jurídico que en adelante pretendemos desarrollar estriba en la interpretación judicial del inciso final del artículo 34 de la ley N°18.215. La mencionada disposición legal establece que cuando un extranjero ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión, esta debe ser revocada y ordenarse el cumplimiento del saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta. Además, señala en el mismo inciso que el extranjero la ha incumplido cuando no ha respetado la condición de no retorno establecida en el inciso 3° del artículo 34, consistente en:

«El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en el plazo de 10 años».

Para regular las consecuencias jurídicas que dicho incumplimiento produce, el legislador ha dispuesto en la ley N°18.216, en su título IV, denominado «del incumplimiento y el quebrantamiento», las disposiciones que debe aplicar la autoridad judicial cuando se ha incumplido o quebrantado alguna de las penas sustitutivas contempladas en la misma ley. Este título IV está conformado por el párrafo 1°, con la epígrafe «Disposiciones generales» y el párrafo 2°, titulado «Normas especiales para la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad». Para la discusión que en adelante nos convoca solo analizaremos el contenido del párrafo 1°.

Las disposiciones generales dispuestas en el párrafo 1° regulan las consecuencias del incumplimiento y quebrantamiento de las penas sustitutivas, «la generalidad» expresada en la epígrafe de dicho párrafo permite argüir que el legislador ha determinado que el juez debe aplicar como regla general lo dispuesto en todos los artículos del párrafo 1°, cuando se ha quebrantado o incumplido cualquier pena sustitutiva de la ley N°18.216, a diferencia de lo dispuesto en el párrafo 2° del mismo título IV, que señala de forma expresa que los artículos 29 al 31 deben ser aplicados únicamente a la pena sustitutiva de «prestación de servicios en beneficio de la comunidad».

Una de las instituciones que se encuentra regulada en el párrafo 1° del título IV es la del «abono», en el artículo 26, de la ley N°18.216:

«La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva [...] 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».

Este artículo expresa que se produce una consecuencia específica producto de la revocación de la pena sustitutiva, consistente en que ante el incumplimiento de una pena sustitutiva, el juez deberá revocarla y dejarla sin efecto, sometiendo al condenado a cumplir el saldo de la pena inicial, pero abonando a este saldo, el tiempo que el condenado estuvo cumpliendo la pena sustitutiva.

El problema que en adelante pretendemos analizar dice relación con el reconocimiento del tiempo que el extranjero estuvo cumpliendo la pena sustitutiva de expulsión para ser abonado al saldo de la pena inicial. Actualmente la jurisprudencia no posee un criterio uniforme al respecto, a pesar de lo sencillo que puede parecer llegar a la conclusión de que cuando un extranjero ha incumplido una pena sustitutiva (cualquiera sea), el juez de garantía respectivo debería aplicar todos los artículos contenidos en el párrafo 1° «disposiciones generales», otorgando así el beneficio del abono. Esto a partir de una interpretación sistemática de la ley N°18.216 y del tenor literal de los artículos 26 y 34.

El problema que identificamos surge, entonces, a raíz de que actualmente la jurisprudencia no es uniforme sobre la procedencia del abono cuando se ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión, por lo que resulta pertinente en adelante, analizar ambas posturas judiciales. La primera sostiene que una vez incumplida la pena sustitutiva de expulsión debe ser procedente reconocer el tiempo que el extranjero estuvo dándole cumplimiento a dicha pena sustitutiva para ser abonado al saldo de la pena privativa de libertad. Mientras que la segunda defiende que el tiempo que el extranjero estuvo cumpliendo la pena sustitutiva de expulsión no debe ser reconocido para ser abonado al saldo de la pena inicial. El análisis que adelante efectuaremos versará sobre dos pronunciamientos emanados de los Tribunales Superiores de justicia.

Estos pronunciamientos se encuentran en sentencias sobre recursos constitucionales de amparo. Inicialmente estos recursos han sido interpuestos por

defensores penales públicos en contra de resoluciones de Jueces de Garantía, debido a la negativa que estos últimos han manifestado de aplicar el artículo 26 de la ley N°18.216, para extranjeros que han incumplido la pena sustitutiva de expulsión.

La pertinencia legal de la interposición de dichas acciones radica en que el *hábeas corpus* contenido en el artículo 21 de la CPR puede ser ejercido por «Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes».

Entonces el presupuesto esencial para ejercer la acción de amparo dice relación con que se disponga una privación de libertad fuera de los casos previstos por la ley o con infracción a lo dispuesto en la Constitución o en las leyes.

1.1 Rol N°112/2016, Corte de Apelaciones de Iquique, recurso de amparo

1.1.1 Hechos

La defensora penal público penitenciaria dedujo acción constitucional de amparo en representación de una mujer de nacionalidad boliviana, en contra de la resolución emanada del Juzgado de Garantía de Iquique, que rechazó la petición de la defensa de abonar el tiempo que su representada cumplió la pena sustitutiva de expulsión al saldo de la pena inicial.

La mujer fue condenada a la pena de 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, por su responsabilidad como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, siéndole sustituida la pena privativa de libertad por la expulsión del artículo 34 de la Ley N°18.216. Ella inició la pena sustitutiva de expulsión en Bolivia, el 29 de abril de 2013, teniendo previsto su cumplimiento para el 29 de abril de 2023. Sin embargo, el 7 de febrero de 2014, la pena sustitutiva de expulsión fue revocada por el Juzgado de Garantía de Iquique, ordenándose el cumplimiento efectivo de la condena inicial, reconociéndole para ser abonado únicamente el tiempo que estuvo en prisión preventiva a raíz de esa causa. Al momento de revocarse la pena sustitutiva no se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley N°18.216, por lo que se realizó una audiencia de revisión de sentencia y penas, en la que se discutió la solicitud de abono

del tiempo en que se extendió la expulsión. El Tribunal de Garantía¹⁹ estimó que no procedía el abono en los términos pretendidos por la defensa, aduciendo que el artículo 26, relativo a la revocación de la pena sustitutiva, no es extensivo a la pena de expulsión, establecida en el artículo 34:

«[...] significaría derechamente dar una señal de que se puede cometer un delito en Chile por un extranjero y que la expulsión le significara una especie de perdón de la condena que es precisamente lo que insistentemente tanto por el Ejecutivo como por el Congreso se intentó evitar y que informa como principio todas las modificaciones que incorporó la ley 20.603».

Además, señala que,

«el fundamento de su decisión de rechazo de la petición de abono se sustenta en la estructura de la ley en comento como en su historia fidedigna, las que demuestran que la voluntad del legislador fue no reconocer tal abono; y si bien reconoce a la expulsión la naturaleza de "pena sustitutiva", no se la asimiló al régimen general de las demás penas alternativas».

1.1.2 Fundamentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones

Por su parte, la acción de amparo que fue interpuesta por la abogada defensora en contra la resolución del Juzgado de Garantía de Iquique fue acogida por los ministros de la Corte de Apelaciones de Iquique, en la resolución los ministros son claros en establecer que es procedente el abono cuando se ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión y, sus principales argumentos se encuentran en los considerandos siguientes:

«CUARTO: Que el título IV de la ley 18.216, desde el artículo 24 al 31, regula el incumplimiento y el quebrantamiento de las penas substitutivas, distinguiendo un primer párrafo, de disposiciones generales, y un segundo párrafo, de disposiciones especiales, aplicable este último a la pena de prestación de servicio en beneficio de la comunidad. Por razones obvias, este segundo apartado no es de interés para la cuestión debatida.

Si resulta de interés y relevancia el párrafo primero que se refiere en términos genéricos y sin exclusión a la situación de incumplimiento y quebrantamiento de todas las

¹⁹ Causa RIT 7942-2012, RUC 1200625226-3.

penas substitutivas, y que por tanto deben aplicarse a todas ellas en lo que resulte pertinente, atendida la naturaleza de cada pena y la respectiva regulación específica».

El segundo párrafo citado del considerando cuarto contiene un argumento, a nuestro juicio, medular, debido a que los ministros aducen que los artículos contenidos en el párrafo 1º de la ley N°18.216 deben aplicarse a todas las penas substitutivas, sin excepción. Incluyendo así a la pena substitutiva de expulsión y esto en razón a la generalidad que ha dispuesto el legislador para caracterizar dicho apartado.

«QUINTO: Que como se desprende de los artículos 26 y 27 de la Ley, la revocación de la pena substitutiva puede tener su causa en su quebrantamiento grave o en la comisión de un nuevo crimen o simple delito, esto último establecido por sentencia firme o ejecutoriada. Con todo, en cualquier caso, dicho quebrantamiento impone al condenado la obligación de dar cumplimiento al saldo de la pena inicial (u originalmente impuesta), abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena substitutiva de forma proporcional a la duración de ambas».

De la lectura de este considerando, se aprecia que los ministros continúan desarrollando el argumento anterior y señalan de forma expresa los motivos que justifican la revocación de una pena substitutiva, a saber, el incumplimiento y el quebrantamiento.

A nuestro parecer, es erróneo, que el tribunal, asimile el incumplimiento y el quebrantamiento, porque son dos cuestiones sustancialmente diferentes y la ley es clara en establecer que este último dice relación al cometimiento de un nuevo delito, mientras que el incumplimiento se refiere a que el condenado no se sometió al cumplimiento de las condiciones que son propias a la particularidad de cada pena substitutiva.

«SEXTO: Que conforme lo anterior, es claro al tenor del artículo 26 de la Ley 18.216, que el legislador impone al tribunal que declara el quebrantamiento de la pena substitutiva el deber de imponer al condenado tanto la obligación de cumplir la pena inicial u original como el deber de abonar el tiempo de ejecución de la substitutiva revocada».

En el considerando sexto se esgrime que la consecuencia inmediata de ambos, tanto del incumplimiento como del quebrantamiento, es el abono, ya que el Juez de Garantía al revocar la pena substitutiva, debe imponer al condenado la obligación de

cumplir el saldo de la pena inicial, abonándose el tiempo de ejecución de la pena sustitutiva.

«SÉPTIMO: Que al no haber considerado el abono el tribunal A Quo incurrió en infracción legal que debe repararse por la vía de este remedio extraordinario, pues no hacerlo importa no sólo la infracción normativa señalada sino la afectación de la garantía constitucional de la libertad personal al obligarle a cumplir una extensión de pena privativa de libertad más allá de la que legalmente corresponde».

En este considerando séptimo, los jueces se refieren a que la resolución del Juez de Garantía que niega la procedencia del abono para el extranjero que ha incumplido la condición de no retorno de la expulsión, estaría infringiendo no solo lo dispuesto por el artículo 26, sino que además estaría infringiendo el derecho a la libertad personal consagrada en el artículo 19 N°7, letra b), de la constitución política de la república que establece 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».

«OCTAVO: Que de esta forma se acogerá la acción de amparo interpuesta, por estimar esta Corte que el señor juez recurrido ha incurrido en ilegalidad que afecta a la libertad personal de la recurrente, al interpretar la norma del artículo 26 de la ley 18.216 en los términos restringidos que plasma en su decisión, y ello, porque el legislador optó por incluir la pena de expulsión de extranjeros como una modalidad de la sustitución de penas introducida por la Ley 20.603, que modificó sustancialmente las normas del antiguo texto de la ley 18.216, sin establecer un estatuto especial para los sentenciados extranjeros en cuanto a la revocación y abonos que considerar, por lo que debe aplicarse a dicha materia las normas de su artículo 26, como a todos los condenados a quienes se le ha sustituido las penas corporales, criterio más acorde con la norma del artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, que impide al legislador o a cualquier autoridad establecer diferencias arbitrarias, pues al optar por una interpretación contra el privado de libertad y en base a una diferenciación no establecida en la ley, el juez recurrido restringió el derecho a los abonos impetrados, base del amparo y también el derecho al trato igualitario».

En este considerando resolutivo de la sentencia se expresa la decisión de acoger la acción de amparo, con el fin de proteger las garantías constitucionales infringidas, las cuales corresponden a la libertad personal del artículo 19 N°7 y el derecho a la igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N°2 de la constitución política de la república.

Un argumento a destacar dice relación a la inexistencia en la ley de un estatuto especial para los condenados extranjeros en lo relativo a las consecuencias del incumplimiento y quebrantamiento de las penas sustitutivas de expulsión, por lo que ante el incumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión deben considerarse y aplicarse las reglas generales de revocación y abono del párrafo 1° de la ley N°18.216 que funcionan como la regla general para todas las penas sustitutivas, ya que de lo contrario la autoridad judicial estaría realizando una diferenciación dirigida sólo para los extranjeros que no ha sido establecida por ley, por lo que resultaría arbitraria.

En definitiva, la sentencia establece que se requiere el restablecimiento de los derechos conculcados, pues el Juez de Garantía al adoptar una interpretación extensiva del artículo 34 que determina la supuesta imposibilidad de reconocer la procedencia del tiempo en que se estuvo cumpliendo la pena sustitutiva de expulsión para ser abonado al saldo de la pena inicial, no estaría siguiendo el criterio hermenéutico pro homine que en realidad debería orientar la interpretación del caso, ya que su decisión implica establecer restricciones de derechos fundamentales como el de la libertad personal.

1.2. Rol N°26/2018, Corte de Apelaciones de Antofagasta, recurso de amparo

1.2.1 Hechos

El defensor penal público penitenciario dedujo recurso de amparo en representación de una mujer de nacionalidad boliviana, en contra de la resolución del Juzgado de Garantía de Antofagasta²⁰, que rechazó la petición de la defensa de abonar el tiempo que ella cumplió la pena sustitutiva de expulsión al saldo de la pena inicial.

Ella fue condenada a la pena de cuatro años de presidio menor en su grado máximo por su responsabilidad como autora del delito de tráfico ilícito de estupefacientes, otorgándole la pena sustitutiva de expulsión contemplada en el artículo 34 de la ley N°18.216.

Posteriormente esta pena sustitutiva le es revocada por haberla quebrantado, ya que cometió un nuevo delito. Al momento de la revocación de la pena sustitutiva el Juez de Garantía sólo le reconoció el tiempo que estuvo en prisión preventiva para ser

²⁰ Causa RIT 1127-2014/ RUC 1400106298-1.

abonado, no así el tiempo que ella dio cumplimiento a la pena sustitutiva de expulsión. Es por eso que el defensor penal público solicitó una audiencia de revisión, con el objeto de abonar el tiempo que estuvo cumpliendo la pena de expulsión. En la audiencia el tribunal de Garantía de Antofagasta negó la aplicación del artículo 26 de la ley N°18.216.

Relevante es destacar que, en el escrito de la acción de amparo interpuesta por el defensor penal público, es posible verificar que en este se refiere a la sentencia que hemos analizado con anterioridad (C.A Iquique. 2016), citándola para fundamentar y respaldar su solicitud de que se le reconozca a su defendido el tiempo que este ha dado cumplimiento a la pena sustitutiva de expulsión para ser abonado al saldo de la pena inicial.

1.2.2 Fundamentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones

Por su parte, el recurso de amparo que fue interpuesto por el defensor penal público en contra de la resolución del Juzgado de Garantía de Antofagasta fue rechazado por los ministros de la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En la resolución los ministros establecen que no es procedente el abono cuando se ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión. Entre sus principales argumentos destacamos:

«SEGUNDO: [...] la Jueza recurrida, indicó que, teniendo en consideración el cuerpo normativo invocado, la Ley N°18.216, por interpretación sistemática de la misma, en relación al incumplimiento y quebrantamiento, por orden geográfico el artículo 26 debía aplicarse a todas aquellas penas sustitutivas que estaban reguladas con anterioridad a dicho artículo; que después del mismo, existían otro tipo de situaciones que decían relación con el remplazo de las penas sustitutivas y de las penas mixtas, con las reglas especiales a los extranjeros y luego las disposiciones generales. Sostuvo, que, estimando que el párrafo tercero que establecía la regla especial aplicable a extranjeros, la misma en su inciso final establecía, concreta y exactamente, sin dar lugar a ningún tipo de equívoco, una norma especial que dicho inciso refería y era que, en el 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", sin hacer alusión al artículo 26 ni referir ningún tipo de norma análoga a la antes señalada respecto de las penas anteriores al artículo citado, estimando -entonces- que no se daban los presupuestos legales para proceder a los abonos, toda vez que, estimaba que el art. 34 respecto de las normas de sustitución no tenía una

reconducción al art. 26 y por ende debía aplicarse su inciso final de la forma en que allí está establecido, no dando lugar a los abonos, pues, no se encontraba dicha petición conforme a la normativa de la Ley N°18.216, art. 34 inciso final».

Este considerando segundo expone lo esgrimido por el Tribuna *A quo* en la resolución que negó aplicar el abono. Importa señalar que en dicho análisis se le da énfasis al *orden geográfico* en la ley N°18.216 de las instituciones en conflicto, pero se omiten cuestiones de gran importancia.

Primero, lo que está en discusión es precisamente si debe o no ser procedente el abono cuando un extranjero ha incumplido o quebrantado la pena sustitutiva de expulsión. En este sentido, los apartados que importan para dilucidar dicha cuestión son los relativos a las normas «del incumplimiento y el quebrantamiento». Siguiendo el mismo razonamiento de la magistrada sobre del orden geográfico de la ley N°18.216, en este ella omite el hecho de que el párrafo 3° al que hace alusión «de la regla especial aplicable a los extranjeros» forma parte del título V de la ley, titulado «del reemplazo de la pena sustitutiva» y no es un párrafo perteneciente al título IV que dispone lo relativo «del incumplimiento y el quebrantamiento». Por lo que esta regla especial aplicable a los extranjeros no regula de forma particular lo relativo a las consecuencias «del incumplimiento y el quebrantamiento». La jueza parece asumir que el artículo 34 es una regla especial aplicable a los extranjeros en todo lo relativo al incumplimiento y al quebrantamiento de la pena sustitutiva de expulsión, lo cual no es del todo cierto, debido a que ese artículo precisamente no regula de forma exhaustiva cuales son todas las consecuencias de la revocación por incumplir o quebrantar la pena sustitutiva.

Siguiendo la interpretación en razón al orden geográfico realizado por la Jueza de Garantía, si bien es cierto que la expulsión contenida en el artículo 34 se encuentra ubicada en un lugar posterior a la regla del abono, aquello de modo alguno implica *per se* que todos los artículos anteriores no deberían ser aplicables a la pena sustitutiva de expulsión por ser anteriores a esta, la interpretación que realiza la jueza no sigue la literalidad de lo dispuesto en el artículo 34, para ampliar dicho artículo en razón al orden geográfico, extiende lo dispuesto por la ley para construir una regla especial para los extranjeros que implica negarles el beneficio del abono, restringiendo así el derecho fundamental de estos a la libertad personal. La autoridad judicial establece una diferenciación entre la concesión de beneficio para extranjeros y nacionales que han

incumplido penas sustitutivas a partir de un sustento hermenéutico y no legal. Es cierto que no toda diferenciación implica una discriminación, pero pareciese que en este caso no estamos ante una diferenciación legítima, ya que no parece perseguir criterios razonables ni en pos de lograr un propósito legítimo.

Si atendemos a la literalidad del artículo 34 inciso final podemos comprobar que el contenido de la regla especial no dice relación a la consecuencia del artículo 26 (el abono) cuando se ha incumplido o quebrantado la pena sustitutiva, sino que dice relación a la consecuencia del artículo 25 (la gradualidad), porque de forma explícita declara que no procederá dicho beneficio (consistente en la posibilidad de aplicar otra pena sustitutiva más intensa o de imponer una intensificación de las condiciones de cumplimiento de la pena sustitutiva) cuando se incumpla dicha pena sustitutiva. Lo que en realidad puede desprenderse del tenor literal del inciso final del artículo 34 es que niega al extranjero la posibilidad de optar a la gradualidad del artículo 25 que importa una consecuencia más benigna que la privación inmediata de libertad cuando su pena sustitutiva de expulsión ha sido revocada. Aquello se desprende de la estipulación expresa de la ley, por lo que someter al extranjero a cumplir directamente el saldo de la pena privativa de libertad no implica una decisión arbitraria por parte de la autoridad judicial. Sin embargo, si resulta ser una decisión arbitraria el negarles la posibilidad de que estos puedan abonar el tiempo que estuvieron cumpliendo la expulsión al saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

Por último, el artículo 34 inciso final no establece una regla especial para el abono, sólo lo hace con respecto a la graduación, por eso resulta relevante especificar que de aplicarse el abono del artículo 26 no implicaría contrariar lo estipulado en dicha regla especial, porque de abonarse el tiempo en que se dio cumplimiento a la expulsión, de todas formas se estaría cumpliendo la regla especial establecida en el inciso final del artículo 34, este es: cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

«CUARTO: Que en el caso que nos ocupa la decisión del tribunal que desestimó la aplicación del artículo 26 de la Ley 18.216 en el caso de la expulsión de un extranjero conforme al artículo 34 del mismo cuerpo legal, fue dictada por la Sra. Juez de Garantía competente para conocer del asunto, en una audiencia a la que asistieron ambas partes donde pudieron exponer lo que estimaron conveniente para el resguardo de sus derechos,

dictándose la resolución dando los fundamentos jurídicos que estimó del caso, los que, compártanse o no, constituyen un pronunciamiento intersubjetivamente aceptable en la medida que constituye una decisión motivada, aplicando las reglas de hermenéutica legal respecto de las normas que regulan el asunto.

Además la defensa del imputado no interpuso recurso alguno en contra de la mencionada resolución la que, consecuentemente, constituye una sentencia firme y ejecutoriada relativa a la forma y extensión de la condena que, por lo mismo, no cabe impugnar por esta vía extraordinaria casi dos meses después de que la misma haya sido dictada.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema del 19 de diciembre de 1932, sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Amparo, SE RECHAZA el presente recurso».

Tanto en este cuarto y último considerando, como en los anteriores considerandos, los ministros de la Corte de Apelaciones no realizan un análisis de los fundamentos de la decisión emitida por el Tribunal de Garantía. En el primer párrafo solo se atienden a señalar que los fundamentos jurídicos del pronunciamiento del Tribunal de Garantía resultan ser aceptables y constituyen una decisión motivada porque la magistrada aplica las reglas de la hermenéutica legal, lo cual no resulta del todo cierto, debido a que la magistrada no se atiene a lo estipulado por el artículo 19 del Código Civil que señala «Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu». Las reglas interpretativas del Código Civil también deben ser consideradas y además no utiliza para orientar su decisión el criterio hermenéutico *pro homine* ni *pro reo* que debe primar cuando la decisión de la autoridad judicial tiene como consecuencia la restricción de derechos fundamentales, como el de la libertad personal, ya que dicha interpretación implica imponer al extranjero un cumplimiento más prolongado de la pena privativa de libertad.

Además, resulta cuestionable que los ministros de la Corte de Apelaciones en su resolución no realicen un mayor esfuerzo por analizar los fundamentos de carácter normativo que sustentan la decisión del Tribunal de Garantía, y se limiten únicamente a mencionar cuales fueron los fundamentos sin entrar a profundizar y analizar estos.

Debemos agregar que posterior a la sentencia de la Corte de Apelaciones que rechazó el recurso de amparo, el defensor penal penitenciario decidió acudir apelando al máximo Tribunal de Justicia, la Corte Suprema, la cual en una sucinta sentencia estableció:

«Vistos: Suprimiendo el párrafo segundo del considerando cuarto, se confirma la sentencia apelada de dieciséis de abril de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el Ingreso Corte N° 26-18».

El máximo tribunal de justicia confirmó la decisión de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, con una sola salvedad, suprimiendo lo relativo al párrafo segundo del considerando cuarto en la que los magistrados establecían la extemporaneidad de la acción deducida y argumentaban que no cabía una impugnación debido a la naturaleza jurídica de la sentencia, al encontrarse firme y ejecutoriada.

En definitiva, en dicha resolución tampoco se realiza por parte de los magistrados un análisis de los fundamentos de fondo para denegar la aplicación del artículo 26 de la ley N°18.216, solo se limitan a confirmar la sentencia, sin explayarse al respecto.

Importante es señalar que en la resolución del máximo tribunal de justicia se expresa de forma sucinta el voto en contra pronunciado por uno de los ministros, el cual difiere a lo decidido y le parece que lo correcto es revocar la decisión de la Corte de Apelaciones y acoger el recurso de apelación, reconociendo el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión para ser abonado al saldo de la pena inicial:

«[...]de manera que, ante su quebrantamiento, al tenor del artículo 26 de Ley N°18.216, debe imponerse a la sentenciada la obligación de cumplir la pena inicial y abonarse el tiempo proporcional que corresponda a la ejecución de la sustitutiva revocada».

2. El impedimento para el extranjero que ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión de optar a la pena mixta

En adelante, nos abocaremos al análisis del segundo problema jurídico que hemos identificado en el ámbito de la ejecución penal. Este dice relación con la imposibilidad para los extranjeros de optar al beneficio de la pena mixta cuando estos han incumplido la pena sustitutiva de expulsión.

A continuación, proponemos realizar un análisis crítico de una sentencia emitida por la Corte de Apelaciones de Copiapó, esta es de nuestro interés porque se ha identificado que dicho beneficio le ha sido negado a un extranjero a pesar de que este cumplía con todos los requisitos que ha establecido el legislador para ser concedido. El principal argumento que subyace en la negativa de brindar dicho beneficio es que existiría la imposibilidad de acceder a este cuando con anterioridad al extranjero se le hubiese revocado la pena sustitutiva de expulsión por haberla incumplido. Es posible sostener que con dicho argumento los jueces estarían introduciendo un requisito de forma alega, ya que es adicional a los establecidos por el legislador en el artículo 33 para la concesión de la pena mixta, este requisito adicional consiste en no haber incumplido la pena sustitutiva de expulsión.

2. 1. ROL N°131/2018 Corte de Apelaciones de Copiapó, recurso de apelación

2.1.1 Hechos

El defensor penal público penitenciario dedujo recurso de apelación conforme a lo establecido en el artículo 37 de la ley N°18.216, en contra de la resolución del Juez de Garantía de Copiapó, que rechazó la solicitud de interrupción de la pena privativa de libertad de conformidad a lo dispuesto en el artículo 33 de la misma ley.

El recurso es interpuesto a nombre de un sujeto de nacionalidad colombiana, que había sido condenado a cumplir una pena de 5 años de presidio menor en su grado máximo, como autor del delito de tráfico ilícito de estupefacientes. Con posterioridad el presidio fue sustituido por la expulsión del territorio nacional, estableciéndose la prohibición de ingresar al territorio chileno por un plazo de diez años, en concordancia al inciso final del artículo 34 de la ley N°18.216 que establece dicha condición.

El 27 de enero del 2017 la pena sustitutiva de expulsión fue revocada por incumplimiento y se estableció que debía cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, a raíz de lo señalado en el inciso final del artículo 34. Él había permanecido en prisión preventiva ocho meses (luego se llevó a cabo la expulsión). Este período de prisión preventiva fue abonado al saldo de la pena inicial, pero no fue reconocido el tiempo que le dio cumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión, ya que el juez decidió no aplicar lo dispuesto en el artículo 26 de la ley N°18.216. Con posterioridad, el abogado de la defensoría penal pública penitenciaria solicitó una

audiencia especial para discutir la interrupción de la pena corporal privativa de libertad que se encontraba cumpliendo, por la de pena mixta contemplada en el artículo 33 de la ley N°18.216. La defensa acompañó todos los antecedentes que sirven de indicios para acreditar que el condenado cumplía con todos los requisitos que establece dicho artículo para la procedencia de la pena mixta, los cuales son los únicos elementos que ha establecido el legislador para que el Tribunal correspondiente pueda determinar y verificar si es procedente la pena mixta.

El 21 de marzo del 2018 el Tribunal de Garantía de Copiapó, resolvió rechazar la solicitud de la defensa. Esto lo hizo sin realizar ningún tipo de ponderación sobre el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 33. Entre sus principales fundamentos encontramos:

«Estima el Tribunal improcedente la solicitud de la defensa desde que tanto la sentencia y el artículo 34 son claros en señalar que respecto de aquel condenado extranjero que no cumpla con la expulsión y reingrese al territorio nacional deberá cumplir efectivamente el saldo de la pena impuesta. Estima el Tribunal que se trata de una norma específica, especial y que por tanto el criterio de especialidad debe aplicarse con preferencia a otra disposición como sería el artículo 33 dado que es el mismo artículo 34 el que regula la situación en que se encuentra el imputado, que ya fue además resuelta por el Juzgado de Garantía de Iquique. Mismo criterio estima este Tribunal, se trata de una norma especial, que dispone que en caso de que el condenado extranjero que reingresa al país debe someterse al cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y eso no es otro que el modo efectivo de cumplir la sanción, por esa razón el Tribunal rechaza la petición de la defensa».

El 26 de marzo del 2018 el defensor penal público, interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución dictada por el Juez de Garantía. Entre los principales argumentos que encontramos en el escrito del recurso de apelación el defensor destacan:

«El tribunal no efectúa ponderación alguna sobre los antecedentes que sirven de indicios para acreditar el cumplimiento de los requisitos que establece el artículo 33 y el condenado cumplía con todos los requisitos que dicho artículo establece, el tribunal simplemente negó la pena mixta porque a juicio del Tribunal existe un orden de especialidad [...] De haberse acogido la solicitud de la defensa, el condenado continuaría cumpliendo el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, dado que no se alteraría la naturaleza de la sanción que lo mantiene cumpliendo condena: sin embargo

se interrumpiría la forma que esta se lleva a cabo, entendiendo que *la pena mixta* no es una nueva pena sustitutiva».

«[...] el fundamento del rechazo del tribunal es desafortunado por cuanto radica en una interpretación equivocada que va más allá de las hipótesis y tipos penales excluidos exante, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1 inciso segundo de la ley 18.216 [...] Al indicarse que el fundamento para no acoger la solicitud, obedece a la consideración especial de lo dispuesto por el artículo 34 de la ley 18.216, situación de revocación de pena sustitutiva de expulsión para el caso de extranjeros, cuestión que tal y como se indicó “ya fue además resuelta por el Juzgado de Garantía de Iquique” se han confundido los objetos de discusión y se han mezclado dos instituciones diferentes cuales son: “la revocación de la pena sustitutiva para un grupo especial de condenados” y por otro lado, la aplicación de una “forma de interrupción de la pena privativa de libertad” de aplicación general, cuyos únicos casos de exclusión objetiva han sido establecidos previamente».

Finalmente, la Corte de Apelaciones de Copiapó el 10 de abril del 2018 (en la sentencia que analizaremos a continuación) resolvió confirmar la resolución apelada dictada por el Juez de Garantía de Copiapó, que en definitiva significó la denegación de la solicitud de la defensa de interrupción de la pena privativa de libertad, ya que bajo su criterio no resultaba procedente la pena mixta del artículo 33 de la ley 18.216.

2.1.2 Argumentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones

El recurso de apelación interpuesto por el defensor penal público en contra de la resolución del Juzgado de Garantía de Antofagasta fue confirmado por los ministros de la Corte de Apelaciones de Copiapó, denegando así la solicitud de interrupción de la pena privativa de libertad.

En adelante se expondrán los considerandos que manifiestan los principales argumentos que sustentan aquella decisión y de forma seguida se realizará un análisis crítico al respecto:

«QUINTO: Esta Corte comparte el criterio sostenido por el juez a quo, no solo por el claro tenor literal del inciso final del artículo 34 de la ley 18.216 que dispone el cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, en caso de que el condenado regresare al territorio nacional, sino además porque la propia estructura del articulado de la ley 18.216 debe llevar necesariamente a la misma conclusión.

Cabe destacar que el título V, contiene tres párrafos: el primero referido al reemplazo de la pena sustitutiva, el segundo en relación a las penas mixtas y el tercero que contiene la llamada regla especial aplicable a los extranjeros. De esta manera resulta evidente que el artículo 34 de la Ley 18.216, no solo regula de forma propia e íntegra el estatuto de la procedencia y ejecución y a lo establecido en el Título IV en cuanto a su incumplimiento y quebrantamiento, sino que de tal regulación fluye también la imposibilidad del extranjero de acceder al reemplazo de la pena sustitutiva como a las penas mixtas, pues el legislador expresamente ha establecido un régimen diverso».

En el considerando arriba citado lo primero que esgrimen los ministros es que la imposibilidad de acceder a la pena mixta se debe al incumplimiento la pena sustitutiva de expulsión y aquello supuestamente se desprendería del *tenor literal* del artículo que regula la expulsión, que dispone el cumplimiento del saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta cuando esta ha sido revocada. En ese sentido, el conceder el beneficio de la pena mixta no implica contrariar el tenor literal de dicho apartado, ya que la pena mixta es precisamente una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y de ningún modo constituye una pena diversa ni posee una naturaleza distinta.

Si bien el artículo 34 en su inciso final posee una regla especial, no resulta del todo cierto que esta regla abarque una *regulación integral y exhaustiva* de cada una de las consecuencias y prohibiciones que puedan surgir en torno al incumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión, en realidad el inciso final no regula todos los supuestos, lo que hace es explicitar que ante el incumplimiento de la pena sustitutiva la consecuencia inmediata será la revocación de esta «debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta». Por lo tanto, dicha regla es explícita en establecer la improcedencia de la aplicación de la gradualidad del artículo 25, impidiendo así el remplazo de esta por una pena sustitutiva de mayor intensidad o la imposición de una intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Pero nada dice el inciso final del artículo 34 con relación a la imposibilidad de optar en un futuro a la pena mixta o incluso al abono. Por lo tanto, no resulta cierto, el argumento de los ministros cuando señalan que el artículo 34 regula de forma integral todas las consecuencias del incumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión.

«SEXTO: No se debe olvidar que aún cuando el objetivo de la ley N°18.216 es el de propender a una efectiva resocialización de las personas condenadas [...] al mismo tiempo debe considerarse que detrás de toda condena está en juego la verificación de los fines preventivos de la pena. Es por ello que la imposición de sanciones penales busca desincentivar la comisión de delitos [...]. De acogerse la solicitud se estaría negando todo valor a la condena original que había dispuesto la prohibición del sentenciado de regresar al territorio nacional por el plazo de diez años por haber cometido un delito sin residir legalmente en el país. Cabe entonces preguntarse, ¿Puede una persona cumplir una pena de libertad vigilada intensiva, si se declaró a su respecto que se trataba de un extranjero que tenía una situación migratoria irregular al momento de cometer el delito, al que por lo mismo se le prohibió su reingreso al territorio nacional por 10 años y al poco tiempo incumple dicha medida? Pareciera que en los hechos, se estaría pasando por alto no sólo los fines de la pena como se señaló anteriormente, sino también las propias normas del régimen migratorio chileno. De esta suerte, no tendría mayor sentido cumplir con la pena sustitutiva de expulsión, pues al poco tiempo se podría optar a la interrupción de la pena privativa de libertad y desarrollar una vida en el medio libre en suelo chileno y a pesar de no cumplir siquiera con las normas migratorias».

El argumento de que la concesión de la pena mixta implicaría pasar por alto las normas del régimen migratorio es insostenible, porque implica negar a cualquier extranjero que posea una condición migratoria irregular todos los beneficios penitenciarios a los que podría eventualmente acceder. Nos parece que esa idea da cuenta de que la decisión de la autoridad judicial es arbitraria en tanto impone y exige al extranjero un requisito adicional para brindarles los beneficios carcelarios que no ha sido establecido por ley, el cual consiste en ser poseedor de una condición migratoria regular.

Otro argumento esgrimido por el tribunal es que la concesión de dicho beneficio implicaría pasar por alto los fines de la pena. En ese sentido, el beneficio de la pena mixta posee un fin de la pena retributivo (resocializador), por lo tanto, no concederles beneficios penitenciarios a los extranjeros que detenten una condición migratoria irregular resulta ser un despropósito con los fines resocializadores de las penas.

3. Evaluación crítica de las sentencias expuestas

Podemos ver que el principal argumento que justifica la denegación del beneficio, a saber, la concesión de la pena mixta implicaría desatender la exigencia que se desprende del tenor literal del inciso final del artículo 34, por lo tanto, no se le daría cumplimiento al saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta. Sostener aquello implica argüir que la pena mixta posee una naturaleza diversa a la pena privativa de libertad, sin embargo, aquello no es cierto, debido a que la pena mixta consiste precisamente en un beneficio que no altera la naturaleza jurídica de la pena privativa de libertad. Esta diferencia sustancial entre la naturaleza jurídica de las penas sustitutivas y la naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios fue abordada latamente en el capítulo II del presente trabajo²¹.

La pena mixta es una forma de ejecutar la pena privativa de libertad, interrumpiendo la ejecución de esta en régimen cerrado para dar cumplimiento en medio libre a través de la libertad vigilada intensiva. En otras palabras, es una forma beneficiosa de darle cumplimiento a la pena privativa de libertad originalmente impuesta, anticipando la salida al medio libre del condenado. Se erige como un beneficio y no implica cambiar la naturaleza jurídica de la pena privativa de libertad.

El juez al denegar la concesión de la pena mixta bajo el fundamento de que su concesión implicaría no respetar el cumplimiento de la pena privativa de libertad se equivoca, por cuanto el mismo artículo 33, en su inciso penúltimo, establece que el cumplimiento efectivo de dicho beneficio implica reconocer y tener por cumplida la pena privativa de libertad originalmente impuesta mediante una resolución fundada.

Por lo tanto, el cumplimiento de la pena mixta tiene como consecuencia el mismo efecto que ha de producirse con el cumplimiento de la pena privativa de libertad. En contraste de lo que sucede una vez cumplida las penas sustitutivas, ya que el satisfactorio cumplimiento de estas últimas trae aparejado el efecto estipulado en el artículo 38 de la ley N°18.216 consistente en la eliminación de los antecedentes prontuariales.

²¹ Para un análisis exhaustivo sobre la diversa naturaleza jurídica entre la pena mixta y la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva dirigirse al capítulo II (página 52).

Los jueces basan su decisión asimilando la naturaleza jurídica de la pena mixta a la naturaleza jurídica de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, sólo porque el régimen de ejecución de ambas es el mismo, pero sin tener en cuenta que los efectos de su cumplimiento resultan ser diametralmente distintos. Además, la naturaleza jurídica de una y otra difieren sustancialmente, pues la pena mixta de libertad vigilada intensiva resulta ser un beneficio y la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva es una pena.

Entonces, la pena mixta no es una condena hipotética que un delito tiene en el ordenamiento penal, como ocurre con las penas sustitutivas enumeradas en el artículo primero del proyecto de ley N°18.216, sino que representa una modalidad de cumplimiento durante la ejecución penal de la pena efectiva impuesta por el juez (historia de la ley N°20.603, p. 522).

En ese sentido, la pena mixta constituye un mecanismo para modificar el régimen de cumplimiento de la pena que ya había comenzado a ejecutarse (Ramírez, 2014). En otras palabras, al ser una forma de ejecutar y cumplir la pena privativa originalmente impuesta, no constituye una pena diversa a esta, sino que es una forma diversa de darle cumplimiento a la pena que ha sido impuesta en el pronunciamiento de la condena.

Podemos ver como en el caso expuesto el condenado cumplía con todos los requisitos requeridos para que le fuese concedida la pena mixta, sin embargo, aquello no fue siquiera ponderado por el juez, debido a que el condenado había incumplido la condición de no retorno de la pena sustitutiva de expulsión. El juez introduce un requisito de forma alegal, ya que no se encuentra en la ley, para negarle el beneficio consistente en no haber incumplido la pena sustitutiva de expulsión.

Además, la ley N°18.216 es clara en estipular en su artículo 1 inciso segundo los supuestos en que no será procedente la pena mixta, estos son casos excepcionales y se dispone que incluso el condenado que cumpla los requisitos consagrados en el artículo 33 no podrá optar a la pena mixta. Ninguno de estos supuestos contempla el no haber incumplido la pena sustitutiva de expulsión.

Tanto en el fallo Corte de Apelaciones de Copiapó, que niega la concesión de la pena mixta, como en el fallo de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, que no reconoce el tiempo en que se estuvo dando cumplimiento a la pena sustitutiva de expulsión para ser

abonado al saldo de la pena inicial, son el resultado de una interpretación extensiva por parte de la autoridad judicial de lo estipulado en el artículo 34 de la ley N°18.216, contraria a una interpretación orientada por el principio principio *pro homine*²².

Los jueces desatienden el tenor literal del artículo 34 para extender lo dispuesto en dicho artículo a partir de un sustento de exégesis y no legal, ampliando así el alcance del artículo 34 para restringir el ejercicio del derecho fundamental a la libertad personal de los extranjeros.

Cuando un derecho fundamental como el de la libertad personal es restringido, la autoridad judicial debe atenerse a realizar una interpretación dirigida a restringir en la menor medida aquel derecho, siempre en miras de favorecer y no perjudicar al sujeto al que se le aplicará dicha restricción, por lo que la decisión de los jueces construye una regla especial para los extranjeros, sin que aquella diferenciación esté estipulada de forma expresa en la ley. Nos parece que en su argumentación los jueces no manifiestan una motivación que legitime dicha decisión.

En ese sentido, cabe destacar el artículo 5 del CPP, cuando señala que «las disposiciones de este código que autorizan la restricción de libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía». Si bien la expulsión judicial no se encuentra en el CPP, sino que, en una ley especial nada obsta que ese principio deba ser atendido por la autoridad judicial cuando va a aplicar un criterio interpretativo que implicará restringir la libertad personal.

En nuestra opinión son varias las disposiciones constitucionales que pueden ser infringidas con la interpretación extensiva sobre lo dispuesto en el artículo 34 de la ley N°18.216. Así, al negar el reconocimiento del tiempo que el extranjero estuvo cumpliendo la pena sustitutiva de expulsión y al negarle la concesión de la pena mixta por incorporar de forma alegal un requisito adicional consistente en no haber incumplido la pena sustitutiva de expulsión se estaría infringiendo la garantía constitucional del derecho a la libertad personal consagrada en el artículo 19 N°7, letra b), que establece 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». Además, otra de las garantías constitucionales que se infringen es la igualdad protección de la ley en el

²² En capítulo IV de este trabajo se abordan los alcances del principio *pro homine* o *pro persona*.

ejercicio de sus derechos, la cual se encuentra contenida en el artículo 19 N°3, inciso penúltimo, porque se le estaría imponiendo al extranjero un cumplimiento de una pena más severa y prolongada de la que correspondería de aplicar el abono. Por último, se estaría infringiendo la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, consagrada en el artículo 19 N°2 que establece en su inciso segundo «Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias», ya que aquellas diferenciaciones no han sido establecidas por ley.

Además, considerando que en causa están los derechos humanos de un extranjero privado de libertad caracterizado por su interseccionalidad, el Estado y la autoridad judicial tienen el deber de realizar un ingente esfuerzo por velar por el debido respeto y resguardo de sus derechos fundamentales, como lo es el de la libertad personal. En este sentido, se propone en el siguiente y último capítulo realizar una revisión sobre los estándares que proporciona el DIDH relativos al problema jurídico expuesto, de este modo se podrá determinar si el criterio de la autoridad judicial contenido en las sentencias que hemos analizado se encuentra acorde a los estándares en la materia.

Capítulo IV: Estándares del Derecho Internacional de Derechos Humanos

1. Discriminación estructural

La principal tarea que el DIDH impone a los Estados es la obligación de respeto y garantía del pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción. Para la realización de esto, el DIDH ha debido realizar un ingente esfuerzo para que los Estados aseguren el pleno goce y ejercicio de sus derechos a determinados grupos de la sociedad caracterizados por poseer una situación de vulnerabilidad que muchas veces condiciona e impide el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El DIDH en sus inicios posicionó a un sujeto particular que se asumía como representativo de la humanidad. Era un sujeto supuestamente universal (masculino, occidental/blanco, heterosexual, adulto y burgués) y se le configuraba como el referente de la vida social, en relación al cual todo lo demás resultaban subalternizados y excluidos (Cubillos, 2015: 120). Es así como este sujeto se erige como *la medida de todas las cosas* y es en relación a este donde el resto se configura como diferente

«El paradigma sobre el cual se han aplicado los catálogos de derechos ha consistido en un titular de derechos que se construye culturalmente con características muy particulares: hombre, propietario, de cierto grupo étnico, adulto. Dicho modelo de protección ha sido claramente restrictivo [...] Frente a esta interpretación excluyente surgió la necesidad de corregir estas prácticas de exclusión y dar efectividad al principio de universalidad, en el entendido de que todas las personas son titulares de los mismos derechos» (Nash, 2013: 12). «El panorama internacional ha mostrado la situación en que viven determinadas personas (más bien grupos) que, en atención a ciertas particularidades (como el sexo, la orientación sexual, la etnia, la edad, etc.) se ven impedidas de gozar y ejercer sus derechos humanos en condiciones de igualdad» (Jopia y Labbé, 2015: 31).

Para subsanar ese impedimento en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales para ciertos grupos de la sociedad que poseen una condición diversa en relación al sujeto que hemos descrito como “representativo de la humanidad”, se justifica un tratamiento diferenciado, la adopción de medidas particulares y el surgimiento de determinados mecanismos de protección, en razón a las condiciones especiales de ciertos titulares de derechos. En el caso de los migrantes esto es relevante ya que se han configurado un amplio conjunto de instrumentos de *soft law* que definen con claridad los alcances de las obligaciones del Estado cuando el titular de derechos sea migrante.

Para abordar este tipo de discriminación que impide el pleno goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales a ciertos grupos de la sociedad debemos tener en consideración el hecho de que es la organización y configuración misma del Estado, sus instituciones, sus normas, sus reglas son las que permiten, facilitan y perpetúan las violaciones a los derechos humanos de ciertos grupos de la población.

«[...] La opresión así entendida es estructural y no tanto el resultado de las elecciones o políticas de unas pocas personas. Sus causas están insertas en normas, hábitos y símbolos que no se cuestionan, en los presupuestos que subyacen a las reglas institucionales y en las consecuencias colectivas se seguir esas reglas [...] En sentido estructural amplio, la opresión se refiere a las grandes y profundas injusticias que sufren algunos grupos como consecuencia de presupuestos y reacciones a menudo inconscientes de gente que en las interacciones corrientes tiene buenas intenciones, y como consecuencia también de los estereotipos difundidos por los medios de comunicación, de los estereotipos culturales y de los aspectos estructurales de las jerarquías burocráticas y los mecanismos de mercado [...] El carácter sistemático de la opresión determina que un

grupo oprimido no necesite tener un grupo opresor correlativo. La opresión estructural implica relaciones entre grupos; estas relaciones, sin embargo, no siempre responden al paradigma de opresión consciente e intencional de un grupo por otro» (Young, 2000: 74 citado en Barrére y Morondo 2011: 19).

Entonces, la discriminación estructural dice relación a los problemas constitutivos de la institucionalidad que es inherente a la configuración y estructuración del Estado, emana de las profundas injusticias enraizadas en las normas y decisiones judiciales, en el cómo opera el sistema y en los estereotipos que este reproduce.

En este sentido, la noción de discriminación estructural ha sido abordada por la jurisprudencia de la Corte IDH. Esto ha sido reflejado en sentencias de casos conocidos por este tribunal internacional:

«Resulta interesante cómo el concepto de discriminación ampliamente discutido por la Corte en casos anteriores, presenta ahora nuevos matices. Nos referimos a patrones y contextos de violaciones de derechos humanos en perjuicio de grupos vulnerables por su condición, situación social, económica y cultural, quienes han sido histórica o contextualmente marginados, excluidos o marginados sin justificación legal alguna. Estos grupos pueden ser indígenas, mujeres, discapacitados, LGTBI, migrantes, adultos mayores, incluyendo personas de escasos recursos económicos o indigentes» (Pelletier, 2014: 206).

La Corte, ha reconocido la existencia de contextos de discriminación estructural hacia grupos de personas migrantes, como un grupo que ha sido históricamente discriminado en razón a su identidad étnica, raza y nacionalidad.

«Recordemos que el Estado dominicano ha tenido antecedentes ante la Corte IDH de expulsiones masivas y discriminación de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana²³ [...]. En estos casos se evidencia un contexto de discriminación estructural [...] quienes han sido históricamente discriminados en razón del grupo étnico, raza y nacionalidad, y por su condición económica y cultural viven en situación de extrema pobreza» (Pelletier, 2014: 212).

²³ Corte IDH. Caso *Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de República Dominicana*, medidas provisionales (2000) y caso de las *Niñas Yean y Bosico Vs República Dominicana* (2005).

Es relevante destacar el caso *Nadge Dorzema y otros Vs República Dominicana*²⁴, donde la Corte IDH pese a tener la oportunidad de desarrollar el concepto de discriminación estructural en relación a las migraciones, no lo hizo:

«228. La Corte reitera que, respecto del alegato de la Comisión y los representantes sobre un contexto de discriminación estructural en República Dominicana contra personas haitianas o de descendencia haitiana, en el presente caso no corresponde pronunciarse al respecto. No obstante, la Corte analizará si en el asunto concreto existieron actos discriminatorios contra las víctimas del caso por su condición de migrantes, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención».

A pesar de que la Corte no hizo un esfuerzo por aducir y reconocer en el caso el contexto de discriminación estructural, de todas formas, sí reconoció en este caso una característica que es propia de las discriminaciones estructurales, esto es que la existencia de prácticas discriminatorias *de facto*:

«238. Todo lo anterior evidencia que, en el presente caso, existió una discriminación de facto en perjuicio de las víctimas del caso por su condición de migrantes, lo cual derivó en una marginalización en el goce de los derechos que la Corte declaró violados en esta Sentencia. Por tanto, la Corte concluye que el Estado no respetó ni garantizó los derechos de los migrantes haitianos sin discriminación, en contravención del artículo 1.1 de la Convención Americana en relación con los artículos 2, 4, 5, 7, 8, 22.9 y 25 de la misma».

El reconocimiento de esta característica que efectúa la Corte IDH es sumamente relevante, porque como se explicó anteriormente, una característica propia de la discriminación estructural es que no necesariamente es producto de una decisión intencionada o evidente, ya que subyace en las profundas prácticas discriminatorias enraizadas en las normas, y en la estructura misma del Estado.

En este sentido, es posible reconocer que la discriminación estructural la experimentan determinados grupos de la sociedad, por lo tanto, hay una caracterización grupal que es fundamental. Esto es relevante para el concepto y noción que hemos desarrollado de discriminación estructural ya que, sin lugar a dudas, es el hecho de pertenecer a uno de los grupos en situación de vulnerabilidad lo que se constituirá como

²⁴ Corte IDH. Caso *Nadge Dorzema y otros Vs República Dominicana* (2012). Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

un elemento clave para gozar en menor medida de los derechos y garantías fundamentales.

Sin embargo, es importante tener presente que con el tiempo han ido surgiendo diversas teorías que han estudiado los movimientos sociales emancipatorios contemporáneos y han logrado reconocer e identificar algo por mucho tiempo ignorado, esto es la complejidad que caracteriza a los sujetos que componen los grupos reconocidos por el DIDH como vulnerables, ya que además de auto identificarse y reconocerse en alguno de los grupos excluidos como lo son por ejemplo, el género, la raza, la orientación sexual y la etnia, puede suceder que hayan personas en las que concurren más de un factor de exclusión o vulnerabilidad, por ejemplo: el caso de una mujer negra, una mujer indígena, un niño homosexual, o como es precisamente el caso de nuestro sujeto de estudio en el presente trabajo: un migrante privado de libertad.

La teoría crítica ha logrado comprender que si bien el DIDH ha declarado a través de los diversos instrumentos internacionales el reconocimiento de ciertos grupos vulnerables que la sociedad no es homogénea y que los Estados deben efectuar un esfuerzo aún mayor para que quienes se identifican en alguno de estos grupos puedan gozar y ejercer sus derechos y libertades plenamente, este reconocimiento no es suficiente, pues aún falta un ingente esfuerzo por parte del DIDH por reconocer también la complejidad y heterogeneidad de los integrantes que habitan los grupos sociales que han sido caracterizados como vulnerables.

Para determinar cuáles son los estándares que debe cumplir el Estado chileno en relación a nuestro sujeto de estudio: el migrante privado de libertad, resulta necesario abordar la teoría de la interseccionalidad, pues no es suficiente definir separadamente cuales son los instrumentos que aplican a los privados de libertad y los que aplican a los migrantes y concluir que a nuestro sujeto de estudio deberían corresponderle la suma de los estándares de ambos, pues la discriminación que este sujeto experimenta no es la suma de discriminación por ser migrantes y por ser privados de libertad, sino que es una discriminación particular precisamente por ser migrantes privados de libertad.

2. Interseccionalidad

La tendencia del DIDH ha sido abordar la discriminación desde un enfoque unitario, es decir, que reconoce sólo un factor de exclusión. El problema de dicha perspectiva es

que no considera la posibilidad de que dichos factores se combinen y generen una forma especial de vulneración. Incluso los mismos movimientos sociales emancipatorios han enfocado la lucha contra la discriminación de manera unitaria.

En este sentido, «la jurista estadounidense Crenshaw apunta como en los casos de discriminación racial se ha enfocado y visualizado la discriminación en los varones negros, mientras que, en los casos de discriminación sexual, la discriminación se ha focalizado en las mujeres blancas y sus demandas. Ella advierte cómo en ocasiones las mujeres negras son excluidas de la teoría feminista y de la política antirracista debido a que ambos discursos se construyen sobre una serie de experiencias que no reflejan la interacción de la raza y el género» (Barrere y Morondo, 2011: 29).

Los orígenes de la interseccionalidad se remontan a la década del 70 en Estados Unidos y es el feminismo negro el que la reconoce y la hace visible. A pesar de que la fecha oficial en la que surge este concepto se sitúa en 1989, la perspectiva interseccional se aplicó previamente en algunos estudios teóricos. Así, por ejemplo, ya en 1981 Angela Davis en su libro «mujeres, raza y clase» sin hacer explícita alusión al concepto de interseccionalidad, manifestaba y hacía presente los problemas que afrontaban las mujeres que sufrían discriminaciones múltiples, viéndose estas afectadas a la misma vez por la desigualdad de raza, género y clase social. «Su análisis concluye que las experiencias de estas mujeres revelan como las estructuras de clase, género y raza interactúan entre ellas y no son independientes unas de otras» (Cruells, 2015: 36).

Es la jurista Kimberlé Crenshaw quien acuña por primera vez en 1989 el concepto en su libro «Demarginalizing the intersection of race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics». Crenshaw a través de la interseccionalidad aborda una crítica desde el feminismo negro a la tendencia que reconoce la raza y el género como categorías dicotómicas o excluyentes, cuestionando la teorización del sexismo y el racismo efectuada hasta el momento, que no habría tenido en cuenta la experiencia de personas que sufren discriminación interseccional.

«La autora plantea pensar categorías identitarias más complejas, que asuman la heterogeneidad grupal interna, para no reproducir ni reforzar subordinaciones de género y raza que se experimentan articuladamente» (Barrére y Morondo, 2011).

Según Crenshaw no se puede adoptar una perspectiva jerárquica entre los tipos de discriminación para definir la supremacía de uno u otra condición para determinar cuál es la principal o el más importante motivo de exclusión, ya que la interseccionalidad implica que la intensidad variará en la subjetividad de cada sujeto que la experimenta.

«No se trata sólo de que se crucen dos factores (el género y la etnia, por ejemplo) en una situación concreta de discriminación simultánea, sino de valorar el hecho realmente crucial de esa combinación de conjuntos o factores se genera un conjunto nuevo, distinto de los anteriores» (Rey Martinez, 2008: 266).

La noción de interseccionalidad de Crenshaw apunta a criticar las concepciones reducidas de la identidad grupal, pero su fin no es anular las categorías identitarias, sino más bien busca hacerlas más complejas. Da a entender que no significa que no exista algo como “negros” o “mujeres” o que no haya que organizarse políticamente alrededor de estas categorías identitarias. Más bien, para la autora, de lo que se trata es de reconocer que la conformación identitaria es más compleja de cómo en realidad ha sido concebida hasta ese entonces (Cruells, 2015: 37).

2.1 La perspectiva interseccional en el DIDH

En el contexto internacional contamos con un despliegue normativo que sigue operando con ejes de discriminación por separado y por el momento una tímida incorporación de la discriminación interseccional.

La utilización expresa del concepto interseccionalidad o discriminación múltiple en el ámbito del derecho internacional fue en el preámbulo de la Declaración elaborada en la Conferencia de Naciones Unidas contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en 2001²⁵ en Durban, Sudáfrica (Rey Martinez, 2008).

Es en los párrafos 69 y 70 donde se alude explícitamente a las *formas múltiples de discriminación* y a las *formas conexas de discriminación*:

«69. Estamos convencidos de que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la

²⁵ Disponible en: https://www.un.org/es/events/pastevents/cmcr/durban_sp.pdf.

pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de género en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación.

70. Reconocemos la necesidad de elaborar un enfoque más coherente y sistemático para evaluar y vigilar la discriminación racial contra las mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades a que hacen frente las mujeres para el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia».

En cuanto a los instrumentos vinculantes para el Estado que a pesar de no hacer alusión explícitamente al concepto de interseccionalidad o discriminación múltiple, de todas formas si reconocen que los sujetos que estos buscan proteger en base a determinada condición de vulnerabilidad, pueden sufrir otro tipo de discriminación basada en otros motivos encontramos la Convención Sobre de Derechos del Niño, Convención para Prevenir, Erradicar o Sancionar la Violencia contra la Mujer o Convención “Belem do Pará”, Convención Internacional sobre la Protección y Promoción de los Derechos y la Dignidad de las Personas con Minusvalía.

Estas Convenciones reflejan la realidad de estos grupos de personas que, enfrentados a supuestos de dobles o múltiples discriminaciones, experimentan situaciones de discriminación agravadas. «Debemos tener claridad acerca de que, en sí mismas, dichas normas no generan una obligación directa para los Estados en orden a implementar una legislación particular sobre la protección de estos colectivos. No obstante, de todas formas, su importancia radica en que funcionan como directrices que promueven la adopción de políticas públicas y doctrinas jurisprudenciales que deben prestar especial atención a los supuestos de discriminación múltiple» (Jopia y Labbé, 2015: 46).

3. Estándares internacionales de Derechos Humanos para la resolución del problema jurídico

Debido a que los estándares que impone el DIDH a los Estados para que estos garanticen y respeten el ejercicio de los derechos y libertades de nuestro sujeto de estudio: el migrante privado de libertad, son configurados como ya se explicó, a partir

de una concepción unitaria, esto es, reconociendo sólo un factor de exclusión en razón a las condiciones especiales del sujeto, es que resulta necesario precisar que sin perjuicio de tener presente la complejidad de nuestro sujeto de estudio debido a la intersección de los dos factores de exclusión que lo caracterizan, es importante partir de la base de que los migrantes privados de libertad gozan de todos los catálogos y mecanismos de protección que corresponden aplicar a los migrantes y de todos los estándares que deben aplicar los Estados para garantizar los derechos de los sujetos que se encuentren privados de libertad.

Por lo anterior, resulta indispensable que el intérprete, a la hora de aplicar los estándares que impone el DIDH y de construir nuevos estándares a la luz de los ya existentes o en los casos en que este tenga que construir su propio criterio hermenéutico, profundice en los múltiples factores que inciden en la configuración de nuestro sujeto de estudio, en tanto migrante, privado de libertad y en algunos casos mujer, para que a partir de los diversos cuerpos normativos y estándares que existen en relación a todos estos grupos vulnerables, se arribe a una protección integral de estos atendiendo a su especial particularidad y complejidad.

3.1. Aplicabilidad de los tratados internacionales en Chile

Nuestro país ha firmado una serie de Tratados Internacionales que se encuentran vigentes y que dicen relación con los estándares que debe cumplir la respuesta penal en causas seguidas contra personas migrantes, los cuales se entienden incorporados en nuestra legislación a través del artículo 5 inciso segundo de la Constitución:

«El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes».

En este contexto, Chile ha suscrito distintos instrumentos internacionales con implicancia en la privación de libertad de migrantes, adoptando principios y normas que vienen a definir los estándares que debe respetar y garantizar el Estado chileno, así como los derechos que tienen y el trato que el sistema judicial debe darle a los migrantes. Estos instrumentos son directamente aplicables por la razón expuesta anteriormente, y además tienen rango jerárquico suprallegal e incluso constitucional.

Para efectos de reconocer los estándares que debe cumplir el Estado chileno en relación con los migrantes privados de libertad nos valdremos de una noción amplia del *corpus juris* y de los instrumentos del *soft law* del DIDH, considerando así el conjunto de instrumentos internacionales, de tratados, opiniones consultivas de contenido y efectos jurídicos variados, sean estos vinculantes y no vinculantes para el Estado chileno.

Cabe mencionar que los estándares que pretendemos estudiar en adelante serán únicamente los que sirven para resolver el problema jurídico que hemos propuesto a lo largo de este trabajo, por lo que resulta pertinente recordar que en adelante buscamos resolver si es compatible la interpretación extensiva realizada por la autoridad judicial del artículo 34 de la ley 18.216 para negar dos beneficios penitenciarios (el abono y la pena mixta) con el DIDH. En adelante, explicaremos cuál es el estándar mínimo internacional de los migrantes, la posición de garante del Estado en relación a los sujetos privados de libertad y los principios de DIDH que deben guiar la práctica hermenéutica de nuestro caso y las directrices básicas del DIDH para la aplicación de medidas no privativas de libertad.

3.2. Estándar mínimo internacional de derechos humanos que debe respetar el Estado para las personas migrantes privadas de libertad

Ante la falta de un instrumento que señale de forma expresa el contenido del estándar mínimo que deben respetar y garantizar los Estados a los extranjeros que se encuentran bajo su jurisdicción privados de libertad, debemos precisar que existen ciertos derechos que revisten el carácter de esencial, y que vendrían a constituir el núcleo o mínimo inderogable, son aquellos derechos universalmente reconocidos que no pueden ser suspendidos o derogados bajo ninguna circunstancia (se encuentran contenidos en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y el artículo 27 N°2 de la Convención Americana). Esto implica que la condición migratoria de las personas o el que se encuentren privados de libertad jamás puede servir como motivo de exclusión de las protecciones básicas que otorga el DIDH.

El artículo 27 N°2 señala que tampoco pueden suspenderse *las garantías judiciales indispensables para el ejercicio de tales derechos*, en ese sentido cobra relevancia el derecho de tutela judicial contenido en los artículos 8 y 24 de la CADH, este ha sido reconocido como un derecho mínimo, indispensable y que el Estado debe respetar independiente de la condición migratoria que pueda detentar la persona. «El análisis

jurisprudencial acerca del contenido y alcance del derecho de acceso a la justicia relativamente a las personas migrantes aparece estrechamente vinculado a la condición de vulnerabilidad en que se encuentra este grupo, como sujeto de derechos humanos, y perpetuada por desigualdades de *jure y de facto*» (Galdámez y Lages, 2013: 93).

En ese sentido, creemos indispensable entender que los artículos 8 y 24 de la CADH deben entenderse e interpretarse también como una tutela general que va más allá de los términos estrictamente procesales y que alcanza desde luego la ejecución penal.

Sobre la restricción de otros derechos que no forman parte de este núcleo inderogable, y si admiten ciertos tipos de restricciones, como el de la libertad personal, que nos importa para resolver el problema jurídico que hemos presentado. Es importante precisar que si bien, los Estados pueden restringir ese derecho fundamental, no obstante, esa restricción debe estar motivada legítimamente. En ese sentido, la restricción debe someterse a las exigencias propias de la legalidad y proporcionalidad y no debe tratarse de una decisión arbitraria, por lo que toda medida debe cumplir ciertos requisitos para ser legítima.

En definitiva, la creación de estos derechos mínimos a favor de las personas migrantes privadas de libertad implica y obliga a los Estados conciliar sus leyes y la aplicación de estas reconociendo dichos derechos independiente de la condición migratoria o de que el sujeto se encuentra privado de libertad.

3.3. La posición de garante del Estado con relación a los sujetos privados de libertad

El Estado y sus autoridades, tienen una gran responsabilidad respecto de las personas que se encuentran sujetas a su control, cada vez se ha abordado con mayor énfasis a nivel internacional sobre la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas privadas de libertad.

En cuanto al contenido normativo de los principios y mecanismos de protección para el privado de libertad y la posición de garante del Estado, encontramos los artículos 9, 10 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. También en lo respectivo a las garantías aplicables a situaciones de restricción a la libertad personal, es necesario considerar los artículos 7 de la Convención Americana y el XXV de la Declaración.

De este modo el Estado posee una posición de garante respecto de los derechos humanos de las personas privadas de libertad, hay que entender que este sujeto se encuentra en un estado de indefensión que el propio Estado debe resguardar. Por lo tanto, cobran gran relevancia algunos principios como el debido proceso legal, la presunción de inocencia y las garantías fundamentales que se deben resguardar para la efectiva protección de los derechos de las personas privadas de libertad, dada su particular situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, la Corte IDH ha señalado en el caso *Instituto de reeducación del menor Vs Paraguay*²⁶:

«153. Ante esta relación e interacción especial de sujeción entre el interno y el Estado, este último debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible. De no ser así, ello implicaría que la privación de libertad despoja a la persona de su titularidad respecto de todos los derechos humanos, lo que no es posible aceptar».

3.3.1. Reglas de Tokio y Reglas de Brasilia

Como nuestro problema jurídico se suscita en el marco de la aplicación de la ley N°18.216 sobre penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, específicamente sobre las consecuencias discriminatorias del incumplimiento de la pena sustitutiva de expulsión judicial para optar a los beneficios penitenciarios (pena mixta y abono), resulta sumamente pertinente analizar la relación que nuestro problema jurídico pueda tener con las denominadas reglas de Tokio²⁷ que contienen una serie de principios básicos que buscan promover la aplicación de estas medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican las medidas sustitutivas a la prisión.

Uno de los objetivos fundamentales de las reglas de Tokio implica que:

²⁶ Corte IDH. Caso *Instituto de reeducación del menor Vs Paraguay*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No.112.

²⁷ Adoptadas por la Asamblea General por resolución 45/110 en diciembre de 1990. Disponibles en: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>.

«Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y, de esa manera, reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente»²⁸.

En el punto N°2.2 sobre el alcance de estas, se señala explícitamente que:

«Las Reglas se aplicarán sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, patrimonio, nacimiento o cualquier otra condición».

En este sentido cabe precisar que lo que se desprende de este punto es que no cabe duda de que estas reglas deben ser aplicadas también sin discriminación a los sujetos en razón a si estos detentan o no la condición de ciudadanos.

Resulta importante destacar el punto N°3.3 sobre *salvaguardas legales*:

«La autoridad judicial u otra autoridad independiente competente ejercerá sus facultades discrecionales en todas las fases del procedimiento, actuando con plena responsabilidad y exclusivamente de conformidad con la ley».

En ese sentido, lo que ahí se indica es que la autoridad judicial puede ejercer sus facultades discrecionales, pero siempre en conformidad a la ley, reconociendo a esta como límite. Aterrizando esto al caso que nos convoca debemos señalar que la autoridad judicial al aplicar e interpretar la ley N°18.216 sobre penas sustitutivas a las privativas de libertad, debe actuar exclusivamente en conformidad a la ley y resguardando lo establecido por la Constitución Política de la República.

Sobre las consecuencias del incumplimiento de las penas sustitutivas, las reglas establecen en el punto N°14:

«14.1 El incumplimiento de las obligaciones impuestas al delincuente puede dar lugar a la modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad.

14.3 El fracaso de una medida no privativa de la libertad no significará automáticamente la imposición de una medida privativa de la libertad.

²⁸ UNICEF. Derechos Humanos de la Niñez y la Adolescencia. Segunda reimpresión. 2006. Principios Generales 1.5. P. 113.

14.4 En caso de modificación o revocación de la medida no privativa de la libertad, la autoridad competente intentará imponer una medida sustitutiva no privativa de la libertad que sea adecuada. Sólo se podrá imponer la pena de prisión cuando no haya otras medidas sustitutivas adecuadas».

Es importante señalar que estas reglas establecen como consecuencia del incumplimiento el deber de imposición de una pena sustitutiva más gravosa y de no haber otras penas sustitutivas adecuadas para el caso en cuestión, la autoridad judicial podrá revocarla y someter al cumplimiento de la pena privativa de libertad. Estas disposiciones son claras en establecer aquello como única consecuencia del quebrantamiento e incumplimiento. De modo alguno se señala que la autoridad judicial puede establecer a su discreción otro tipo de consecuencias a lo largo del período de ejecución penal, impidiéndole al sujeto (en este caso al extranjero) acceder a otros beneficios penitenciarios que no tienen relación con la pena sustitutiva que en algún momento fue incumplida.

Además, debemos tener presente la importancia de que la interpretación de las Reglas de Tokio debe realizarse según las reglas de Brasilia²⁹, que versan sobre el derecho de acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Estas vienen a complementar a las primeras, porque se refieren específicamente a los privados de libertad y a los migrantes como grupos vulnerables y como beneficiarios de estas reglas.

Estas reglas insisten en que las personas en condición de vulnerabilidad, como pueden serlo migrantes, privados de libertad y mujeres deben gozar de acciones afirmativas por parte del Estado, a través de los operadores de justicia para que puedan ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (Ojeda, 2017: 193). A este respecto establecen:

«6.- Migración: El desplazamiento de una persona fuera del territorio del Estado de su nacionalidad puede constituir una causa de vulnerabilidad, especialmente en los supuestos de los trabajadores migratorios y sus familiares. Se considera trabajador migratorio toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad

²⁹Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, acordadas en la XIV cumbre judicial iberoamericana. Disponible en: <http://www.dpp.cl/resources/upload/824f2c2055dd3f199cd8df939db909fa.pdf>.

remunerada en un Estado del que no sea nacional. Asimismo se reconocerá una protección especial a los beneficiarios del estatuto de refugiado conforme a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, así como a los solicitantes de asilo.

«10.- Privación de libertad: La privación de la libertad, ordenada por autoridad pública competente, puede generar dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia el resto de derechos de los que es titular la persona privada de libertad, especialmente cuando concurre alguna causa de vulnerabilidad enumerada en los apartados anteriores.

A efectos de estas Reglas, se considera privación de libertad la que ha sido ordenada por autoridad pública, ya sea por motivo de la investigación de un delito, por el cumplimiento de una condena penal, por enfermedad mental o por cualquier otro motivo».

Es importante señalar que el Estado chileno debe aplicar ambas reglas ya que, si bien son parte de instrumentos sin fuerza vinculante, deben cumplirlas todos los Estados partes de las Naciones Unidas porque provienen de una resolución de la Asamblea General. «Para establecer la obligatoriedad de la aplicación de estas reglas es menester recordar el principio *pacta sunt servanda*, que rige el Derecho Internacional de los Derechos Humanos» (Ojeda, 2017: 194).

4. Principios del SIDH que sirven como herramientas interpretativas de las normas que privan o restringen el derecho fundamental a la libertad personal de los migrantes

En virtud de la complejidad de la interpretación normativa, se han erigido y desarrollado diversos principios que sirven como una guía orientadora para el razonamiento judicial que deben efectuar los jueces al aplicar la normativa chilena. En adelante analizaremos el alcance de algunos de los principios que resultan relevante, como lo son el principio de igualdad y no discriminación, el principio *pro homine* y el principio de no criminalización de los migrantes, los cuales se configuran como una guía orientadora para el razonamiento que deben efectuar los jueces al aplicar la normativa chilena.

4.1 Principio Igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación es considerado un principio básico y general, se erige como un principio jurídico rector en materia de protección de los

derechos humanos. El artículo 1 de la CADH establece la prohibición de discriminación al señalar que:

“Los Estados parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier condición social”.

El Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido la discriminación como:

“toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

En base a esta definición, podemos señalar que la discriminación hacia los migrantes por parte del Estado se funda en razón al “origen nacional”, porque pertenecen a un grupo que es reconocido por parte del Estado como poseedor de un origen nacional diverso y ajeno a la categoría de ciudadano.

«La incorporación de cláusulas de no discriminación en los tratados internacionales de derechos humanos y asimismo en tratados que reconocen específicos derechos sustantivos de los migrantes —como lo es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares— sugieren una protección adicional a estas personas en virtud de su mayor susceptibilidad a la discriminación y trato diferenciado. En virtud de lo anterior, las exigencias del principio de igualdad y no discriminación son condición indispensable para el ejercicio y goce de los derechos humanos reconocidos a las personas migrantes y fundamento para la limitación del actuar del Estado a la hora de establecer tratos diferenciados en razón de la nacionalidad u origen nacional» (Galdámez y Lages, 2013: 85).

En este sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes, en el informe de 2013 presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁰ señaló:

«28. Todos los migrantes, sin discriminación, están protegidos por las normas internacionales de derechos humanos. Las excepciones son muy pocas y están definidas con precisión, a saber, el derecho a votar y ser elegido y el derecho a entrar en un país y quedarse en él. Incluso en el caso de esas excepciones, deben respetarse las garantías procesales, así como las obligaciones relativas a la no devolución, el interés superior del niño y la unidad familiar. Todos los demás derechos son aplicables a todos los migrantes, sea cual sea su condición administrativa. Toda distinción debe ser proporcional y razonable y atender a un objetivo legítimo: los dos pactos internacionales de derechos humanos (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) mencionan explícitamente el "origen nacional" como motivo prohibido de discriminación en cuanto al disfrute de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales».

Sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito judicial, la Corte IDH ha señalado:

«el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas» (Corte IDH, 2003:66)³¹.

³⁰ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, Asamblea General de las Naciones Unidas, 68º período de sesiones, A/68/283 (5 de agosto de 2013), párr. 28.

³¹ Corte IDH. «Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados». Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 121; Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 130. Página 66.

En ese sentido, sobre el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito de la privación de libertad, la CIDH a instancia de su Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de libertad adoptó varios principios, los denominados «Principios y buenas prácticas sobre las personas privadas de libertad en las Américas»³². Respecto del principio de igualdad y no discriminación se establece:

«Principio II- Igualdad y no discriminación: Toda persona privada de libertad será igual ante la ley, y tendrá derecho a igual protección de la ley y de los tribunales de justicia. Tendrá derecho, además, a conservar sus garantías fundamentales y ejercer sus derechos, a excepción de aquéllos cuyo ejercicio esté limitado o restringido temporalmente, por disposición de la ley, y por razones inherentes a su condición de personas privadas de libertad.

Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, género, orientación sexual, o cualquiera otra condición social. En consecuencia, se prohibirá cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga por objeto o por resultado, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos internacionalmente reconocidos a las personas privadas de libertad.

Las medidas y sanciones que se impongan a las personas privadas de libertad se aplicarán con imparcialidad, basándose en criterios objetivos».

Cabe destacar el último párrafo, debido a que es de utilidad para resolver nuestro problema jurídico, ya que es posible desprender de este que las medidas y sanciones que adopte la autoridad judicial chilena deben ser aplicadas con imparcialidad, por lo tanto, bajo ninguna circunstancia su decisión puede estar basada en una diferenciación arbitraria y discriminatoria para el sujeto que no detenta la condición migratoria regular.

³² Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>

Además, resulta relevante destacar que la Corte IDH en una sentencia³³ y en una Opinión Consultiva³⁴ ha caracterizado al principio de igualdad y no discriminación como una norma de carácter *jus cogens*:

«270. Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación. *Asimismo, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico. Además, este Tribunal ha establecido que los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto y que están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas». (Énfasis agregado)

El reconocimiento de que el principio de Igualdad y no discriminación detenta el carácter de *jus cogens* es sumamente relevante, pues la Convención de Viena establece:

«Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional General ("jus cogens"): Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser

³³ Corte IDH. Caso *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 3511.

³⁴ Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 247 61.

modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter».

En base a las pretensiones señaladas, entonces, cabe caracterizar el principio de igualdad y no discriminación como esencial para establecer limitaciones al Estado en pos de proteger los derechos humanos de los extranjeros. Este principio actúa mediante la prohibición de arbitrariedad para el Estado en la realización de una diferencia de trato para las personas migrantes.

4.2 Principio pro persona o *pro homine*

El sistema normativo que le da origen a este principio es precisamente el DIDH y lo hace con el fin de orientar el proceso de recepción de las normas internacionales de derechos humanos en el marco normativo interno de los Estados.

En palabras de Mónica Pinto el principio pro persona

«es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre» (Pinto, 1997).

Por su parte, la Corte IDH en el caso *Ivcher Bronstein Vs Perú*³⁵ hace uso del principio *pro homine* señalando:

«41. El artículo 29 de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la

³⁵ Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999.

garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional».

En el Informe N°137/99 de la CIDH, aplicó la regla *pro homine* de interpretación para responder los alegatos de Estado chileno, en el caso *Andrés Aylwin Azócar y otros Vs Chile*³⁶, en el cual se denunció la figura de los senadores vitalicios por ser contraria al principio de igualdad:

«146. La expresión "límitrofe" utilizada por el Estado debe llevar a que en caso de duda, sea interpretada a favor de los derechos de las víctimas. Este principio *pro homine*, como lo ha expresado la Corte Interamericana, rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el derecho de los derechos humanos».

En ese sentido, para aterrizar este principio que nos convoca al problema jurídico que hemos abordado a lo largo del presente trabajo cabe hacer presente que en el ámbito de la privación de libertad existen los denominados «Principios y buenas prácticas sobre las personas privadas de libertad en las Américas³⁷» adoptados por la CIDH, que ya se señaló con anterioridad, en relación con el principio *pro homine* encontramos:

«Principio XXV- Interpretación: Con el fin de respetar y garantizar plenamente los derechos y las libertades fundamentales reconocidas por el sistema interamericano, los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos deberán interpretar extensivamente las normas de derechos humanos, de tal forma que se aplique en toda circunstancia las cláusulas más favorables a las personas privadas de libertad.

Lo establecido en el presente documento no se interpretará como limitación, suspensión o restricción de los derechos y garantías de las personas privadas de libertad, reconocidos en el derecho interno e internacional, so pretexto de que este documento no los contempla o los contempla en menos grado».

Para nuestro problema jurídico en concreto, este principio implica que cuando la autoridad judicial chilena deba realizar el ejercicio hermenéutico correspondiente, para aplicar una norma como el artículo 34 de la ley N°18.216 que implica y tiene como

³⁶ Corte IDH. Caso *Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.863.htm>.

³⁷ Adoptados por la Comisión durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008. Disponibles en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.

consecuencia la restricción de un derecho fundamental como lo es el de la libertad personal, el intérprete debe orientar y guiar su criterio en base al principio *pro homine* y estar a la interpretación más restringida de la norma. De esta manera lo que se busca es siempre favorecer a las personas privadas de libertad.

En definitiva, la aplicación del principio *pro homine* o *pro persona* implica para el intérprete judicial que en caso de oscuridad o vacío siempre debe utilizar un criterio hermenéutico en favor de la persona.

4.3 Principio de no criminalización de los migrantes

El principio de no criminalización funciona como presupuesto para entender que la condición de migrante irregular, no debe significar la consideración del extranjero como criminal o sospechoso de cometer delitos.

La Relatora de Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los migrantes ha sostenido que «la detención de los migrantes con motivo de su condición irregular no debería bajo ninguna circunstancia tener un carácter punitivo»³⁸.

En el informe anual de la CIDH, sobre el segundo informe de progreso de la relatoría sobre trabajadores migratorios y miembros de su familia³⁹, en relación al principio de no criminalización de la migración se señala:

«110. Es importante consignar que en opinión de esta Relatoría, los inmigrantes indocumentados son, en el peor de los casos, infractores a normas administrativas. No son a nuestro entender, ni criminales ni sospechosos de cometer delitos. Dada su condición, estas personas deben ser retenidas en recintos de detención y no en prisiones comunes. En este sentido, trabajadores migratorios deben permanecer junto a sus familiares en espacios relativamente abiertos y no ser colocados en celdas».

Si bien es posible desprender de lo expuesto que el fundamento de este principio es erradicar el tratamiento punitivo que algunos países le dan a la condición irregular, creemos que nada obsta a que también se aplique a casos en el marco del ámbito de la ejecución penal, como el que hemos analizado a lo largo de este trabajo, donde si bien,

³⁸ Naciones Unidas, Grupos específicos e individuos: Trabajadores migrantes. Informe presentado por la Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidad con la Resolución 2002/62 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2003/85, de 30 de diciembre de 2002, párr. 73.

³⁹ CIDH. *Informe anual de la comisión interamericana de Derechos Humanos 2000*. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20, de 16 abril 2001.

efectivamente el migrante ha infringido la ley penal, es la condición irregular de este lo que determina que la autoridad judicial decida imponerle un cumplimiento más severo de la pena privativa de libertad en comparación al cumplimiento que deben realizar quienes detentan la condición de ciudadanos.

Para concluir, es importante considerar que todos los estándares expuestos, tanto los principios como las reglas, deben ser considerados por la autoridad judicial chilena a la hora de realizar el ejercicio interpretativo para determinar el alcance y contenido del artículo 34 de la ley N°18.216 que regula la expulsión judicial. La autoridad debe hacerlo respetando las directrices que ha construido el DIDH.

En este sentido, sobre la autoridad judicial pesa un gran desafío, porque está llamada a reducir las brechas entre las normas comunes y las normas constitucionales y de derechos humanos. Este esfuerzo debe ser aún más ingente en atención a las particularidades, complejidades e interseccionalidad que caracteriza al sujeto migrante privado de libertad y en razón a la situación de discriminación y desventaja estructural que también hemos descrito, que sin duda lo afecta y condiciona, provocando que cotidianamente se encuentre más propenso a sufrir las violaciones a sus derechos fundamentales.

Conclusiones

- ❖ En el primer capítulo del presente trabajo se propuso un análisis jurisprudencial y político-criminal desde el prisma de dos enfoques teóricos, el de *crimmigration* (crimigración) y el derecho penal del enemigo. Ambas teorías se complementan y sirven para dotar de mayores herramientas el análisis y lograr un entendimiento más acabado sobre el desarrollo y configuración de las políticas criminales dirigidas al sujeto extranjero como infractor de la ley penal.
- ❖ Con ese fin se realizó en el I capítulo un análisis cuantitativo de la situación penitenciaria de los extranjeros a partir del análisis de las cifras proporcionadas por la Policía de Investigaciones y Gendarmería de Chile. En el II capítulo se llevó a cabo un estudio pormenorizado de la ley N°18.216, específicamente sobre los artículos 34, 26 y 33 (la expulsión judicial, el abono y la pena mixta). Además, en el III capítulo se realizó un análisis jurisprudencial sobre las consecuencias en el ámbito de la ejecución penal del incumplimiento o quebrantamiento de la institución contenida en el artículo 34 de la ley N°18.216.
- ❖ Antes de la existencia de la expulsión judicial en nuestro ordenamiento jurídico (2012), los extranjeros eran expulsados únicamente por vía administrativa en razón a su condición migratoria irregular, sin embargo, con la puesta en marcha de la expulsión judicial se incorporó un segundo supuesto por el cual los extranjeros pueden ser expulsados del territorio: haber cometido un delito con una pena igual o inferior a cinco años.
- ❖ A pesar de ya cumplir ocho años la incorporación al ordenamiento jurídico chileno la hipótesis de expulsión de migrantes como pena sustitutiva, la literatura nacional no ha mostrado interés en profundizar en las consecuencias -como vimos, discriminatorias- de su aplicación en el ámbito de la ejecución penal.
- ❖ Con la expulsión judicial como pena por la infracción de ley penal, el Estado chileno apuesta por una expansión del derecho penal hacia la gestión de los flujos migratorios. Lo que a nuestro juicio resulta ser una manifestación en Chile del fenómeno denominado *crimigratorio*, como se explicó en el I capítulo del presente trabajo, dicho fenómeno emerge desde la preocupación por el estudio de las políticas y prácticas del control migratorio. Fue Juliet Stumpf quién el 2006 acuñó dicho concepto, estableciendo que la

crimigración se caracteriza principalmente por el ejercicio del *ius puniendi* con un alto grado de intransigencia hacia los ciudadanos extranjeros.

- ❖ En ese sentido, en el I capítulo ha sido posible verificar la manifestación de dicho fenómeno a partir de lo que se pudo colegir de las cifras proporcionadas por gendarmería y la policía de investigaciones. En dichas cifras se refleja la trascendencia innegable que ha adquirido la expulsión judicial desde su implementación producto de la reforma, pues la expulsión judicial ha ganado un protagonismo indudable que se puede apreciar en el aumento exponencial y significativo que ha tenido la aplicación de dicha institución en contraste a la expulsión administrativa, la cual ha ido adquiriendo una progresiva obsolescencia.
- ❖ Cabe destacar que otra manifestación de este fenómeno es la desproporcionada aplicación de la prisión preventiva a los extranjeros, a diferencia de lo que ocurre cuando se trata de imponerle dicha medida cautelar a los nacionales. En el presente trabajo se presentó un análisis cuantitativo que contrasta las cifras de la población nacional y extranjera reclusa según su calidad procesal y sin duda existen grandes diferencias entre la situación que experimenta un sujeto extranjero que posee una condición migratoria irregular, en comparación a la experiencia de un sujeto que posee la condición de ciudadano y debe enfrentar un proceso penal. Esta aplicación desproporcionada de la prisión preventiva resulta preocupante en la medida que no se condice con los fines del actual proceso penal de corte acusatorio. En este sentido, el extranjero actualmente tiene más posibilidades de ser sometido a la prisión preventiva y de ver restringido su derecho a la presunción de inocencia en el marco de un proceso penal.
- ❖ En relación a la manifestación del fenómeno *crimigratorio* en el ámbito jurisprudencial, resultan reveladoras tres sentencias emitidas por los tribunales superiores que han sido analizadas en el capítulo III del presente trabajo, en estas se manifiestan dos problemáticas jurídicas, que son producto de la interpretación extensiva que efectúan los jueces del artículo 34 de la ley N°18.216, dicha interpretación implica la no concesión de dos beneficios penitenciarios a los extranjeros: el abono y la pena mixta.
- ❖ La institución denominada abono, regulada en el artículo 26 de la ley N°18.216, permite que ante el incumplimiento o quebrantamiento de cualquier pena sustitutiva se pueda reconocer el tiempo que se estuvo dando cumplimiento a la pena sustitutiva para ser abonado al saldo de la pena inicial. El principal argumento utilizado en la sentencia que

rechaza la procedencia de dicho beneficio dice relación con la configuración de una excepción a dicha regla general de procedencia del beneficio. Esta excepción implicaría que no correspondería conceder el abono cuando se trata de un extranjero que ha incumplido la pena sustitutiva de expulsión, esto lo establece la autoridad judicial a partir de una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 34 inciso final, generando una diferenciación entre la procedencia del abono para los extranjeros y los nacionales.

- ❖ Por su parte, la pena mixta se encuentra regulada en el artículo 33 de la ley N°18.216, consiste en un régimen de ejecución de las penas privativas de libertad iguales o inferiores a cinco años y un día, cuyo efecto es anticipar la salida al medio libre del condenado, por tanto, es un mecanismo que anticipa la salida al medio libre. En la sentencia analizada en el presente trabajo hemos podido identificar que para fundamentar la denegación de dicho beneficio a los extranjeros, los jueces están introduciendo de forma alegal un requisito adicional a los contemplados en el artículo 33 de la ley N°18.216, consistente en que el extranjero no haya quebrantado o incumplido la pena sustitutiva de expulsión.
- ❖ Los jueces fundamentan la no concesión de la pena mixta en base a la supuesta equivalencia de la naturaleza jurídica de la pena mixta y de la pena sustitutiva de expulsión (estableciendo que ambas poseen la naturaleza jurídica de penas sustitutivas) y en razón a dicha igualación justifican la no concesión del beneficio, ya que desde ese razonamiento lógico, la concesión del beneficio de la pena mixta implicaría otorgar una pena sustitutiva adicional, pues al extranjero ya le había sido impuesta inicialmente la pena sustitutiva de expulsión como sanción en el pronunciamiento de la condena.
- ❖ A lo largo del capítulo II del presente trabajo se desarrolló un argumento en sentido contrario, señalando que existe una diferencia sustancial entre una y otra institución, se abordó el asunto desde el análisis del funcionamiento de la propia ley N°18.216, de la historia fidedigna de su establecimiento, de los fines que persigue cada institución y de los efectos que tiene el cumplimiento de ambas instituciones, concluyendo que la pena mixta posee la naturaleza jurídica de un beneficio mientras que la expulsión judicial posee la naturaleza jurídica de una pena sustitutiva. Distinguiendo así las medidas diferentes al encierro que se deciden en el momento de la imposición de la condena (pena sustitutiva), de otras meras alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas (pena mixta).

- ❖ De esta forma se pudo demostrar que la concesión de la pena mixta de libertad vigilada intensiva no es óbice para el cumplimiento cabal del inciso final del artículo 34 de la ley N°18.216. En este sentido, es importante señalar que la no concesión de ambos beneficios (el abono y la pena mixta) implica establecer una diferenciación entre los extranjeros y los nacionales que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado chileno cumpliendo una pena privativa de libertad.
- ❖ El trato diferenciado al extranjero en el ámbito de ejecución penal, por parte de la autoridad judicial en las sentencias que hemos analizado en el presente trabajo, además de ser una manifestación del fenómeno *crimigratorio* es también una manifestación del derecho penal del enemigo, pues a nuestro juicio lo que determina la decisión judicial es quien es el "autor" del delito por sobre el "hecho" o acto mismo por el cual a este se le ha castigado, estableciéndose una asociación entre criminalidad y migración.
- ❖ En las decisiones judiciales analizadas se manifiesta la construcción de un trato diferenciado a partir de una distinción entre los ciudadanos y no ciudadanos, haciendo que el extranjero por formar parte de determinado grupo que no posee la condición de ciudadano deba cumplir una pena más severa a diferencia de los que si detentan la condición de ciudadano. Esta categorización tiene como consecuencia que al extranjero le son negados dos beneficios carcelarios (pena mixta y abono) teniendo que cumplir de esta forma una pena más severa.
- ❖ La construcción de este trato diferenciado en el ámbito de la ejecución penal implica no reconocerle al extranjero, en razón a su pertenencia a determinado grupo social, las garantías, derechos y beneficios carcelarios que toda persona, ya sea nacional o extranjera, debe tener en el ámbito del proceso penal y posterior ejecución de la sanción.
- ❖ Para finalizar, en el capítulo IV y final de este trabajo, se expusieron los estándares internacionales del DIDH con el fin de evaluar si el criterio hermenéutico que sustenta la decisión judicial de negar la procedencia de ambos beneficios penitenciarios se ha ajustado y ha sido acorde al DIDH. Todos los estándares que han sido expuestos en este trabajo deberían ser considerados por la autoridad judicial chilena al momento de realizar un ejercicio interpretativo para determinar el alcance y contenido del artículo 34 de la ley N°18.216 que regula la expulsión judicial, la autoridad tiene el deber de ejercer su criterio hermenéutico respetando las directrices que proporciona el DIDH.

- ❖ La interpretación normativa posee gran dificultad, es por esto, que en el orden del SIDH se han erigido diversos principios que sirven para orientar el razonamiento judicial que deben efectuar los jueces al aplicar la normativa chilena. Estos principios que debe considerar la autoridad judicial al realizar el ejercicio interpretativo son: el principio de igualdad y no discriminación, el principio *pro homine* y el principio de no criminalización de los migrantes, los cuales se configuran como una guía orientadora para el razonamiento que deben efectuar los jueces al aplicar la normativa chilena.
- ❖ El principio de igualdad y no discriminación se erige como un principio rector que establece el deber del Estado de reconocer y garantizar el ejercicio de los derechos y libertades a toda persona que se encuentra bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna, de esta forma en el problema jurídico que hemos abordado, la autoridad judicial no debería establecer una discriminación motivada por el origen nacional. Toda persona migrante privada de libertad tiene derecho a igual protección de la ley, en ese sentido, la interpretación que adopte la autoridad judicial chilena que sea en pos de establecer una diferenciación entre nacionales y no nacionales, en ninguna circunstancia puede estar basada en una diferenciación arbitraria, ya que para que un Estado pueda adoptar un trato diferenciado este debe encontrarse justificado en base a un interés legítimo.
- ❖ El principio *pro homine* establece que debe acudirse a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio de derechos fundamentales. Para nuestro problema jurídico en concreto, este principio implica que cuando la autoridad chilena deba realizar el ejercicio hermenéutico para aplicar una norma como el artículo 34 de la ley N°18.216 que tiene como consecuencia la restricción de un derecho fundamental como lo es el de la libertad personal, el intérprete debe estar a la interpretación más restringida de la norma. A través del análisis jurisprudencial ha quedado en evidencia que la autoridad judicial realiza lo opuesto al realizar una interpretación extensiva del artículo 34 de la ley N°18.216, para limitar un derecho fundamental como el de la libertad personal, por lo que esa interpretación no resulta acorde al principio *pro homine*.
- ❖ El principio de no criminalización de los migrantes funciona como presupuesto para que la condición de migrante irregular no deba significar la consideración del extranjero como criminal. Si bien, el fundamento de este principio es erradicar el tratamiento punitivo que

algunos países le dan en el ámbito administrativo a la condición de irregular, a nuestro juicio nada obsta a que también se aplique a casos en el marco del ámbito penal.

- ❖ Las decisiones expresadas por la autoridad judicial que niegan los beneficios carcelarios no han sido fundamentadas acorde a los principios que hemos mencionado. A nuestro juicio dichas decisiones construyen una regla especial para los extranjeros -sin que aquella diferenciación esté estipulada de forma expresa en la ley- que no se encuentra debidamente legitimada.
- ❖ Sobre las características particulares de nuestro sujeto de estudio es importante que la autoridad judicial considere la interseccionalidad que caracteriza al sujeto migrante privado de libertad, en el entendido que es imposible establecer un criterio sobre la jerarquía entre los factores de exclusión para determinar cuál de es el que debe preponderar, ya que el deber que pesa sobre la autoridad judicial es precisamente reconocer que la conformación identitaria es más compleja de cómo ha sido tradicionalmente concebida.
- ❖ En suma, la justicia posee un gran desafío que consiste en reducir las brechas entre la aplicación de las normas comunes como la ley N°18.216 relativa a las penas sustitutivas a las penas privativas de libertad y de las normas constitucionales y de derechos humanos. Este esfuerzo debe ser aún mayor en atención a la interseccionalidad que caracteriza al sujeto migrante privado de libertad y en razón a la situación de discriminación estructural que lo afecta y que lo condiciona a que se encuentre más propenso a sufrir las violaciones de sus derechos fundamentales.

Referencias

Doctrina

ABRAMOVICH, Víctor (2009). *De las violaciones masivas a los patrones estructurales: nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. *Derecho PUCP*, 63: 96-138. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24902.pdf>

ALEGRE, M. y R. GARGARELLA (2007). *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*. Edit. Lexis Nexis Argentina, S. A. y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, Buenos Aires.

APONTE, Alejandro (2006). *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano? Gunther Jakobs y las tensiones de un derecho penal de la enemistad*. Vol. 1: 163-204

ASENSIO, Miguel (2001). *El Derecho internacional privado ante la globalización. Anuario español de Derecho internacional privado t. I: 37-87*.

ASÚA, Adela (2002). *La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración*.

BARRÉRE, Maggy y MORONDO, Dolores (2011). *Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio*. Anales de la Cátedra Francisco Suárez N°45: 15-42

BARRÉRE, Maggy (2001). *Problemas del derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*. Revista política criminal N°13: 739-770. Disponible en <https://www.uv.es/cefd/9/barrere3.pdf>

BRANDARIZ, José (2008). *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado Nación*. Editorial Comares

BRANDARIZ José, Roberto DUFRAIX y Daniel QUINTEROS (2018). *La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de crimmigration?.* Revista política criminal N°13.

CAMPESI, Giuseppe (2012). *Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea*. Revista crítica penal y poder N°3. Disponible en <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/3657/6724>.

CANCIO, Manuel (2003). *¿Derecho penal del enemigo?* Editorial Civitas, Madrid: 57-102 Disponible en http://www.derechopenalenlared.com/libros/DERECHO_PENAL_DEL_ENEMIGO_MANUEL_CANCIO_MELIA.pdf.

CARRANZA, Elías (2012) *Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe ¿Qué hacer?* Anuario del Centro de Derechos Humanos U. de Chile. Disponible en <http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/09/Situaci%C3%B3n-penitenciaria-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>

CRESPO, Eduardo Demetrio (2004) *Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo*. Revista de derecho penal y criminología N°14: 87-115. Disponible en <http://espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-14-5030/Documento.pdf>.

CRUELLES, Marta (2015). *La interseccionalidad política: Tipos y factores de entrada en la agenda jurídica, política y de los movimientos sociales*. Universidad Autónoma de Barcelona.

CUBILLOS, Javiera (2015). *La importancia de la interseccionalidad para una investigación feminista*. Universidad Complutense de Madrid. Revista internacional de ética y política N°7. Pp. 119-137.

DOMENECH, Pablo (2017). *Excepción en la frontera: laberintos legitimadores de la violencia soberana en los límites del Estado*. Disponible en https://www.researchgate.net/profile/Pablo_Domenech3/publication/317582924_Excepcion_en_la_frontera_Laberintos_legitimadores_de_la_violencia_soberana_en_los_limites_del_Estado/links/5aa295fca6fdcc22e2d34c3f/Excepcion-en-la-frontera-Laberintos-legitimadores-de-la-violencia-soberana-en-los-limites-del-Estado.pdf.

FERNANDÉZ Karinna, GARCÍA Nancy (2015). *El incendio de la cárcel de San Miguel, su veredicto absolutorio y las obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos involucradas*. Anuario de derechos humanos. Centro de derechos humanos de la Universidad de Chile. Disponible en <https://anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/37494/39174>

GALDÁMEZ Liliana, Rita LAGES (2016). *Migración y Derechos Humanos*. Informe Temático. Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile. Santiago de Chile.

GODOY, Alejandra (2016). *Ley n° 20.603 Sobre penas sustitutivas y mixtas: revisión crítica de la historia de la ley y del acuerdo político legislativo que le dio origen*. Revista Derecho y Justicia N°6: 29-69.

GUIA, María João (2012). *Criminalización securitización y la criminalización de los migrantes en el sistema penal*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña N° 16: 591-613.

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2017). *Informe anual: situación de los derechos humanos en Chile*. Disponible en https://www.indh.cl/bb/wp-content/uploads/2017/12/01_Informe-Anual-2017.pdf

Instituto nacional de estadísticas, departamento de extranjería y migración (2018). *Estimación de personas extranjeras residentes en Chile, 31 de diciembre de 2018*. Disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2019/04/Presentaci%C3%B3n-Extranjeros-Residentes-en-Chile.-31-Diciembre-2018.pdf>.

IRIARTE, Claudia (2018). *La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos*. Anuario de Derechos Humanos, Nº14: 55-76. Disponible en <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/49168>.

JIMENÉZ, María José (2014). *Sociedad del riesgo e intervención penal*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-08.pdf>.

LORENZO Leticia, Cristián RIEGO, Mauricio DUCE (2011) *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina*. Santiago: CEJA.

MORALES PEILLARD, Ana María (2013). *Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores*. Revista política criminal Vol. 8 Nº16: 408-471

MORALES Ana María, WELSCH Gherman (2014). *Modificaciones introducidas por la ley Nº20.603 y la conveniencia de robustecer el sistema de medidas alternativas a la cárcel* Revista Derecho Penitenciario Universidad Mayor Nº5: 19-25.

MEZZADRA, Sandro y NEILSON, Brett (2013). *Border as Method, or, the Multiplication of Labor*, Durham and London, Duke University Press. Disponible en <https://doi.org/10.1215/9780822377542>.

NASH, Claudio (2013) *Estudio introductorio: Derechos Humanos y mujeres, Teoría y Práctica* en *Derechos Humanos y Mujeres: Teoría y Práctica*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142497/Derechos-humanos-y-mujeres.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

OJEDA, Doris (2017) *Las reglas de Tokio y su interpretación acorde a las reglas de Bangkok y Brasilia*. Revista Jurídica de investigación en ciencias jurídicas y sociales centro de entrenamiento del ministerio público. Disponible en: <https://ojs.ministeriopublico.gov.py/index.php/rjmp/article/view/30/2>.

PELLETIER, Paola (2014). *La 'discriminación estructural' en la evolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Revista IIDH, 60: 205-215. Disponible en <http://bit.ly/2eIIrpa>.

PINTO, Mónica (1997). *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Archivo electrónico en la página del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo – Oficina en Venezuela.

RAMOS, César (2015). *La pena mixta del artículo 33 de la ley N°18.216*. Departamento de estudios y proyectos. Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensa especializada.

RAMIREZ HERMOSILLA, Tomás (2012). *Nuevo régimen de sustitución de penas*. *Revista jurídica del ministerio público* N°51: 51-70.

REY MARTÍNEZ, Fernando (2009). *La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo*. *Revista Jurídica de Derecho Público* Disponible en: http://dspace.uces.edu.ar:8180/xmlui/bitstream/handle/123456789/715/La_discriminaci%C3%B3n_m%C3%Baltiple.pdf?sequence=1.

RIBAS, Eduardo (2014). «*Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal*». *Revista de derecho penal y criminología*. N°12: 111-164.

RIEGO, Cristián (2013). *Prisión preventiva en América Latina*. Santiago: CEJA http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3130/prisionpreventivaenamericatlatina.pdf?sequence=1&isAllowed=y&fbclid=IwAR0X54uPcNh6FVWepj60iFoeCbST1WcJGIGa7T7E5EVBwN_bPy15K_ZsXA.

SALINERO, Sebastián (2011). *La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile*. Disponible en <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataFiles/5783-2.pdf>

STEFONI, Carolina (2017). *Reunión regional latinoamericana y caribeña de expertas y expertos en migración internacional preparatoria del pacto mundial para una migración segura, ordenada y regular*, Chile.

SHUBERT, Georgy (2014). *Defensa pública y ley N°20.603*. *Revista Derecho Penitenciario Universidad Mayor* N°5: 17-18.

VALENZUELA AGÜERO, Sebastián (2014). *La búsqueda de alternativas a la privación de libertad*. *Revista Derecho Penitenciario Universidad Mayor* N°5: 4-9.

VALLE Alex, Felipe RODRÍGUEZ, Rosa BOLAÑOS (2018). *Populismo penal y lawfare en la movilidad humana*. RFJ. N° 4: 193-225.

VILLEGAS, Elky (2009). *Los bienes jurídicos colectivos en el derecho penal. Consideraciones sobre el fundamento y validez de la protección penal de los intereses macrosociales*. Disponible en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20091207_03.pdf.

VOGEL, Joachim (2005). *Derecho penal y globalización*. Disponible en: http://afduam.es/wp-content/uploads/pdf/9/113_126%20joachim%20vogel.pdf.

Woude, Maartje A. H., Leun, Joanne P., Nijland, Jo- Anne A (2014). *Crimmigration in the Netherlands*. Disponible en: <http://web.b.ebscohost.com.uchile.idm.oclc.org/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=1&sid=0c0bc847-c3cf-46a2-8ae0-5b0648cbd5c4%40sessionmgr103>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006). *El enemigo en el derecho penal*. Disponible en <http://www.derechopenalened.com/libros/Eugenio-Raul-Zaffaroni-El-enemigo-en-el-derecho-penal.pdf.pdf>.

Tesis de pregrado

JARA MOREIRA, Daniela (2014). *Las medidas alternativas a la prisión en el contexto de un Estado Democrático de derecho*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

DÍAZ MIRANDA, María José (2013). *Modificaciones introducidas por la ley N°20.603 a la ley N°18.216: De las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas a las penas sustitutivas de las mismas*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello. Santiago, Chile.

JOPIA, Valeria y LABBÉ, Natalia (2015). *Discriminaciones múltiples, una perspectiva desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos: el caso de las mujeres migrantes*. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Santiago, Chile.

Historia de la ley

Historia Fidedigna de la Ley N°20.603 [En línea]. 27 de Junio del 2012. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505/>.

Historia Fidedigna de la Ley N°18.216 [En línea]. 14 de mayo de 1983. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505>.

Jurisprudencia Nacional

Corte de Apelaciones de Iquique, Rol N°112/2016, recurso de amparo.

Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N°26/2018, recurso de amparo.

Corte de Apelaciones de Copiapó, ROL N°131/2018, recurso de apelación.

Jurisprudencia Internacional

Corte IDH. Caso *Asunto haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana respecto de República Dominicana*, medidas provisionales (2000).

Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos_se_10.pdf.

Corte IDH. caso de las *Niñas Yean y Bosico Vs República Dominicana* (2005). Disponible

en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf.

Corte IDH. Caso *Nadge Dorzema y otros Vs República Dominicana* (2012). Disponible

en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf.

Corte IDH. Caso *Instituto de reeducación del menor Vs Paraguay*. Sentencia del 2 de septiembre de 2004. Serie C No.112.

Corte IDH. Caso *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*.

Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 3511.

Corte IDH. Caso *Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile*, 27 de diciembre de 1999.

Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Chile11.863.htm>.

Corte IDH. Caso *Ivcher Bronstein Vs Perú*, sentencia de 24 de septiembre de 1999.

Disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf.