



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Ciencias Penales

***LA PENA DE LIBERTAD VIGILADA
INTENSIVA ¿CUMPLE CON LOS
FINES DE LA PENA CONSAGRADOS
EN LA LEY 18.216 Y ESPECIALMENTE
CON EL DE REINserCIÓN SOCIAL?***

**Memoria de Prueba para optar al grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales**

AUTOR: MARTA PAULINA SILVA PALMIERI

PROFESOR GUÍA: EDUARDO SEPÚLVEDA CRERAR

Santiago de Chile, marzo, 2016

DEDICATORIA

A mis padres y a mi pololo por el gran apoyo brindado.

RESUMEN

Las penas tienen distintas finalidades, entre ellas la más importante es la resocialización del individuo. Ahora, ¿Se puede cumplir esta finalidad o acercarse a ella? ¿Existe alguna pena en especial que permita acercarse más a dicha finalidad? Creo que sí, a través de la pena de libertad vigilada intensiva. Ésta es una pena sustitutiva que, a diferencia de las demás, presenta varios rasgos especiales, como la existencia de una alta intervención de profesionales, técnicos e instituciones, en donde el condenado participa en determinadas actividades y programas de tratamiento orientados a distintos ámbitos de su vida, como educacional, laboral y social, asimismo hay distintos tipos de control que velan por su efectivo cumplimiento, lo que en conjunto permitiría que el individuo tome más responsabilidades, actuando en el futuro de una manera más adecuada socialmente y que se reduzcan, por ende, las probabilidades de reincidencia.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN_____8

**CAPÍTULO I: DE LA LIBERTAD VIGILADA Y ESPECIALMENTE
DE LA LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA**_____17

**1) LA “PROBATION” O LIBERTAD CONTROLADA O
VIGILADA.**

1.1 Concepto. Referencia a su surgimiento y desarrollo en el derecho comparado. Influencia de las reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad o Reglas de Tokio en la normativa.____17

1.2 Libertad vigilada en Chile, Ley N° 18.216. Concepto, requisitos, ámbito de aplicación, condiciones._____25

1.3 Funcionamiento desde su entrada en vigencia, deficiencias y fortalezas, estadísticas, problemas que llevaron a su modificación y a la inclusión de una nueva modalidad._____34

2) LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA.

2.1 Concepto_____40

2.2 Breve historia.	41
2.3 Requisitos, ámbito de aplicación.	43
2.4 Periodo de intervención, condiciones que debe cumplir el condenado. Principio de progresividad y ejecución de la intervención.	51
2.5 Delegado de libertad vigilada intensiva. Concepto. ¿Quiénes pueden ser delegados de libertad vigilada intensiva? Requisitos.	56
2.6 Rol que juega el delegado de libertad vigilada intensiva. Modelo de Intervención. Objetivos del proceso de intervención. Plan de intervención individual.	59
2.7 Del incumplimiento y el quebrantamiento.	67
2.8 Control de la pena. Análisis de los distintos tipos de control, en especial del monitoreo telemático.	69
CAPÍTULO II: ACERCA DE LA LEY N° 18.216	81
1.1 Antes de la reforma hecha por la Ley N° 20.603 y luego de la reforma. Referencia general y específica acerca de la medida, ahora pena de libertad vigilada.	81

1.2	Análisis comparativo.	85
1.3	Algunos problemas relacionados con la entrada en vigencia de la Ley N° 20.603 en relación con la pena de libertad vigilada en sus dos modalidades.	105
1.4	La nueva Ley N° 18.216 ¿es más amplia o restrictiva que la anterior?	108
1.5	Las modificaciones hechas por la Ley N° 20.603 ¿fueron más positivas efectivamente? Algunas posiciones.	114

CAPÍTULO III: FINES DE LA LEY N° 18.216 ¿ES POSIBLE SU CONCRECIÓN CON LA PENA DE LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA?_____119

1.1	Del de fin de la pena. Teoría de la prevención especial. Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.	119
1.2	Fines de la Ley N° 18.216. Enumeración y breve desarrollo de cada uno.	125
1.3	Del fin de reinserción social como fundamental.	132

1.4 Factores que favorecen la reinserción con la pena de libertad vigilada intensiva. Tratamiento.	138
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.	148
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES	160
BIBLIOGRAFÍA	182

INTRODUCCIÓN

“La tarea del derecho penal es la lucha contra el delito dentro del campo que le ha sido reservado y con los medios de poder que le han sido entregados en forma exclusiva ”¹ , y quien en definitiva le entrega ese poder es el Estado, lo que quiere decir que la tarea del derecho penal se encuentra delimitada por el Estado, es éste el que señala el marco dentro del cual funciona y los medios con que cuenta para realizar sus funciones, por lo mismo, ¿Que sucede si el Estado no le entrega suficientes medios para que el derecho penal realice sus fines? O ni siquiera ¿Que sucede si es que no le entrega medios eficientes para la realización de sus fines? ¿Esto sería un problema del derecho penal o en el fondo un problema del estado? ¿La actividad del derecho penal se acaba al sancionar simplemente?

Desde hace ya un tiempo que en nuestro país se ha intentado de buscar alternativas a nuestro sistema actual de penas y, específicamente, a la pena de prisión, producto de que, por una parte, no se ha podido

¹ Maurach, Reinhart, “Derecho Penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible”. séptima edición, editorial astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 79.

encontrar una solución efectiva a la delincuencia, lo que se puede demostrar por los altos índices de personas privadas de libertad, siendo Chile en el ámbito internacional uno de los países que tiene los índices de encarcelamiento más altos del mundo, ubicándose en el lugar N°35², con una tasa de 305 personas reclusas por cada 100 mil habitantes, lo que conlleva, por lo demás, a múltiples problemas asociados, como, el hacinamiento, aislamiento del individuo, fuerte contagio criminal, entre otros, en fin, en términos generales los perjuicios serían mucho mayores que los beneficios que reporta, y, por otra parte, en las últimas décadas ha habido un cambio de enfoque en el ámbito nacional e internacional respecto los fines de la pena, pasando de las teorías absolutas de la pena a las relativas, que son marcadamente finalistas y en donde los fines preventivos dominarían el derecho penal, lo que ha hecho necesario que las distintas legislaciones vayan incluyendo en sus políticas fines preventivos especiales, que son precisamente los que le faltaría a la pena de prisión. Entonces, la pregunta que surgió fue ¿Cuáles serían las medidas más adecuadas para lograr esa finalidad? Fue así como fueron surgiendo múltiples respuestas para enfrentar esta situación y en definitiva realizar un cambio radical, y así

² World Prison Population List, del International Centre for Prison Studies, King's College London, School of Law, disponible en <http://www.kcl.ac.uk/depsta/law/research/icps/downloads/wppl-8th.41.pdf>.

hacer un uso más acotado y racional de las penas privativas de libertad. Siguiendo al derecho comparado, Chile estableció en nuestra legislación las llamadas medidas alternativas, específicamente en la Ley N° 18.216, que, como se desprende de su propia denominación, constituyen una medida alternativa a la prisión para determinados casos, la mayoría por delitos menores o que llevan una baja condena. Si bien hubo una gran aplicación de éstas medidas, por la falta de recursos, poca profesionalización de las personas encargadas de supervisar estas medidas, deficiencias en el control del cumplimiento de éstas, e, igualmente, en la regulación propiamente tal ante el incumplimiento y quebrantamiento de las medidas, la sensación en la población de que se trataban de más bien beneficios que una sanción real a los condenados, entre otros factores, ninguna de las medidas alternativas tuvo un buen resultado en términos de reinserción, con lo cual no se estaban concretando los fines de la pena propuestos por el derecho penal actual y que, por lo demás, estaban inmersos en la Ley N° 18.216, lo que llevo a la necesidad de desarrollar un proyecto de ley que modificara dicha ley e intentara solucionar dichos problemas fundamentales, ya que de no ser así, se pondría en duda inclusive la eficacia del derecho penal, porque en definitiva si la finalidad de la pena es la reinserción social y ésta no se

concreta, el derecho penal estaría siendo una herramienta ineficaz. El referido proyecto culminó en la Ley N° 20.603, promulgándose el 13 de junio de 2012. Ésta nueva ley cambió la denominación de medidas alternativas por la de penas sustitutivas, lo que ya demuestra un cambio de enfoque importante porque intenta de precisar que se está ante sanciones y no beneficios, además modificó la medida de reclusión nocturna por la pena de reclusión parcial, que consta de 3 modalidades, agregó una nueva modalidad a la pena de libertad vigilada, llamada libertad vigilada intensiva, y se introdujeron 2 nuevas penas, la expulsión y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, mejoró los sistemas de control de cumplimiento de las penas, incorporando como novedad el monitoreo telemático, estableció diversas reacciones ante el incumplimiento y quebrantamiento de las penas, entre muchas otras medidas.

Es así que me parece relevante resaltar la importancia que puede tener la pena de libertad vigilada intensiva como medida alternativa a la prisión en delitos de mediana gravedad y para la efectiva concreción de los fines que busca la actual Ley N° 18.216, en especial, la de resocialización del condenado y que sin ella, en el fondo, casi no existiría una real opción a la prisión que cumpla con los objetivos de resocializar al individuo, al

menos desde un punto de vista teórico. Dentro de los diversos motivos de mi afirmación se encuentran, por ejemplo, que esta pena cuenta con un proceso de intervención de alta intensidad, a cargo de un delegado, quien es un profesional, que asesora y guía al condenado, con objetivos claros para evitar su reincidencia y lograr su efectiva reinserción social, además debe realizar un plan de intervención individual, con lo cual al adecuarse a las características de cada persona, ve las virtudes y debilidades de éstas, llegando así un buen plan a enfocarse en las virtudes del condenado y a realizar un mayor trabajo en las debilidades, lo que aumenta evidentemente las posibilidades de reinserción. Es por eso que enfocare mi investigación a esta pena en específico, analizare brevemente su historia, modelos, requisitos para que opere, ámbito de aplicación, principios que la rigen, periodo de intervención, condiciones que debe cumplir el condenado, aspectos relacionados con su incumplimiento, el importante rol que juega el delegado y el plan de intervención individual, algunas reglas internacionales relacionadas con la supervisión que realiza el delegado, los diversos enfoques de intervención, su implementación desde la entrada en vigencia de la ley, innovaciones y diferencias respecto de la pena de libertad vigilada, primeras aplicaciones y resultados, también el funcionamiento del

sistema de monitoreo telemático en relación con el control de esta pena y, en definitiva, ver si los elementos que son fundamentales para su funcionamiento efectivamente son los adecuados o no y si éstos son capaces de provocar la reinserción del condenado o se trataría más bien de una mera ilusión.

Para poder comprender de una mejor forma el funcionamiento de esta nueva pena, es fundamental y necesario referirme a su antecesora, la libertad vigilada. En la primera parte del capítulo uno, haré una breve referencia a su surgimiento y aplicación en el derecho comparado, para así luego, en la segunda parte del capítulo, señalar en que consiste, requisitos, condiciones, como ha funcionado desde su entrada en vigencia, deficiencias y fortalezas de ésta, estadísticas al respecto, realizar un pequeño análisis de porque fue necesario incluir una nueva modalidad, la intensiva, y no se tomó alguna otra medida, como, por ejemplo, reforzar los déficits de la libertad vigilada propiamente tal, entre otras cosas.

En el capítulo dos, realizaré una comparación entre la antigua Ley N° 18.216 con la actual respecto de la pena de libertad vigilada en particular y analizaré éstas para así llegar a ciertas conclusiones que podrían ser útiles

en términos prácticos. Por ejemplo, cuestiones como ¿Qué sucedió con el ámbito de aplicación de ésta pena? ¿Es ahora más amplia o más restrictiva? ¿Cuál está siendo la tendencia en el derecho comparado respecto de las condiciones de esta pena relacionadas con la edad, la naturaleza del delito o con los antecedentes penales? ¿Cuál ha sido la tendencia de nuestro país?, todas estas interrogantes, entre muchas más.

En el capítulo tres, me referiré específicamente al fin de la pena que rige en Chile, mencionando algunos tratados internacionales que consagran esta finalidad y que al haber sido ratificados por nuestro país tienen plena vigencia en Chile. También me referiré a los fines de la pena consagrados en la nueva Ley N° 18.216, especialmente al de reinserción social y ver en definitiva si es posible su concreción con la pena de libertad vigilada intensiva.

Según una estadística acerca de la población penal realizada por Gendarmería de Chile, al mes de agosto de 2014, del total de la población, el 48,34% corresponde a personas que están cumpliendo con penas sustitutivas, siendo parte, por tanto del régimen abierto, y de este porcentaje 1.511 personas se encontraban cumpliendo con la pena de libertad vigilada

intensiva, lo que en porcentaje se traducía en el 1,59%³, es decir, a la fecha la libertad vigilada intensiva sigue siendo una de las menos aplicadas de las penas sustitutivas, siendo que al parecer es la más aconsejable para la reinserción de los condenados y, por tanto, es la que permitiría hacer efectivo no sólo los fines de la pena, sino el derecho penal en general. Por lo tanto, cabe preguntarse  Cu les son los criterios que est n utilizando los jueces para otorgarla y rechazarla?  En cual de los requisitos se centra la discusión? , para poder dar una respuesta a estas y otras interrogantes, es que en el cuarto capítulo me referir  a algunos casos fallados por nuestra jurisprudencia en donde aluden al otorgamiento de esta pena sustitutiva, además, expondr  algunos casos que tratan del conflicto temporal que se produjo luego de la publicación de la Ley N  20.603 hasta su respectiva entrada en vigencia.

Y en el último capítulo, a la luz de lo contenido en los capítulos anteriores, analizar  dicha información y la comparare con lo esperado por la normativa vigente, para efectos de determinar qué tan efectiva podría ser la pena de Libertad Vigilada Intensiva, debilidades y fortalezas de esta pena y si finalmente cumple o no con las expectativas de la nueva Ley N 

³ <http://www.gendarmeria.gob.cl/>

18.216. Y ofreceré así mi posición respecto a la idoneidad de dicho sistema en cuanto a la consecución de los fines de la pena que la propia ley declara, especialmente en lo que a la reinserción social se refiere.

CAPÍTULO I: DE LA LIBERTAD VIGILADA Y ESPECIALMENTE DE LA LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA.

1) LA “PROBATION” O LIBERTAD CONTROLADA O VIGILADA.

1.1 Concepto. Referencia a su surgimiento y desarrollo en el derecho comparado. Influencia de las reglas mínimas de las naciones unidas sobre medidas no privativas de libertad o Reglas de Tokio en la normativa.

La probation o libertad controlada o vigilada ha sido definida en una publicación realizada por las de las Naciones Unidas como un “Método de tratamiento de delincuentes especialmente seleccionados que consiste en una suspensión condicional de la pena y en la colocación del delincuente bajo una vigilancia personal en que recibe orientación y tratamiento individuales”⁴.

⁴ United Nations, “Probation and Related Measures”, Nueva York, 1951, Pág. 4.

Se dice que los orígenes de la probation se remontan a Boston y específicamente a un zapatero norteamericano llamado John Augustus o también conocido como el padre de la probation. Éste supuestamente se levantó ante el Tribunal y se ofreció para prestar fianza y supervisar a un hombre acusado de embriaguez común. Desde este momento se dedicó a tratar cerca de 2.000 delincuentes, la mayoría se trataba de ebrios, delincuentes primarios y menores de edad.

En Inglaterra, se dice que su surgimiento se vincula con la actuación de unos magistrados en el condado de Warwickshire, que desde el año 1820 empezaron a suspender penas de prisión a menores imputados confiándolos al cuidado de su padre o maestro.

Desde esos años entonces se empezó a aplicar la probation, pero en ese tiempo no existían los delegados de libertad vigilada, sino solo personas generosas que voluntariamente decidían encargarse de los imputados o condenados, que en el fondo cumplían similares roles a los que hoy realizan los delegados, pero claro, no habían personas especializadas en este ámbito, por lo que la forma en que se llevaba a cabo el tratamiento de las personas quedaba más bien al arbitrio de estas mismas. En cuanto al enfoque que

existía en las prácticas de la probation, en un inicio se basaron en ideas de reformatión moral, sin embargo, con posterioridad, ya en las primeras décadas del siglo XX se basaron en un discurso más científico centrado en el diagnóstico, tratamiento y la rehabilitación. Además, en los comienzos de la probation, el ámbito de aplicación de ésta era más bien limitada, se aplicaba sólo a pequeños infractores y a menores delincuentes. Luego, se empieza a ampliar por razones básicamente humanitarias en la segunda mitad del siglo XIX y a principios del siglo XX, en especial por el cuestionamiento a las penas privativas de libertad. Dentro de las principales críticas que se le hicieron a estas se encuentran:

- No socializaban al individuo

- Constituían un perjuicio no sólo para los reclusos sino también para sus familias.

- Los efectos nocivos que producen las penas privativas de corto tiempo y que han sido demostrados por la criminología moderna, tales como; el aislamiento del individuo tanto de su ámbito familiar como social, la interrupción o pérdida del trabajo, contagio criminal, discriminación, entre otros.

- Y los costos elevados que implica tener un sistema carcelario y su mantención.

Fue así, entonces, que se fue consolidando y perfeccionando esta medida, junto con otras medidas alternativas a la prisión. De hecho, se observó “una tendencia a suprimir gradualmente las condiciones restrictivas relacionadas con la edad, con la naturaleza del delito o con los antecedentes penales, de manera que la autoridad judicial puede aplicar el régimen de prueba siempre que lo considere apropiado”⁵. Entonces, lo que queda claro es que la tendencia de los últimos años ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de la probation y no así a restringir su aplicación a determinados casos y condiciones, esto, entre otras cosas, por el buen resultado que ha tenido en términos de reincidencia en comparación a la prisión, presentando índices mucho menores. De hecho, tal tendencia se advirtió ya en la celebración de varios congresos sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente realizado por Naciones Unidas en Estocolmo (1965), Kyoto (1970), Ginebra (1975) y Caracas (1980).

⁵ N.N.U.U.- “Régimen de Prueba (de adultos, en especial) y otras medidas no institucionales”, Documento de trabajo, Tercer Congreso sobre prevención del delito, Estocolmo, 1965, pág.11.

En el año 1990 Chile participó del Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en la ciudad de la Habana, en donde se dictan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad o también llamadas Reglas de Tokio. Estas reglas fueron suscritas por nuestro país, así que ellas pasaron a convertirse en el marco regulador y doctrinario para la formulación del procedimiento de ejecución penal, todo esto en un marco de respeto a los derechos y dignidad de las personas condenadas. En este sentido se señaló que “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”.⁶ Dentro de los principios básicos que consagran se pueden destacar los siguientes:

- 1) Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que

⁶ Naciones Unidas, Reglas de Tokio, Regla 1.5.

respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad (1.2);

- 2) La utilización de medidas no privativas de la libertad será parte de un movimiento en pro de la despenalización y destipificación de delitos, y no estarán encaminadas a obstaculizar ni a diferir las iniciativas en ese sentido (2.6);
- 3) La selección de una medida no privativa de la libertad se basará en los criterios establecidos con respecto al tipo y gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del condenado, los objetivos de la condena y los derechos de las víctimas (3.2);
- 4) Las medidas no privativas de la libertad que impongan una obligación al condenado, aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento (3.4);
- 5) Las medidas no privativas de la libertad no supondrán ninguna experimentación médica o psicológica con el condenado, ni riesgo indebido de daños físicos o mentales (3.8);

- 6) La dignidad del delincuente sometido a medidas no privativas de la libertad será protegida en todo momento (3.9);
- 7) El expediente personal del delincuente se mantendrá de manera estrictamente confidencial e inaccesible a terceros. Sólo tendrán acceso al expediente las personas directamente interesadas en la tramitación del caso u otras personas debidamente autorizadas (3.12);
- 8) La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda (8.1); y,
- 9) Estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso de que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella (11.2).

Además de los principios anteriores, se destacan unos que tienen el carácter de especial, como los que se refieren específicamente a la vigilancia y supervisión que se hace al penado. Para estos casos se establecen los siguientes:

- 1) El objetivo de la supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia (10.1);
- 2) Si la medida no privativa de la libertad entraña un régimen de vigilancia, la vigilancia será ejercida por una autoridad competente, en las condiciones concretas que haya prescrito la ley (10.2);
- 3) En el marco de cada medida no privativa de la libertad, se determinará cuál es el tipo más adecuado de vigilancia y tratamiento para cada caso particular con el propósito de ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario (10.3);
- 4) Se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social (10.4);
- 5) Las obligaciones que ha de cumplir el condenado serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e

incrementar las posibilidades de reinserción social del condenado, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima (12.2);

- 6) Al comienzo de la aplicación de una medida no privativa de la libertad, el delincuente recibirá una explicación, oral y escrita, de las condiciones que rigen la aplicación de la medida, incluidos sus obligaciones y derechos (12.3).

Es importante analizar cuál ha sido la tendencia que ha ido adoptando nuestro país al respecto, para efectos de ver si cumple con los estándares internacionales y específicamente con los que recién he señalado. Lamentablemente, como lo analizaré más adelante, Chile está aún lejos de cumplir con estos parámetros, e, inclusive, ni siquiera con las modificaciones realizadas por la ley 20.603 a la ley 18.216 se ha hecho un gran avance en este aspecto, que es, por lo demás, primordial para tener un sistema jurisdiccional coherente con un Estado de Derecho como el nuestro.

1.2 Libertad vigilada en Chile. Concepto. Requisitos, ámbito de aplicación, condiciones.

Nuestra legislación reguló esta institución como una medida alternativa a la prisión en la Ley N° 18.216 el 14 de mayo de 1983, junto con otras dos medidas alternativas: La Remisión Condicional de la Pena y la Reclusión Nocturna. Como queda fuera del ámbito de este trabajo, me referiré sólo a la medida de libertad vigilada.

La Ley N° 18.216 antes de la modificación realizada por la Ley N° 20.603, la definía en su artículo 14, señalando que consistía en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba que tendía a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

La libertad vigilada podía decretarse:

- 1) Si la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la sentencia condenatoria era superior a dos años y no excedía de cinco.
- 2) Si el reo no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

3) Si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que un tratamiento en libertad apareciere eficaz y necesario para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado.

Esta medida iba dirigida, entonces, a personas que habían sido condenadas por primera vez por delitos cometidos que tenían una penalidad entre dos a cinco años de privación de libertad. Dichos delitos eran principalmente contra la propiedad, por drogas y económicos. Y el juez podía determinar, aun cuando se reunían los requisitos, no otorgar esta medida, puesto que como lo expresaba claramente el artículo mencionado esta medida “podía” decretarse, es decir, la ley precisaba que se trata de una “facultad” otorgada al juez y no de una obligación, lo que generó que en muchas ocasiones personas que cumplían los requisitos objetivos de la norma quedaran fuera del beneficio, por entender la judicatura que no cumplían, sin embargo, con el requisito subjetivo, lo cual ciertamente en ocasiones podía originar alguna arbitrariedad. Tal es el caso que sucedió cuando la Corte de Apelaciones de Rancagua, conociendo de un recurso de

apelación interpuesto por la parte querellante respecto de una sentencia definitiva dictada en juicio abreviado, revocó el beneficio de libertad vigilada otorgado en primera instancia, sólo en atención a la facultad privativa que tenían los jueces para su concesión o no, sin ahondar en mayores fundamentos al respecto. La defensa recurrió de queja a la Corte Suprema para que enmendara la decisión de la Corte, señalando al respecto que ésta decidió revocar, sin fundamentos y contra el mérito de los antecedentes, el beneficio ya mencionado. Ante esto la Corte Suprema señaló en los considerandos noveno y décimo:

“Que, por su parte, el fallo revocatorio de segunda instancia y que por esta vía se impugna, en su fundamento 4º, sin decir nada sobre los antecedentes técnicos del proceso, y atendiendo sólo a la naturaleza y modalidades del delito, concluye que un tratamiento en libertad no será eficaz para una efectiva readaptación. Seguidamente, y tras agregar la convicción procesal de que la apelación deducida alcanza también a este tópico de la sentencia, basándose, sin más, en que la decisión es “siempre facultativa” desde que el artículo 15 de la Ley N° 18.216 comienza diciendo que ese beneficio “podrán concederse”, deciden revocar la libertad vigilada

que se había concedido al sentenciado, disponiendo el cumplimiento efectivo de la sanción corporal impuesta.

Que de la manera antes referida, al carecer de fundamentos la decisión revocatoria dictada por los jueces recurridos, los que básicamente se sustentan en el carácter de facultativa que tiene la concesión del beneficio, lo que de modo alguno libera a los jueces de fundar adecuadamente sus resoluciones, aquella se ha tornado arbitraria y, por tanto, constitutiva de falta o abuso grave, que produce agravio al recurrente, suficiente para justificar su reparación por vía disciplinaria.”⁷

Así como sucedió en éste y en otros casos, hubo jueces que abusaron de cierta forma de la facultad otorgada por el artículo 14 de la Ley N° 18.216, puesto que les bastaba para fundamentar sus decisiones el carácter facultativo de la norma, sin agregar más argumentos que éste, lo que llevó a que muchas veces cayeran en arbitrariedades, que se traducían en el no otorgamiento de la medida a personas que pudieran haber sido aptas para su otorgamiento, perdiendo de esta manera sentido no sólo las condiciones establecidas por el mismo artículo, sino que también los fines contemplados

⁷ Corte Suprema, 03.05. 2010, Rol 279-2010. Visto en : www.pjud.cl.

por la misma ley, en especial el de reinserción social y el de ser una alternativa real a la prisión, siendo que lo primero que debía hacer el juez era ponderar todas aquellas circunstancias y sólo luego de esto, con un conocimiento más acabado de la situación, tomar una decisión.

Muchas de estas decisiones se basaban en la interpretación que los jueces hacían respecto de los informes presentenciales, los que ciertamente eran mayormente subjetivos, con lo que evidentemente podía dejarse por entero a la apreciación de los informantes la concesión de la medida, situación que podía contrariar en el hecho la finalidad de reinserción social del individuo prevista en la norma. Lo anterior, a pesar que estos informes no eran vinculantes para el juez y, en consecuencia, debía críticamente decidir si otorgarle o no mérito probatorio, o en qué medida hacerlo y, sobre esta base, tomar la decisión fundada de conceder o no la medida de libertad vigilada. Sin embargo, nuevamente el carácter facultativo, entendido como un mero arbitrio, provocó en muchos casos la dictación de sentencias que no hicieron lugar al beneficio en circunstancias que era viable.

De lo anterior, se desprende que un uso correcto de la facultad hubiese sido que los jueces fundamentaran adecuadamente sus decisiones,

tanto para cuando dieran lugar a la medida como para cuando no, sólo así se pueden evitar posibles arbitrariedades, enjuiciando de modo crítico los respectivos informes técnicos. Para que esto sea posible necesariamente se requiere de un estudio y ponderación acabada de los antecedentes que existan en el caso concreto.

Por otra parte, lamentablemente, queda en evidencia el carácter restrictivo que tenía la medida: de acuerdo a la concepción que inspiraba esta medida, dos de los tres requisitos- penalidad y reincidencia- para decretar esta alternativa, imponen restricciones que condicionan una cobertura limitada para su aplicación, a las que se suma una tercera, que por vía de los informes presentenciales da lugar a criterios de autor fundados en la peligrosidad, que incide de modo discriminatorio en el acceso y goce de la medida⁸. Los primeros dos requisitos, podríamos decir que se trataban de requisitos de carácter objetivo, independiente de lo restrictivo que hayan sido, como se señaló. Esto porque, en el primer caso los límites para determinar una pena se encuentran en la misma ley, por tanto, los jueces jamás podrían haber resuelto una cuestión sin ajustarse a derecho,

⁸ Jiménez Allendes, María Angélica y Santos, Tamara, “¿Qué hacer con las alternativas a la prisión?”, Nova Criminis, Visiones Criminológicas de la Justicia Penal, N°1, 2010, Pág.216.

independientemente de los distintos criterios jurídicos que hubiesen tenido respecto del caso que se les presentara, y, en el segundo caso, esto se constataba con un simple certificado de antecedentes, en donde precisamente se podía verificar si la persona había sido condenada con anterioridad y así poder determinar su calidad de reincidente. En cambio, el tercero de los requisitos se trata de un requisito netamente subjetivo, ya que dependía del trabajo y criterio de quienes se encargaban de redactar estos informes, lo que posiblemente llevó en muchas oportunidades a arbitrariedades en las recomendaciones de quienes podían o no acceder a esta medida. Porque, en definitiva, ¿Quién fijaba los límites a estas personas encargadas de realizar los informes? Por eso es muy riesgoso poner el énfasis en la peligrosidad del sujeto, porque no existe un sistema que mida exactamente cuan peligroso puede resultar un sujeto, lo que deja mucho campo a la apreciación personal de quien realiza estos análisis.

Ahora bien, si el juez concedía esta medida, debía imponer las siguientes condiciones:

- 1) Residir en un lugar determinado. Esta debía ser fijada dentro de la jurisdicción de un centro de reinserción social y un delegado de

libertad vigilada. El propósito era que se mantuviera una relación fluida y permanente entre el delegado y la persona condenada, además realizar las acciones en el ámbito comunitario tendientes a apoyar el proceso de integración social de dichos penados

- 2) Sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el término del período fijado, debiendo el reo cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquél impartía respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo y cualquiera otra que fuera pertinente para un eficaz tratamiento en libertad. Es decir, el delegado debía actuar como un conductor del proceso de reinserción y normativa.
- 3) Ejercer una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carecía de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseía calidad de estudiante. El penado debía realizar una actividad laboral o educacional como medio de subsistencia socialmente aceptado, que le permitiera además, cumplir adecuadamente sus roles familiares. En caso de no poseer los conocimientos que lo habilitaran para acceder a un empleo, su

programa de intervención debía incorporar acciones tendientes a obtener una capacitación.

- 4) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra d) del artículo 5. Igual en caso de impedimento justificado el tribunal podía prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persiguieran estas obligaciones conforme a las reglas generales.
- 5) Reparación, si procedía, en proporción racional, de los daños causados por el delito.

Además de estas condiciones, que eran de carácter obligatorio para los condenados, el juez podía ordenar durante el período de libertad vigilada que el beneficiado fuera sometido a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que aparecieran necesarios.

1.3 Funcionamiento desde su entrada en vigencia, deficiencias y fortalezas, estadísticas, problemas que llevaron a su modificación y a la inclusión de una nueva modalidad.

La medida de libertad vigilada tuvo difíciles inicios con la entrada en vigencia la Ley N° 18.216, debido a la falta de recursos destinados a ella fue bastante poco aplicada, muy por debajo, por cierto, de la remisión condicional, que, por lo demás, ya llevaba algunos años en ejecución.

En el año 1983 se imparten las Primeras Normas Técnicas para la organización y funcionamiento de la libertad vigilada en adultos, lo que le dio una identidad al sistema.

De a poco esta medida fue experimentando un alza sistemática, exclusivamente desde el año 2003, en donde su crecimiento fue casi exponencial. En la Región Metropolitana experimentó un aumento notorio desde ese año, pero con la entrada en vigencia en la región de la Reforma Procesal Penal en junio de 2005 se agudizó aún más. Doña Javiera Blanco, en ese tiempo Directora Ejecutiva de la Fundación Paz Ciudadana, en una intervención realizada en la tramitación del proyecto de la ley 20.603, precisó que entre los años 2005 y 2009 la medida de libertad vigilada había aumentado en un 114,8%⁹.

⁹ Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Pág.91.

En cuanto a la evolución que tuvo esta medida en términos de su cumplimiento, presenta cifras interesantes, ya que ha tenido un alto grado de cumplimiento, lo cual se puede ver reflejado en las bajas cifras de revocación de la medida. Entre los años 2003 a 2005 el promedio de revocación de la medida era del 12% y esta tasa fue bajando notablemente con los años, llegando el año 2009 a un 3,4%¹⁰. Esto es lo que representó una de las grandes fortalezas de esta medida alternativa, generando que una parte importante del proyecto de la Ley N° 20.603 se enfocara en el perfeccionamiento de esta medida y no en su eliminación.

Dentro de las deficiencias que surgieron en la ejecución de esta medida se encontraron, por ejemplo, que el promedio de personas beneficiadas a cargo de cada delegado de libertad vigilada, se alejaba bastante de lo esperado por los parámetros internacionales, llegando en diciembre del año 2009 cada delegado a tener a su cargo un promedio de 67 personas beneficiadas con esta medida, siendo que el estándar adecuado era el de un delegado por cada 30 personas¹¹; casos de personas condenadas

¹⁰ Referencia sacada de la revista Nova Criminis, Visiones Criminológicas de la Justicia Penal, “¿Qué hacer con las alternativas a la prisión”, N°1, 2010, Pág.194-195.

¹¹ Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Pág.93.

que no se presentaban a cumplir con la medida impuesta; casos de quebrantamiento de las medidas; casos en que los jueces daban por cumplida una medida por el simple hecho de no haber sido revocada, sin que eso hubiese significado el cumplimiento efectivo de la misma y por la falta de un control jurisdiccional efectivo respecto de las medidas; lo anterior, sumado a otras razones, llevó a la necesidad de fortalecer esta medida. Fue así como surgió un proyecto de ley tendiente a la modificación de esta medida, llevando al surgimiento de 2 penas sustitutivas: la pena de libertad vigilada propiamente tal y la pena de libertad vigilada intensiva.

En el primer mensaje del proyecto de ley que pretendía la modificación de la Ley N° 18.216, enviada desde el ejecutivo a la cámara de diputados, se señaló que “la libertad vigilada intensiva, consistirá en una versión- como lo indica su nombre- más intensiva de la libertad vigilada, y se aplicará por el juez sobre la base de dos criterios. Por una parte, la penalidad asignada al delito y su lesividad, pudiendo imponerse cuando la pena cuando la pena establecida en la sentencia sea superior a tres años y no exceda de cinco años; y en segundo término, atendiendo al perfil criminológico del condenado. En este último caso, se regulan reglas especiales para su imposición tratándose de condenados por algunos delitos

cometidos en el contexto intrafamiliar o que se trate de agresores sexuales. Con lo anterior, se pretende nuevamente dar cabida a la experiencia comparada que ha apuntado a especializar las intervenciones en el ámbito de la libertad vigilada, distinguiendo al menos entre perfiles de ofensores sexuales y de violencia doméstica, los que, de abordarse de manera adecuada, entregan resultados promisorios en términos de reincidencia delictual. Así, la provisión de una intervención especializada junto a la regulación del monitoreo telemático de estos casos, permitirá disuadir a los infractores de la comisión de nuevos ilícitos y además brindará real protección a las víctimas de estos delitos, considerando su situación especial de vulnerabilidad.” Es decir, al agregar esta nueva modalidad de libertad vigilada se pretendía fundamentalmente aumentar el control en la ejecución de la pena para los casos de delitos más graves, los delitos cometidos contra las personas, centran ahí la eficacia de este tipo de penas, mientras más control se espera una mayor eficacia ¿Será esto así? Estimo que no, que lo que se está haciendo es poner énfasis en la posible peligrosidad de un sujeto por el sólo hecho de cometer cierto tipo de delitos y el hecho de centrar un sistema en este punto podría dar como resultado un sistema que vulnere derechos fundamentales.

Ahora, la razón por la cual nuestro poder legislativo no tomó otras medidas tendientes al perfeccionamiento de la medida de libertad vigilada, como por ejemplo, el aumentar el control y las condiciones para acceder a ella, en vez de agregar otra modalidad, fue porque, como se dejó claro en el párrafo anterior, Chile decidió seguir la tendencia comparada en éste aspecto, dejando para los delitos más leves la antigua modalidad de libertad vigilada, pero con ciertas modificaciones, en donde los condenados tienen una supervisión mucho menor, y, sólo para los delitos más graves, como los cometidos bajo contexto de violencia familiar o delitos sexuales, se les aplicaría la libertad vigilada intensiva, que implicaba una intensificación en los controles de la medida.

Como podemos darnos cuenta, en los últimos años el enfoque de la política criminal ha sido mejorar la seguridad pública y no así la reinserción. Esto ha llevado que las legislaciones de cada país realicen modificaciones tendientes a aumentar el control de estas penas, y, por lo mismo, se crean nuevas medidas tendientes a este aumento de control, modificando incluso algunas con esta finalidad, que es lo que finalmente ocurrió también en nuestra legislación, el proyecto de ley no pretendió

marcar una diferencia a esta tendencia, sino que la reafirma y se aleja cada vez más de los fines preventivos especiales.

2) LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA.

2.1 Concepto

El artículo 14 inciso segundo de la nueva Ley N° 18.216 señala que “La libertad vigilada intensiva consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.”. De esta definición se desprende que los elementos fundamentales que constituyen esta nueva pena son los siguientes:

- a) **Un sujeto condenado**, es decir, que requiere de una sentencia condenatoria, de un proceso previo, constituyendo parte de la ejecución de la sentencia

- b) **Realización de un programa de actividades tendientes a la reinserción social del condenado.** Con esto se pone énfasis en la

finalidad que tiene esta pena, que es, en definitiva, reinsertar al individuo a la sociedad.

c) **Intervención individualizada**, es decir, que se requiere de la participación de otro sujeto que cumpla esta función de intervenir, que es el delegado de libertad vigilada intensiva.

d) **Y la aplicación de ciertas condiciones especiales**. No especifica quien fija estas condiciones, pero en la misma ley 18.216 se precisa que tanto el juez a cargo del caso y el delegado de libertad vigilada intensiva designado para llevarlo deben fijar las condiciones que deberá seguir el condenado.

2.2 Breve historia

El origen de la libertad vigilada intensiva se explicó por una serie de procesos que tuvieron impacto en general en las medidas alternativas, principalmente desde los años 80. Uno de éstos, fue la idea de que sólo las sanciones punitivas eran percibidas por los jueces como alternativas creíbles a las sanciones privativas de libertad. Otro, fue de la inclusión,

durante los años 70, por parte de algunos Estados de Estados Unidos, de sistemas de determinación de la pena basados en la retribución o justo merecimiento de la misma, lo cual fue seguido por otras jurisdicciones internacionales en las décadas siguientes. También, la politización del delito y de la justicia criminal, aumentando así el populismo punitivo. En general, las medidas alternativas comenzaron a ser bastante criticadas, porque se decía que eran demasiado blandas o que se enfocaban más en las necesidades e intereses de las personas condenadas que en las víctimas, lo que generó que nuevamente el enfoque se modificara y dirigiera a una forma de medidas con una orientación retributiva.

Producto de lo anterior, la probation tuvo que luchar para mantener su credibilidad y bajo la presión de los gobiernos se fueron haciendo más rígidos sus procedimientos, acentuado sus capacidades de supervisión, minimizado la importancia de sus vinculaciones con el trabajo social, intensificado sus controles y la definieron como un castigo de la comunidad. Con ellos se fueron desarrollando órdenes de probation intensiva que implicaban restricciones más severas y supervisiones más intensivas. De hecho, en Estados Unidos, durante los años 80 y 90, surgió

un movimiento de sanciones intermedias, dentro de las cuales destacaba la supervisión intensiva.

Como Garland ha hecho notar, el nuevo régimen de la probation establecido en la primera parte del siglo XX representó tanto una respuesta más "humana" al delito, como también una "red de control" más amplia y sutil¹².

La libertad vigilada intensiva, fue una de las grandes novedades que incluyó la ley 20.603, siguiendo la tendencia internacional y tomando específicamente el modelo que Estados Unidos adoptó. Este sistema se aplicaba a aquellos sujetos que requerían de una supervisión más cercana, en donde el condenado se reunía personalmente con el oficial de manera constante.

2.3 Requisitos, ámbito de aplicación.

Dentro de los requisitos necesarios para que se pueda conceder esta pena sustitutiva se encuentran los siguientes:

¹² Citado por Robinson, Gwen, McNeill, Fergus y Maruna, Shadd, en "Castigo en sociedad: la improbable persistencia de la probation y otras sanciones y medidas comunitarias", Polít. crim. vol.9 no.17, Santiago, 2014.

1) Que el penado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Para estos efectos no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes respectivamente. Es decir, la regla general es que esta pena sustitutiva se aplique a personas que por primera vez cometen algún delito, comúnmente llamados primerizos, excluyendo a personas que hayan cometido algún crimen o simple delito, pero existe una gran excepción, en donde se incluiría a reincidentes, esto es, cuando haya transcurrido desde el cumplimiento de la condena anterior por crimen o simple delito, diez o cinco años, respectivamente. Cuestión diferente es lo que sucede con las faltas, en donde una persona perfectamente puede acceder a esta pena aun cuando haya sido condenado anteriormente por cometer una o más faltas, es decir, en este caso no importa la reincidencia del individuo. Es importante, entonces, saber desde cuando se cuentan estos plazos para que una persona que ha cometido algún delito pueda acceder a esta pena sustitutiva. La ley es clara al señalar que no se consideraran las condenas “cumplidas”, en consecuencia, si un sujeto ha tenido condenas anteriores, podría optar a esta medida, siempre y cuando haya cumplido con dichas condenas.

La jurisprudencia así lo ha entendido. Ahora, para entender desde cuando se entienden cumplidas dependerá del tipo de pena se trate. Si se trata, por ejemplo, de una pena de multa, el cumplimiento se cuenta desde el pago íntegro de ella; si es una pena privativa o restrictiva de libertad de 5 años y un día, se entenderá cumplida desde que se cumpla dicho término, en fin, la cuestión importante es como demostrar ante el juez ante el cual se solicita esta pena, el cumplimiento efectivo de la misma. Obviamente los antecedentes que aporten las partes es fundamental, no obstante, igualmente el juez, excepcionalmente, puede de oficio solicitar a Gendarmería u a la autoridad respectiva informe acerca del cumplimiento de la pena en cuestión. El punto es ¿Qué sucede con los casos en que los antecedentes no son suficientes como para acreditar el cumplimiento? ¿Qué sucede si de los antecedentes no consta el incumplimiento? ¿Cuál ha sido el criterio en estos casos?, aquí es precisamente donde la jurisprudencia ha creado una forma distinta para contabilizar los plazos. Por ejemplo, en un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, se revocó una sentencia dictada por el Juzgado de Garantía de Puente Alto, por cuanto al condenado no se le había concedido

ninguna de las penas sustitutivas establecidas en la Ley N° 18.216, otorgándole la pena de reclusión parcial nocturna en razón de que la condena que éste registraba, si bien era del año 2007, no debía ser considerada porque había transcurrido con creces el periodo establecido por el legislador desde que la sentencia había quedado ejecutoriada y en atención a que no constaba elemento alguno que permita advertir el incumplimiento de la pena concedida.¹³ Es decir, acá el razonamiento utilizado por los jueces fue que ante la falta de antecedentes de cumplimiento y de incumplimiento de la condena anterior, el plazo se comenzaba a contar desde que la sentencia se encontrara firme y ejecutoriada. Lo cual es bastante lógico, por que bien mal se podría empezar a contar un plazo desde una fecha incierta. Ahora, si bien el fallo anterior hace alusión a la pena de reclusión parcial nocturna, para estos efectos es irrelevante puesto que tanto para esta pena como para la pena de libertad vigilada simple e intensiva, se señala que no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes. En una sentencia dictada en procedimiento abreviado por el Juzgado de

¹³ Corte de Apelaciones de San Miguel, 26.06. 2015, Rol N° 1026-2015.

Garantía de Los Ángeles, autos RUC 1300586861-5 y RIT 0-2802-2013, se decidió no otorgar la pena sustitutiva de libertad vigilada al imputado por cuanto no constaba que una condena del año 2003 estuviera cumplida, y, por lo mismo, que hubiesen transcurrido al menos 5 años hasta la comisión del delito por el cual se le condenó. Ante esto, la defensa apeló ante la Corte de Apelaciones de Concepción, aludiendo que los 10 años a que se refería el N°1 del inciso 2° del artículo 15 de la Ley N° 18.216, debían contarse desde que el fallo se encuentre ejecutoriado y no desde que la pena se encontrara cumplida, tal como lo había resuelto la misma Corte en los autos Rol 189-2014. La Corte señaló que de los antecedentes incorporados por la defensa, no constaba ninguna de las dos circunstancias, esto es ni la fecha de la ejecutoriedad del fallo por el cual resultó condenado el sentenciado el año 2003, ni la del cumplimiento del mismo. En el fallo sólo se mencionó que no podía ser perjudicado el sentenciado, ya que era un hecho no discutido que desde el año 2003 a junio de 2013 no había cometido ningún delito y no habiendo antecedentes concretos que permitieran arribar a una

conclusión contraria, se le concedió la pena sustitutiva de libertad vigilada.¹⁴

De las sentencias mencionadas, se observan dos formas de contabilizar los plazos establecidos por la norma. Primero, en los casos en donde consta el cumplimiento de la pena anterior, el plazo se contará desde aquí. Y segundo, en los casos en donde no consta el cumplimiento, ni el incumplimiento de la pena anterior, el plazo se contará desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada. En otras palabras, ante antecedentes claros los jueces acuden a la primera forma y ante la falta de éstos acuden a la segunda forma.

2) Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan concluir que una intervención individualizada, parece eficaz en el caso concreto, para su efectiva reinserción social.

Estos requisitos son comunes para ambas penas de libertad vigilada.

¹⁴ Corte de Apelaciones de Concepción, 06.06.2014, Rol 324-2014.

El artículo 15 bis de la Ley N° 18.216, establece como ámbito de aplicación de esta pena sustitutiva los siguientes:

- 1) Que la pena privativa o restrictiva impuesta fuere superior a tres años y no excediere de cinco.
- 2) En el caso que se tratare de alguno de los delitos establecidos en los artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, y aquellos contemplados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 411 ter del mismo Código, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de 5 años.

Los primeros delitos a los que hace referencia son los siguientes:

- Amenaza de un mal constitutivo de delito
- Amenaza de un mal no constitutivo de delito
- Parricidio y femicidio
- Homicidio simple y homicidio calificado

-Castración

-Mutilación de miembro importante o menos importante

-Lesiones graves gravísimas o simplemente graves

-Lesiones graves cometidas por medio de sustancias o bebidas nocivas o abusando de credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima

-Lesiones menos graves

Todos estos delitos deben haber sido cometidos en contexto de violencia intrafamiliar.

Los segundos delitos a los que hace referencia son:

-Estupro

-Abuso sexual agravado por la introducción de objetos

-Abuso sexual propio

-Abuso sexual impropio

-Involucramiento de menor a actos de significación sexual

-Producción de material pornográfico infantil

-Promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, simple o calificada

-Obtención de servicios sexuales por parte de menores de edad

-Promoción o facilitación de la entrada o salida del país de personas para el ejercicio de la prostitución

En definitiva, ciertos delitos sexuales.

2.4 Periodo de intervención, condiciones que debe cumplir el condenado. Principio de progresividad y ejecución de la intervención.

En caso de que el tribunal determine la imposición de esta pena, la Ley N°18.216 en el artículo 16 señala que el tribunal establecerá el plazo de intervención, que será igual al que le correspondería cumplir si se aplicara efectivamente la pena privativa o restrictiva de libertad que se sustituye. El legislador lo que hace es establecer un límite al juez al determinar el plazo de intervención, el juez no podrá imponerle al condenado un periodo de intervención mayor a lo que le hubiese correspondido cumplir si se le

aplicara la pena privativa o restrictiva de libertad, lo que va acorde con los principios básicos del derecho penal y en especial con el principio de culpabilidad, en donde nadie puede ser penado sin ser culpable ni tampoco más allá de la medida de su culpabilidad. Esto va en íntima relación con otro principio, el de dignidad humana, con éste se prohíbe convertir a un sujeto en mero objeto de intervenciones penales por parte del Estado sin tener en cuenta la culpabilidad del sujeto. Lo cual se produciría cuando un sujeto es penado de manera más severa a lo que le debería haber correspondido por su grado de responsabilidad¹⁵.

En cuanto a las condiciones que el tribunal debe imponer al condenado a esta pena, la ley distingue entre:

- a) Condiciones comunes a las pena de libertad vigilada o la pena de libertad vigilada intensiva, que son las establecidas en el artículo 17 y 17 bis de la Ley N°18.216. Estas son:

- 1) Residencia en un lugar determinado.

¹⁵ Referencia sacada de Claus Roxin en "De la dictadura a la Democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho Penal Alemán", Traducción al castellano realizada por Miguel Ángel Cano Paños, Cuaderno de Política Criminal N°100, I, Segunda época, 2010, Pág.17.

- 2) Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta y las instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para una eficaz intervención individualizada.
- 3) Ejercicio de un profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, bajo las modalidades que se determinen en el plan de intervención individual, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante.

Y en el caso que el condenado presentare un consumo problemático de drogas o alcohol, además de las condiciones anteriores, el tribunal debe imponerle la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de dichas sustancias. Esta obligación podrá consistir en la asistencia a programas ambulatorios, la internación en centros especializados o una combinación de ambos tipos de tratamiento. En cuanto al plazo de internación, éste no podrá ser superior al tiempo de la pena sustitutiva.

b) Condiciones específicas, aplicables sólo para el caso que se decrete la pena de libertad vigilada intensiva. Estas se decretan además de las anteriores, pero en este caso el tribunal no está obligado a decretarlas todas, sino que la ley impone un mínimo como condición, debiendo decretar una o más de las siguientes condiciones:

- 1) Prohibición de acudir a determinados lugares;
- 2) Prohibición de aproximarse a la víctima, o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos;
- 3) Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho horas diarias, las que deberán ser continuas, y
- 4) Obligación de cumplir con programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares.

Aquí se puede ver una de las diferencias fundamentales entre la pena de libertad vigilada y la pena de libertad vigilada intensiva, las condiciones aplicables a cada una. Si bien hay condiciones comunes, al condenado a una

pena de libertad vigilada intensiva se le aplicarán, además, otras condiciones, lo que implica un mayor control, por eso la denominación de “intensiva”.

Existe un principio fundamental establecido en el artículo 16 inciso final de la Ley N° 18.216 que rige para esta pena sustitutiva y es el llamado “Principio de Progresividad de la Pena y Ejecución de la Intervención”. Este principio implica que independiente del periodo de intervención interpuesto originalmente en la sentencia, este periodo debe ser susceptible de revisión, ya que dependiendo del éxito del proceso de intervención y del cumplimiento de los objetivos consagrados en el plan de intervención individual, se pueden asimismo cumplir los objetivos y fines por los cuales se impuso una pena determinada. Por lo tanto, debe contemplarse la posibilidad de disminuir el tiempo originalmente impuesto, o incluso, el término anticipado de la pena. Esto precisamente fue lo que consagró nuestro legislador en el artículo 16 inciso final de la Ley N° 18.216, en donde se faculta al delegado para proponer al juez la reducción del plazo de intervención, o bien, el término anticipado de la pena, en los casos que considere que el condenado ha dado cumplimiento a los objetivos del plan de intervención. En este ámbito adquiere sentido la utilidad de la pena, que

se obtiene al conseguir adecuadamente los fines para los que fue aplicada, los que ciertamente pueden obtenerse con anticipación al término de la pena. En otras palabras, un sistema integral de ejecución de sanciones supone no sólo establecer legítimas consecuencias gravosas para el condenado en caso de incumplimiento, sino también consecuencias favorables para el mismo si se da cumplimiento tanto al régimen de ejecución como a los objetivos que se persiguen con la misma¹⁶.

2.5 Delegado de libertad vigilada intensiva. Concepto. ¿Quiénes pueden ser delegados de libertad vigilada intensiva? Requisitos.

Tanto el artículo 20 de la Ley N°18.216, como el artículo 24 del reglamento de esta ley, definen quienes son delegados de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Para llegar a una definición más acertada, complementaré ambas definiciones. Los delegados de libertad vigilada y de libertad vigilada intensiva son funcionarios de Gendarmería de Chile, titulados en una institución de educación superior en las carreras de psicología o asistente social y habilitados por decreto del Ministerio de

¹⁶ Ministerio de Justicia, "Material para capacitación de la nueva ley N° 18.216", División de Defensa Social, año 2012, Pág.126.

Justicia, encargados de conducir el proceso de reinserción social de la persona condenada a la pena sustitutiva de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, mediante la intervención, orientación y supervisión de los condenados, a fin de evitar su reincidencia y facilitar su integración a la sociedad. Es decir, son los funcionarios principales en el proceso de ejecución de estas penas sustitutivas, que es lo que marca la diferencia respecto de las demás penas sustitutivas, en estas penas, interviene un tercero que ayuda y orienta al condenado para que efectivamente se consigan los fines de esta pena, en especial el de reinserción social. Ahora, la importancia es aún mayor en el caso de la pena de libertad vigilada intensiva puesto que una de las finalidades por las cuales se creó esta pena fue precisamente que el delegado tuviera una mayor participación, control y supervisión en este proceso, para que de este modo se aumentaran las probabilidades de reinserción.

El Ministerio de Justicia habilitará a quienes acrediten idoneidad y preparación, en la forma que determine el reglamento. Para esto, las personas que opten a los puestos de delegado deben realizar un curso de habilitación para delegados que imparte Gendarmería de Chile, según las directrices técnicas que realice la División de Reinserción Social. En ningún

caso se podrá ejercer la función de delegado si no se cuenta con la habilitación respectiva.

La Ley N°18.216 es la que nos remite al reglamento de ésta, que es el que precisa los requisitos que deben cumplir las personas que quieren ser delegados de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. El artículo 25 del reglamento establece que para desempeñar el cargo de delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva es necesario que se cumplan con los siguientes requisitos:

- 1) Poseer el título profesional de psicólogo o asistente social, otorgado por una universidad reconocida por el Estado o su equivalente, en el caso de profesionales titulados de universidades extranjeras.
- 2) Experiencia laboral en el área de la intervención psicosocial mínima de un año.
- 3) Aprobar el curso de habilitación de delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, con nota igual o superior a 5.5.

Estos son los requisitos mínimos que deben tener las personas que quieren desempeñarse como delegados.

2.6 Rol que juega el delegado de libertad vigilada intensiva. Modelo de intervención. Objetivos del proceso de intervención. Plan de intervención individual.

El rol de los delegados de libertad vigilada intensiva es fundamental para el cumplimiento de la finalidad de reinserción social, ya que son los encargados de intervenir de manera personal en la ejecución de la pena acompañando en todo su proceso al condenado, orientándolo y apoyándolo con dicha finalidad y para que esto se pueda cumplir, éste interviene a través de diversas actividades, de manera que el condenado se sienta parte importante en el proceso, incentivándolo en sus aspectos positivos y apoyándolo a superar las dificultades y así logre finalmente la reinserción social y evite la reincidencia.

Las intervenciones que realizan los delegados de libertad vigilada son cada vez más especializadas y están orientadas principalmente a disminuir los factores de riesgo criminógeno, es decir, para poder evitar la

reincidencia de la persona condenada. Igualmente, estas intervenciones deben complementarse con otros procesos, que permitan el desarrollo integral de la persona.

Los modelos que rigen dichas intervenciones y que, por tanto, guían el actuar de los delegados de liberto vigilado son los siguientes:

a) Modelo de Riesgo- Necesidad-Responsividad (RNR)

Plantea una estrategia de intervención focalizada en evaluar el riesgo de reincidencia, en modificar necesidades criminógenas y a utilizar técnicas ajustadas a las características de aprendizaje del condenado. Fue elaborado en los años noventa como una alternativa para la disminución de la reincidencia de personas condenadas, principalmente en Canadá y Estados Unidos se realizaron una serie de estudios que tuvieron como finalidad identificar factores que se relacionaban con la aparición y mantención de conductas delictuales, para así lograr establecer estrategias de intervención eficaces y disminuir los factores de riesgo. Se estructura en los siguientes principios:

- Principio de Riesgo, que se refiere a que la intensidad de la intervención debe encontrarse acorde con el nivel de riesgo del condenado.

El nivel de riesgo se mide en base a las probabilidades que tiene el condenado de cometer nuevos delitos, lo cual se obtiene con la evaluación de factores estáticos y dinámicos relacionados con las conductas delictivas. Lo que quiere decir es que requerirán de una intervención más alta y compleja los condenados que tengan un riesgo mayor de reincidir, y por el contrario, requerirán de una intervención menor, los que tengan menos posibilidades de reincidir.

- Principio de necesidad, se entiende como aquellos factores dinámicos relacionados directamente con la aparición y mantenimiento de la conducta delictual, algunos de ellos son transversales a cualquier tipo de delito, en tanto que otros, sólo son aplicables a cierto tipo de delitos.

- Principio de responsividad, sostiene que las intervenciones efectivas son aquellas que se ajustan a las características de aprendizaje del condenado, o sea, que no existe una estrategia igual para todos. Supone la adaptación de los programas y técnicas a los estilos de aprendizaje, capacidades cognitivas, motivación, personalidad, género y cultura del condenado.

El objetivo final es que el penado aprenda nuevos comportamientos socialmente ajustados. Entonces, lo que se pretende es la modificación del comportamiento de la persona condenada, pero para que esto suceda necesariamente tiene que haber un cambio interno en la mentalidad de ésta. Por lo mismo, para que no exista una imposición de ideas por parte del delegado, es fundamental y excluyente el consentimiento del condenado y que el tratamiento le signifique una oportunidad para la realización de cambios y que éstos traigan consecuencias positivas para la sociedad, visualizándose así como un aporte a ésta, para el mismo y su familia, en otras palabras, como un ser útil.

- Principio de discrecionalidad profesional, ante ciertas situaciones y características de los condenados los delegados pueden usar criterios distintos.

b) Modelo de Vidas Satisfactorias (MVS)

Con este modelo, se viene a complementar el enfoque anterior y postula básicamente que la intervención no debe sólo orientarse a compensar las debilidades de las personas condenadas, sino que también deben ser consideradas las capacidades y fortalezas que éstas tengan y que

ciertamente pueden incidir y determinar el alejamiento hacia la vida delictual.

c) **Modelo Transteórico del Cambio**

Lo que busca este modelo es generar la motivación del condenado para generar los cambios que se necesitan en el proceso de intervención. La idea es que adopte una actitud favorable a los cambios, para lo cual el trabajo del delegado será fundamental, ya que tiene que adoptar distintos tipos de estrategias para conseguirlo, como, por ejemplo, dándole espacios para resolver ciertos problemas, ofrecer alternativas, entre otras cosas, lo que lleva consigo que el condenado se sienta parte activa del proceso y que adquiera cierta responsabilidad en el tratamiento.

Los modelos anteriormente descritos los podemos ver reflejados principalmente en los artículos 27 y 28 del reglamento de la Ley N°18.216.

Dentro del proceso de intervención, se pueden distinguir los siguientes objetivos¹⁷:

Como objetivo general:

¹⁷ Ministerio de Justicia, “Normas técnicas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva”, División de Reinserción Social: Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica, Departamento de Reinserción Social en el Sistema Abierto, primera edición, Santiago de Chile, 2013, Pág. 14.

-Entregar una intervención individualizada a los condenados a la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva que permita disminuir sus factores de riesgo delictual para favorecer su reinserción social.

Y como objetivos específicos, los siguientes:

-Establecer el nivel de riesgo y las necesidades de intervención del penado mediante una evaluación integral que considere el uso de instrumentos de evaluación del riesgo de reincidencia.

-Implementar estrategias de supervisión e intervención basadas en criterios de coherencia, progresividad y continuidad, acorde a lo dispuesto por el tribunal, a la evaluación de riesgo y necesidad del penado y sus factores protectores.

-Desarrollar programas de intervención focalizados en las necesidades criminógenas que han contribuido al comportamiento delictual.

-Facilitar la vinculación del penado con los servicios sociales y redes comunitarias disponibles que contribuyan a su reinserción social.

-Evaluar permanentemente el desarrollo de los procesos de intervención, mediante el establecimiento de procedimientos técnicos de supervisión.

-Elaborar un plan de intervención individual acorde al perfil del penado, con objetivos medibles y acotados en el tiempo. Éste es uno de los objetivos que es fundamental para la eficacia o no de la intervención, ya que es el que determina los lineamientos que deberá seguir el condenado. Es por ello que a continuación nos referiremos a éste.

El artículo 16 de la Ley N°18.216 señala que el delegado designado para el control de alguna de estas penas sustitutivas, deberá proponer al tribunal que dictó la sentencia respectiva, dentro del plazo máximo de 45 días, un plan de intervención individual, el cual deberá contener la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción social del condenado, tales como la nivelación escolar, la participación en actividades de capacitación o inserción laboral o de intervención especializada de acuerdo a su perfil. Sin embargo, este plazo podrá suspenderse por un plazo máximo de 60 días, si el juez, a propuesta del delegado, considera necesario para la elaboración del plan de intervención

individual que se realicen de manera previa ciertos exámenes, ya sea médicos, psicológicos o de otra naturaleza. Además, debe considerar el acceso efectivo del condenado a los servicios y recursos de la red intersectorial, e indicar con claridad los objetivos perseguidos con las actividades programadas y los resultados esperados.

Entonces, el plan de intervención individual corresponde a un documento en donde se consignan las actividades e intervenciones en que el penado deberá participar durante el cumplimiento de una pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva. Es una herramienta dinámica que debe guiar el proceso de intervención, priorizando las acciones a implementar de acuerdo a las necesidades identificadas¹⁸.

Luego de su elaboración, requiere que éste sea aprobado por el tribunal que dictó la sentencia en una audiencia llamada de “aprobación”. Respecto a la fecha de la audiencia, esta se informa por el tribunal vía sistema informático, junto al envío de la copia de la sentencia. En el caso que no viniese dicha fecha, al jefe del Centro de Reinserción Social le corresponderá solicitar una audiencia para la aprobación del plan, en un

¹⁸ Ministerio de Justicia, “Normas técnicas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva”, División de Reinserción Social: Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica, Departamento de Reinserción Social en el Sistema Abierto, primera edición, Santiago de Chile, 2013, Pág.36..

plazo no superior a 24 horas. Si no se aprobara dicho plan, el tribunal fijará una nueva fecha para una nueva audiencia de aprobación y el delegado deberá presentar las modificaciones correspondientes¹⁹

2.7 Del incumplimiento y el quebrantamiento.

La Ley N°18.216 hace referencia a distintas clases de incumplimiento. En el artículo 25 de ésta, se distinguen tres tipos de incumplimiento: Incumplimiento grave de las condiciones impuestas, reiterado y otro tipo de incumplimientos injustificados.

Para los dos primeros tipos de incumplimiento, atendida las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad. En el caso específico de la libertad vigilada intensiva, siendo ésta la de mayor intensidad dentro de las penas sustitutivas, al tribunal no le quedará otra que revocarla en caso de que ocurra alguno de estos tipos de incumplimiento.

En caso de que ocurra alguno de los segundos tipos de incumplimiento, el tribunal deberá imponer la intensificación de las

¹⁹Ob. Cit. Pág.40.

condiciones de la pena sustitutiva. En el mismo artículo explica a qué se refiere con esta intensificación y ésta implica establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena. Es así, que ante un incumplimiento de este tipo en una pena de libertad vigilada intensiva, una intensificación sería, por ejemplo, el imponer el sistema de monitoreo electrónico al condenado o imponerle la obligación de mayores juntas con el delegado, etc.

El quebrantamiento ocurre cuando el condenado durante el cumplimiento de una de las penas sustitutivas comete un nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme, en éstos casos la pena sustitutiva se entiende quebrantada por el sólo ministerio de la ley, tal como lo dispone el artículo 27 de la ley ya aludida, lo que necesariamente determina su revocación.

El artículo 23 sexies inciso primero de esta ley señala que el condenado que se encuentre afecto al sistema de control de monitoreo, en caso de que dolosamente arrancare, destruyere, hiciera desaparecer o, en general, inutilizare de cualquier forma el dispositivo, responderá por el delito de daños, sin perjuicio, de lo dispuesto en los artículos 25 y 27 de la

misma, es decir, el artículo hace procedente tanto lo dispuesto para el incumplimiento, como para el quebrantamiento. Y en el inciso final del mismo artículo señala que si el dispositivo quedare inutilizado o sufriere algún desperfecto, pudiendo advertirlo el condenado, este deberá informarlo a la brevedad a Gendarmería de Chile. Ante el incumplimiento de esto, el tribunal podrá dejar sin efecto la sustitución de la pena, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 25 de la ley.

Cuando el tribunal reciba una comunicación de incumplimiento, debe citar al condenado a una audiencia que se celebrará dentro de los 15 días siguientes y en donde se discutirá la efectividad del incumplimiento o, en su caso, determinar si es que hubo un quebrantamiento. En el caso que fuere necesario presentar alguna prueba, se procederá desformalizadamente.

2.8 Control de la pena. Análisis de los distintos tipos de control, en especial del monitoreo telemático.

Como ya lo señalamos con anterioridad, una de las grandes cuestiones que la Ley N° 20.603 vino a modificar de la Ley N° 18.216, fue precisamente el tema de los controles en la ejecución de las penas

sustitutivas. Lo que hizo fue mejorar los controles respecto de ellas, es así, que en algunos casos se intensificaron los controles y en otros se agregaron nuevos tipos de controles. Producto de lo anterior, en la actual Ley N° 18.216, se pueden distinguir los siguientes tipos de control:

En primer lugar, el control hecho por el delegado a cargo del cumplimiento de las penas de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, regulado en el artículo 17 quáter de la Ley N° 18.216. Señala que el control del delegado respecto de estas penas se ejecutará en base a las medidas de supervisión que sean aprobadas por el tribunal, las que deben incluir la asistencia obligatoria del condenado a encuentros periódicos previamente fijados con el delegado y a programas de intervención psicosocial. Tratándose de la libertad vigilada intensiva, el tribunal considerará especialmente la periodicidad e intensidad en la aplicación del plan de intervención individualizada, lo cual resulta coherente con la esencia de la pena misma, que se caracteriza por ser una pena de alta intensidad e intervención, a diferencia de la pena de libertad vigilada simple.

En este control indirectamente interviene el tribunal, teniendo el juez una participación más activa en la ejecución, lo cual es positivo, ya que

como se sabe en nuestro país no existe un juez de ejecución, ni un procedimiento judicial para la ejecución, simplemente hay una referencia general en los artículos 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, 466, 467 y 468 del Código Procesal Penal, y en donde se señala al juez de garantía competente como el responsable, pero no hay una regulación al respecto, ni mucho menos un procedimiento, y estas instancias son las que van generando, de alguna forma, un mínimo de control en la ejecución.

En segundo lugar, el control judicial, que se encuentra regulado en el artículo 23 de la Ley N° 18.216. Éste dispone “Los delegados de libertad vigilada deberán informar al respectivo tribunal, al menos semestralmente, sobre la evolución y cumplimiento del plan de intervención individualizada impuesto por el juez a las personas sometidas a su vigilancia y orientación. Emitirán, además, los informes que los tribunales les soliciten sobre esta materia cada vez que ellos fueren requeridos.

Lo mismo les será aplicable a los delegados de libertad vigilada intensiva, quienes informarán al respectivo tribunal al menos trimestralmente.

En todo caso, el tribunal citará a lo menos anualmente a una audiencia de revisión de la libertad vigilada y, a lo menos, semestralmente, en el caso de la libertad vigilada intensiva.

A estas audiencias deberán comparecer el condenado y su defensor.

En el caso del delegado de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, el tribunal podrá estimar como suficiente la entrega del informe periódico que se remita por el delegado, salvo que solicite su comparecencia personal.

El Ministerio Público podrá comparecer cuando lo estimare procedente.”

Respecto al deber de información, tal como lo indica el artículo anterior, los delegados están obligados a informar sobre la evolución y cumplimiento del plan de intervención individual. Pero, ¿qué sucede si el delegado no informa o no lo hace en los periodos correspondientes? ¿Qué puede hacer el juez? Creo que un déficit de la ley es, precisamente, no darle la facultad al juez de garantía correspondiente para apercibir al delegado en caso de retardo en su obligación, porque a pesar de la clara intención de nuestro legislador de mejorar el control en la ejecución de estas penas, deja

varios pasajes abiertos para que ese pretendido control efectivamente no se concrete, es decir, si bien se establecen diversos medios de control, éstos por falta de una mayor precisión en las normas pasan a ser menos eficientes que lo esperado.

Ahora, respecto a quien tiene la carga legal de citar a estas audiencias, como claramente lo señala este artículo, es el tribunal quien debe citar a estas audiencias de revisión, por mandato de la ley, lamentablemente con la carga de trabajo que tienen los Jueces de Garantía, se dificulta su cumplimiento.

En cuanto a las audiencias propiamente tales, que se realizan ante el Juez de Garantía competente, estimo que hay un problema respecto de quienes están obligados a asistir a estas audiencias y quiénes no. El hecho de que la víctima no este considerada como uno de los intervinientes que puedan comparecer a éstas audiencias, siendo que fue la directamente afectada con el hecho delictual y que, en muchos casos, fue la que dio inicio al procedimiento penal mismo, me parece en contra del debido proceso, consagrado en el artículo 19 N°3 inciso quinto de nuestra Constitución Política, en donde es necesaria la bilateralidad de la audiencia, principio

fundamental de todo procedimiento, y que se extiende inclusive a la ejecución penal. Sólo con su inclusión se podría lograr un equilibrio entre las partes, garantizando efectivamente sus derechos.

En tercer lugar, existe otro control judicial respecto de las personas que están obligadas a asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol. Estipulado en el artículo 17 bis de la Ley N° 18.216 y en los artículos 47 y 48 del Reglamento. En este control los delegados tienen un rol bastante activo y alta carga de trabajo, ya que supuestamente deben informar mensualmente al tribunal respecto del desarrollo del tratamiento. ¿Es esto posible? ¿Cuántos delegados existen actualmente a cargo de ambas penas? Teniendo en cuenta el número de delegados a cargo de las personas sometidas a la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva creo que esto es bastante ilusorio.

Y en cuarto lugar, se encuentra el control mediante monitoreo telemático en el artículo 23 bis de la Ley N° 18.216 y en los artículos 1 y 2 del Reglamento del mismo.

Es definido por la ley en el artículo 23 bis como “toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley”. Como esta

definición resulta un poco vaga, hay que complementarla con lo señalado en el artículo 3 del reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, que hace una distinción entre el sistema de monitoreo y el dispositivo de monitoreo telemático. El dispositivo es el aparato mismo que utiliza el sujeto y el sistema de monitoreo, es aquel destinado a permitir la localización del condenado.

Este tipo de control es toda una innovación en nuestro sistema de control de penas. De hecho se empezó a introducir en diversas legislaciones desde la década de los 80, con la finalidad de aliviar el hacinamiento carcelario, reducir los costos que implica el encarcelamiento, evitar el contagio criminal, entre otras cosas.

Se han podido distinguir principalmente tres tipos de tecnologías utilizadas con este nombre:

1) La radiofrecuencia, que es la tecnología más utilizada a nivel comparado y se utiliza principalmente para el control de las reclusiones domiciliarias. El infractor debe portar todo el tiempo un dispositivo con la forma de un brazalete, ya sea en el brazo o en el tobillo, y no puede ser removido por él.

Este dispositivo transmite señales de radio frecuencia dos o más veces por minuto, a una unidad de monitoreo localizada en el mismo domicilio. La unidad de monitoreo es adjuntada a la línea telefónica, y es la encargada de recibir las señales de radio frecuencia emitidas por el brazalete. Esta a su vez, envía un mensaje a través de la línea telefónica a una computadora central, ya sea cuando deja de recibir la radiofrecuencia o cuando vuelve a recibirla.²⁰

2) El contacto programado, no supone, a diferencia de la anterior, un porte de un dispositivo por parte del sujeto, sino que sea contactado o deba reportarse telefónicamente. Esto supone la existencia de una computadora central que recibe llamadas telefónicas o efectúa llamadas al infractor.²¹

3) Rastreo Satelital o GPS, este permite realizar un seguimiento de los traslados del infractor y conocer su ubicación en tiempo casi real. Se compone de tres dispositivos básicos: un trasmisor con la forma de un brazalete, transportado usualmente en la muñeca o tobillo; un dispositivo de tracking, que tiene la función de conectarse con la red de satélites de GPS y

²⁰ Citado por Morales Peillard, Ana María, en "Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores", *polít.crim.Vol.8, N° 16, Artículo. 3, pp. 408-471, diciembre 2013, Pág. 417.*

²¹ Ob. Cit. Pág. 418.

con el computador central; y un cargador de batería del dispositivo de tracking. Se utiliza especialmente en caso de delitos de violencia intrafamiliar o de delitos sexuales, para determinar a que cuales áreas puede y no puede acercarse.²²

Este tipo de control podrá ser utilizado para la supervisión de las penas de reclusión parcial y de libertad vigilada intensiva. Es decir, que el tribunal tiene la facultad para decretar este tipo de control, para esto deberá considerar los antecedentes aportados, como la gravedad del ilícito y la vulnerabilidad de la víctima. Ahora, el único caso en que el Tribunal está obligado a decretar este tipo de control es si se tratare de la llamada pena mixta, que consiste en la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta para ser reemplazada por el régimen de libertad vigilada intensiva.

No todos los casos de libertad vigilada intensiva conllevan la aplicación del monitoreo telemático, sino sólo aquellos casos contemplados en la letra b) del artículo 15 bis de la Ley N° 18.216, es decir, ciertos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar o sexuales. Además,

²² Referencia Ob. Cit. Pág. 419.

para estos casos se exige que la pena impuesta al condenado sea superior a 540 días y no exceda de los cinco años, y que el sujeto no tenga antecedentes penales previos, dentro de los cinco años, si se tratare de simple delito y dentro de los diez, si se tratare de un crimen, por el cual se hubiere cumplido una condena.

Este tipo de control ha sido bastante cuestionado, debido a los efectos estigmatizantes que genera y se ha dicho, inclusive, que afectaría derechos fundamentales relacionados con la protección de la vida privada, ya que habría un exceso de control, seguimiento de hasta 24 horas continuas del condenado en lo que hace o deja de hacer, entonces, surge la pregunta, de cuando y hasta que limites puede operar dicho sistema. Independiente de aquello se incorporó a nuestro país como un método de control más y con altas expectativas de su eficacia, sin embargo, no ha estado lejos de problemas. En septiembre del año 2013, la utilización del brazalete electrónico se encontraba paralizada, el motivo era que la licitación del dispositivo estaba congelada desde hace aproximadamente tres meses, luego de que una de las empresas que participó en el proceso, presentara

una demanda de impugnación ante el Tribunal de Contratación Pública²³. Lo anterior se mantuvo por bastante tiempo, de hecho, en marzo del año 2014 se estaba esperando un informe que entregaría el Departamento de Monitoreo Telemático de Gendarmería, que determinaría si los brazaletes cumplían o no con lo establecido en las bases de la licitación. Las pruebas realizadas al sistema lamentablemente arrojaron deficiencias, como:

1) Que los datos de posición del usuario tardaban entre una y tres horas en llegar al monitor

2) Que el imputado podía estar a 30 kilómetros del lugar donde debe estar y no había alarma.

3) Y que en el metro la señal no se recibía.²⁴

Debido a los problemas en el funcionamiento del sistema, el 7 de agosto de 2014, el Ministro de Justicia de la época, don José Antonio Gómez, informó que se había desechado la idea de usar la tobillera o brazaletes electrónicos para vigilar a condenados por delitos sexuales o violencia intrafamiliar con resultado de muerte. Así, este sistema de

²³ Referencia tomada de: <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/09/680-543565-9-congelan-licitacion-de-brazaletes-electronicos-por-disputa-legal.shtml>

²⁴ Referencia tomada de: <http://www.24horas.cl/nacional/brazaletes-electronicos-en-la-mira-de-gendarmeria-por-fallas--1112086>.

vigilancia sólo se aplicaría a los condenados sometidos a la reclusión parcial. Y en el caso de la libertad vigilada intensiva el control sería ejercida por la comisaría de la policía más cercana. Hacia finales de agosto de ese año se dio luz verde para su utilización, pero restringida a los casos señalados.²⁵

De a poco se ha ido aumentando su ámbito de aplicación y en la actualidad, se esta utilizando también para la pena de libertad vigilada intensiva, como sucedió, por ejemplo, en el caso reciente de Eurolatina.²⁶

²⁵ Referencia tomada de: <http://www.publimetro.cl/nota/cronica/desechan-uso-de-brazaletes-electronicos-en-condenados-por-delitos-sexuales-por-ineficacia-del-sistema/xlQnhh!YxHutO0Drleog/>

²⁶ Visto en: <http://www.t13.cl/noticia/nacional/eurolatina-hermanos-elgueta-quedaran-libres-bajo-sistema-de-libertad-vigilada-intensiva>

CAPÍTULO II

ACERCA DE LA LEY N° 18.216.

1.1 Antes de la reforma hecha por la ley 20.603 y luego de la reforma. Referencia general y específica acerca de la medida, ahora pena de libertad vigilada.

Desde la promulgación de la ley 18.216, en el año 1983, la aplicación de las medidas alternativas a la prisión fue aumentando constantemente. Antes de la reforma procesal penal el crecimiento fue tal, que llegó a tener el año 2000 la mayor tasa de crecimiento hasta esa fecha. Con los inicios de la reforma procesal penal, esto cambió, puesto que el promedio de las personas condenadas a medidas alternativas disminuyó, esto debido en parte a la incorporación de las Salidas Alternativas al Procedimiento, al aumento en la población reclusa y a la ley de Indulto Jubileo del año 2000, sin embargo, a pesar de ello, se observó un cambio dentro de las personas condenadas a estas medidas, si bien la reclusión nocturna se mantuvo estable en términos porcentuales, la remisión condicional de la pena disminuyó y la libertad vigilada aumentó de manera considerable. Este

efecto duró hasta el segundo semestre del 2005, en donde la población sometida a las medidas alternativas comienza nuevamente a crecer, especialmente la remisión condicional y la libertad vigilada. En términos porcentuales la medida que tuvo un mayor crecimiento desde que se promulgó la Ley N° 18.216 fue la de libertad vigilada.

Producto de los buenos resultados obtenidos con las medidas alternativas a la reclusión en términos de disminución de la reincidencia, a diferencia con lo que ocurría con las penas privativas de libertad, es que se empezó a barajar la posibilidad de ampliar el espectro de medidas. No obstante, continuaban algunos problemas relacionados con el sistema de medidas alternativas, el cuestionamiento al sistema cerrado y la respuesta al delito en términos generales, ya que continuaban índices altos de delincuencia. Fue así como se comenzaron a gestionar varias propuestas al respecto. El Estado de Chile había tomado un compromiso ya en el año 1990 de modificar la Ley N° 18.216 y la de ampliar el catálogo de medidas alternativas a la prisión en la Asamblea General de Naciones Unidas, al ratificar la firma de las Reglas de Tokio. Si bien pasaron muchos años para que este compromiso se llevara a cabo, se comenzaron a gestar múltiples propuestas con esa intención, especialmente impulsadas por el Ministerio de

Justicia y por el Ministerio del Interior. Lamentablemente, varios de los trabajos realizados no llegaron a buen destino, como sucedió, por ejemplo, con la propuesta realizada por el Ministerio de Justicia y la Fundación Paz Ciudadana, publicada el año 2001, que tenía como nombre “La propuesta para la reforma al Sistema de Medidas Alternativas a la privación de libertad”, y, en donde se justificaba la necesidad de modificar la Ley N° 18.216, consagrando como objetivos: la retribución del daño causado, la resocialización del infractor e impedir su desocialización, potenciar la eficacia de la pena privativa de libertad, contribuir con la disminución de la delincuencia y abaratar los costos operativos del Sistema Penitenciario en general.²⁷

Durante ese periodo se señaló lo siguiente: “Existe consenso respecto de que el catálogo de medidas alternativas a la reclusión en nuestro país es demasiado restringido, por una parte, y que la imposición de esta clase de sanciones requiere de perfeccionamientos, por otra (...). En este contexto, debe ampliarse el catálogo de medidas alternativas a la reclusión legalmente establecidas y crearse condiciones necesarias para asegurar el cumplimiento

²⁷ Referencia tomada de la Revista de estudios criminológicos y penitenciarios, N°12, del Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile, “25 años de la ley 18.216: sistema de medidas alternativas a la reclusión en Chile”, Santiago de Chile, agosto 2008, Pág.79 y 80.

de las condiciones contenidas en ellas. Además se debe monitorear el éxito de las diversas sanciones mediante estudios periódicos de reincidencia y establecer procesos de mejoramiento continuo mediante la evaluación de programas específicos y la difusión de buenas prácticas”²⁸

El 31 de marzo de 2008, la Presidenta de la República Michelle Bachelet envió el mensaje N°66 al presidente de la cámara de diputados, con el que se inicia un proyecto de ley tendiente a la modificación de la Ley N° 18.216. Como contenido del proyecto se encontraban: la reparación del daño, la improcedencia de la aplicación de la medida de libertad vigilada respecto de ciertos delitos graves, el sistema de monitoreo electrónico y el perfeccionamiento de normas sobre incumplimiento y quebrantamiento. Resaltaba como objetivo primordial de las sanciones el de evitar la reincidencia a través de tratamientos tendientes a la reinserción social e intensificando su control. Este proyecto contemplaba un presupuesto de más de seis mil millones de pesos, destinados principalmente a personal, pues se contemplaba un aumento de 251 delegados de libertad vigilada, lo que

²⁸ Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana, “Política Nacional de Seguridad Ciudadana”, Santiago de Chile, Octubre de 2004, Pág.48. Disponible en www.interior.gov.cl, y en www.seguridadciudadana.gov.cl

dejaba un número total de 435 de tales delegados, lo que significaba el trabajo de un delegado para cada 30 condenados.²⁹

Fue así como, luego de 4 años de que el proyecto entrara en tramitación, finalmente con fecha 27 de junio de 2012 se publicó la ley 20.603, que precisamente entró a modificar la ley 18.216.

1.2 Análisis comparativo.

Para comprender de mejor manera la actual Ley N° 18.216, es indispensable analizar las diferencias existentes con la antigua, en especial en lo referido con la pena de libertad vigilada.

La primera gran diferencia la podemos encontrar en la denominación misma de la Ley N° 18.216, pasando de medidas alternativas a penas sustitutivas. Una de las razones de éste cambio fue que las medidas alternativas eran percibidas por la sociedad como meros beneficios para las personas condenadas, en donde los controles efectuados por las autoridades encargadas eran bastante débiles y había un alto porcentaje de personas

²⁹ Referencia tomada de la Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 66.

condenadas que no cumplían con ellas o que las dejaban de cumplir, sin ser debidamente sancionados, entonces, no eran percibidas como verdaderas sanciones. Es por ello, que se modificó la naturaleza de estas sanciones, pasando a ser verdaderas penas, eso sí al ser sustitutivas implica que no se trata de penas principales y autónomas, sino que necesariamente necesitan de otra pena, generalmente privativa de libertad, susceptible de ser sustituida. Esta modificación fue favorable a mi entender, ya que con esto se elimina en definitiva la incertidumbre existente referida a la naturaleza de las antes llamadas medidas alternativas, ratificando que se tratan de sanciones y no de beneficios para las personas condenadas, en donde existen personas a cargo de su ejecución, control y consecuencias ante los incumplimientos que se presenten.

Una de las cuestiones que generó bastante problema fue la interpretación del antiguo artículo 28 de la ley 18.216, que señalaba “Transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta”. En nuestra jurisprudencia hubo diversas interpretaciones al

respecto, las que para una mayor claridad, podemos agruparlas en tres grupos:

Primero, los que señalaban que para que operara dicho artículo bastaba el mero transcurso del tiempo y que la medida alternativa no hubiese sido revocada. Es decir, la interpretación de esta norma se basaba en parámetros netamente objetivos, como lo es, el transcurso del tiempo y que el beneficio no fuera revocado. Era una postura que acudía al tenor literal de la norma. Se decía que el objetivo de ella era dar certeza a las situaciones jurídicas y por eso se había consagrado un cumplimiento ficto de la medida. Definitivamente, esta era la postura más favorable al reo.

Acogiendo esta postura se encuentra, por ejemplo, nuestra Corte de Apelaciones de Santiago, que en los autos, Rol N° 2608-2010 y Rol N° 879-2011, se le tuvo al sentenciado por cumplida la pena privativa de libertad, por haber transcurrido el tiempo de cumplimiento de la medida de reclusión nocturna sin que ésta fuera revocada. También podemos mencionar dos fallos recientemente dictados por la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N° 42-2015 y Rol 1141-2015, en donde se hace aplicación de este criterio respecto de la medida de remisión condicional de la pena.

Segundo, los que estimaban necesario que el condenado diera al menos inicio al cumplimiento de la medida alternativa decretada para que pudiera operar el artículo 28. Como sucede en un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Copiapó, en donde se revocó la sentencia de primera instancia que no había dado aplicación al artículo 28 de la ley 18.216, estimando la Corte que concurrían los presupuestos exigidos por dicha norma, desde que el sentenciado se había presentado a cumplir el beneficio otorgado y había transcurrido el plazo de observación impuesta por la sentencia definitiva.³⁰ En un mismo sentido se encuentran un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol 496-2014, y un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2464-2014, en donde se señala que es necesario dar inicio al cumplimiento de la medida de reclusión nocturna para tener por cumplida la pena en los términos del artículo 28 de la ley 18.216. Una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel agrega como argumentos al respecto, el artículo

³⁰ Corte de Apelaciones de Copiapó, 21.10.2013, Causa Rol N° 335-2013, Considerando 4° y 5°:
“4° Que el artículo 28 de la Ley N° 18.216 dispone claramente: “...Transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta...”.
5° Que en la especie, se cumplen cabalmente las exigencias que el precepto aludido en forma imperativa contempla, desde que desde la fecha en que Araya Ponce se presentó a cumplir el beneficio otorgado, esto es, el 5 de febrero de 2010 a la data de la providencia refutada -13 de septiembre último-, han transcurrido en exceso los tres años de observación impuestos en la sentencia definitiva, de modo que por ser un hecho no discutido que al no haberse revocado la medida alternativa que lo favorecía dentro del lapso citado, sólo cabe tener por cumplida la pena privativa de libertad inicialmente impuesta. “

11, 12 inciso segundo y 14 del reglamento de la Ley 18.216, de los cuales se desprendía que si el beneficiado no se presentaba para dar inicio al cumplimiento de la medida de reclusión nocturna, se consideraba como un quebrantamiento grave de la medida y esto provocaba como consecuencia la revocación de esta y, por tanto, no era procedente aplicar el artículo 28 de la ley 18.216.³¹

En un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción, ingreso Rol N° 489-2013, aunque el tema sobre el que debía decidir era relativo a la comisión de nuevo delito dentro del período de observación de la libertad vigilada, y consiguientemente, de la revocación de la media alternativa, por el solo ministerio de la ley; el Considerando Primero sostuvo “Que el artículo 28 de la ley 18.216 exige, para los efectos de su aplicación, que el condenado haya dado inicio al cumplimiento del beneficio de la pena impuesta”, de donde se puede colegir que cualquiera sea la naturaleza de la medida o beneficio alternativo contemplado en la Ley N° 18.216, antes de su modificación mediante la Ley N° 20.603, era exigible que el sentenciado hubiera, al menos, dado inicio al cumplimiento de la misma.

³¹ Corte de Apelaciones de San Miguel, 6.10.2014, Causa ROL N°1559-2014.

Y, por último, los que indicaban que el artículo 28 era una norma de derecho penal administrativo que sólo daría cuenta del cumplimiento de los controles de observación o, en su caso, de la intervención de los delegados que habilita la ley y que venía a dar certeza al cumplimiento de la condena bajo la modalidad de las medidas alternativas, es decir, para cuando el imputado diera cumplimiento total y efectivo de la medida. Luego, se limitaba a explicitar el tiempo en el cual se dio cumplimiento al beneficio otorgado, especificando de este modo la extinción de la responsabilidad penal en conformidad con el artículo 93 N°2 del Código Penal. Esta posición se basaba principalmente en los fines mismos de la ley 18.216 y en la efectividad de ésta, criticando a las otras dos posturas por dejar al arbitrio del condenado el cumplimiento de las medidas.³²

Es importante hacer mención de ciertos fallos que conectan la interpretación de esta norma con los elementos lógico y sistemático que desprenden de la lectura de otros preceptos de la misma ley. Con ello, pretenden demostrar que en dos de las medidas alternativas: la remisión

³² Como señaló doña María Teresa Díaz, en un voto en contra de un fallo dictado por la Corte de Apelaciones de San Miguel, rol 1048-2013 (CITAR) el artículo 28 lo que hacía era consagrar una ficción, que era la de tener por cumplida una pena privativa de libertad por el hecho de cumplir efectivamente con el beneficio que se había otorgado, el entenderlo de otra manera era dejar a voluntad del sentenciado el cumplimiento y modificar, asimismo, las normas sobre prescripción de las penas.

condicional de la pena y la libertad vigilada, el artículo 28 prescinde de toda forma de cumplimiento alternativo, poniendo el acento sólo en el transcurso del tiempo de la misma y en el hecho de que la medida no hubiese sido revocada. No así en el caso de la reclusión nocturna, que exigiría al menos de un principio de cumplimiento. Lo anterior, basado en la naturaleza misma de estas medidas, ya que en el caso de las dos primeras, habría una suspensión de la pena que implicaba alternativamente un régimen de cumplimiento administrativo y en libertad de la sanción, equivalente al término del control, al cumplimiento de la pena (e implicaba un cumplimiento en libertad de la pena), a diferencia de la reclusión nocturna, que suponía una modalidad de cumplimiento parcial, pero efectivo de la pena, traducido en el encierro del condenado en establecimientos especiales desde las 22 horas hasta las 06 del día siguiente. Por ello el legislador les daba un tratamiento distinto, tanto en las condiciones de cumplimiento, como en cuanto en sus efectos. De hecho, ante el quebrantamiento de ellas y revocación, en los dos primeros casos, se obligaba al condenado el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, pero cuando se trataba de la medida de reclusión nocturna se sometía al condenado al

cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose el tiempo de ejecución de ella.

Esta ha sido la interpretación sostenida que ha tenido en el último tiempo nuestra Corte Suprema, como se puede vislumbrar en los autos Rol 2718-2009, Rol 3621-2011, Rol 4388-2010, Rol 1350-2010, Rol 1434-2012, Rol 7382-2010-2010³³, entre otros. En el mismo sentido encontramos a la Corte de Apelaciones de Concepción, en los autos, Rol 105-2013, en

³³ Corte Suprema, 7.10.2010, Causa Rol 7382- 2010:

“Vistos y teniendo, además, presente:

1°.- Que la interpretación sistemática de los artículos 3°, 7°, 11°, 14°, 27° y 28° de la Ley 18.216 permite precisar el alcance de la última de las normas mencionadas, en el sentido de entender que para su aplicación, es preciso que el sentenciado de que se trata haya principiado la observancia de la medida de reclusión nocturna. Lo anterior, en razón del carácter especial del mecanismo alternativo de cumplimiento de la pena impuesta que fuera revocado en estos antecedentes, único sistema de aquellos que consagra la ley anteriormente señalada que requiere una restricción de tipo material de la libertad ambulatoria del sentenciado.

2°.- Que, en efecto, la ley referida da un tratamiento distinto a los beneficios de remisión condicional de la pena y libertad vigilada, por una parte, y a la reclusión nocturna, por otra, en primer lugar en cuanto a las condiciones de cumplimiento y en cuanto a sus efectos en caso de incumplimiento, en el otro. Se explica, en los dos primeros se hace efectivo el beneficio sin privar de libertad material al beneficiado, diferencia que en el caso de la reclusión nocturna se traduce en encierro efectivo del condenado en establecimientos especiales desde las 22 horas de cada día, hasta las 06 horas del día siguiente. En caso de quebrantamiento de estas medidas y consiguiente revocación del beneficio, también es claro que la ley les ha dado tratamiento diferente; en los dos primeros, se obliga al condenado al cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, lo cual resulta de toda lógica ya que ésta estaba suspendida, pero cuando se trata de la reclusión nocturna la ley (artículo 27) expresamente dispone que por la revocación somete al condenado al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida, reiterando nuevamente el mismo sentido el artículo 11, cuando por la revocación dispone la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido.

3°.- Que de este modo el beneficiado con reclusión nocturna sólo en el caso que hubiere iniciado efectivamente su cumplimiento en alguna de las formas previstas por la ley y su reglamento cabría aplicarle la norma del artículo 28. Si ello no ha sido de este modo, no sería procedente, y su cumplimiento estaría pendiente, por lo cual deberían adoptarse las medidas que lo posibilitaría, o su fin quedaría sujeto a las normas generales del Derecho Penal, tales como la prescripción. Se confirma la sentencia apelada de uno de octubre del año en curso, escrita de fojas 22 a 25.”

donde señala que para tener por cumplida la medida de reclusión nocturna, es necesario que el beneficiario haya dado inicio al cumplimiento de la misma, a diferencia de las otras medidas alternativas³⁴.

Ahora ¿Qué sucedía cuando a un condenado se le tenía por cumplida una de estas medidas? ¿Debía tomarse esto en cuenta para tenerlo como reincidente?

La Corte de Apelaciones de Santiago, siguiendo a la escuela clásica, ha señalado al respecto que al sujeto no debía tenérselo por reincidente, ya que para serlo necesitaba de un cumplimiento efectivo de la pena, es decir, de un castigo cierto y que éste no haya sido suficiente para disuadirlo de cometer otros ilícitos³⁵. Reitera este criterio en los fallos, Rol 21.860-2004, Rol 10.731-2004 y Rol 8.878-2004, agregando como fundamento, que el artículo 92 del Código Penal corroboraba lo ya señalado, al relacionar el término “castigado” con el cumplimiento efectivo de la condena para los

³⁴ De igual forma un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, 25.07.2013, Rol 611-2013.

³⁵ Rol N° 15.962-2004, considerando 3. 17 de marzo 2006:

“Que la circunstancia que la aludida alternativa suspenda la ejecución de la sanción, impide, aunque se cumpla con el período de sujeción y se tenga por consumada la pena suspendida, se considere reincidente al que, en estas condiciones, vuelve a delinquir, por cuanto el fundamento de esta agravante radica, en el concepto clásico, en la mayor recidiva del hechor y para ello es condición sine qua non el cumplimiento efectivo de la pena, que demuestra que no ha sido suficiente para disuadirlo de continuar por la senda delictiva. El que se tenga por satisfecha la sanción es consecuencia de la verificación conforme de los controles por el período fijado, sin que se hubiese revocado la medida, pero en modo alguno puede sustituir, a fines agravatorios, el castigo de que habla la ley, que es pasar por la pena, vivenciarla. En consecuencia, el inculpado no tiene el carácter de reincidente.”

efectos de las agravantes de los N° 15 y 16 del artículo 12 del mismo código, ya que expresamente el N°15 exigía la existencia del castigo. Si bien todos los fallos mencionados hacen referencia a la medida de remisión condicional de la pena, se podría desprender que el mismo criterio podría haberse aplicado con la medida de libertad vigilada, ya que en ambas la pena impuesta se encontraba en suspenso, a diferencia de la reclusión nocturna, que implicaba un cumplimiento diverso pero efectivo de la misma.

Si bien es posible encontrar criterios diversos a éste, como en la causa Rol 23509-2001³⁶, siguió la anterior siendo la más reiterada y la que me parece más ajustada a derecho.

Con la modificación realizada al N° 15^a. Y 16^a del artículo 12 del Código Penal, esta discordancia de criterios cambió, ya que se cambió la frase de “haber sido castigado el culpable” a “haber sido condenado el

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 21.04.2004, Rol 23509-2001:

Vistos y teniendo además presente:

“Que, como quedó establecido en el fallo de primer grado, Michael Dumay fue condenado anteriormente por delito de manejo en estado de ebriedad a la pena de sesenta y un días de presidio, pena que le fue remitida y cumplida, lo que hace necesario dilucidar si tal circunstancia produce o no el efecto de tenerlo por reincidente por la comisión del nuevo delito, materia que según esta Corte se resuelve claramente en la ley. En efecto, y conforme al artículo 28 de la Ley N° 18.216, transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta. En consecuencia, si conforme a esta norma la pena anterior impuesta a Dumay se le ha tenido por cumplida por mandato de la ley, le perjudica la agravante del artículo 12 N° 16 del Código Penal.”

culpable”, así que ahora sólo se requiere de la condena del condenado y no del cumplimiento efectivo de la pena, para tener el carácter de reincidente.

La decisión de modificar el mencionado artículo 28, por la Ley N° 20.603, determinó el cese de esta problemática, porque en la actualidad la regulación legal comprende en términos generales la necesidad del cumplimiento de la pena sustitutiva, y para el caso de no ser así, se prevén consecuencias distintas según se trate de incumplimiento grave o reiterado u otros incumplimientos injustificados.

Así, una medida que llega a complementar lo anterior, fue la señalada por el artículo 24 de la Ley N° 18.216, ya que dispone que si el condenado no se presenta ante Gendarmería de Chile dentro del plazo de cinco días contados desde que la sentencia estuviere firme y ejecutoriada, éste organismo debe informar de ello al tribunal y con ésta información el juez puede despachar una orden de detención inmediatamente. Con esto precisamente se pretendió evitar lo señalado en párrafos anteriores, en el sentido de que el solo transcurso del tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas conlleva el cumplimiento de la pena, con la sola

exigencia de no haber sido revocado el beneficio; y, con ello, la posibilidad de burlar el espíritu de la ley.

Otra de las innovaciones que presentó la nueva Ley N°18.216, orientada en el mismo sentido, fue la creación de más audiencias, quedando así: las que se realizan para ver si se incumplió o quebrantó una pena sustitutiva; las de seguimiento, en caso de que se le haya impuesto al condenado la obligación de someterse a un tratamiento de rehabilitación por consumo problemático de drogas o alcohol; y las de revisión de las penas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, lo cual es reflejo del mayor control que se efectúa en el cumplimiento efectivo de estas penas.

Luego de la modificación de la Ley N° 18.216, el artículo 14 de ésta quedó de la siguiente manera: “La libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

La libertad vigilada intensiva consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una

intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.” La definición actual creo que es más acertada, ya que incluye como elemento fundamental de la pena la reinserción social, además de consagrarla como finalidad, que si bien la propia Ley N° 18.216, ya la consagra dentro de sus fines y, por tanto, debía entenderse integrada en todas las penas sustitutivas, no es menos cierto que es importante resaltar esta finalidad, por su relevancia en los términos de los principios que rigen en la ejecución de la pena y de estas penas en particular. Dicha finalidad, inclusive se encontraba regulada en la antigua Ley N° 18.216, sin embargo, una de las grandes críticas a las cuales se vio enfrentada esta ley, fue precisamente el hecho de que no se estaba cumpliendo con la finalidad de reinserción. Por lo mismo, en el proyecto de la Ley N° 20.603, se resaltó en todo el proceso legislativo, la intención de que una de las finalidades más importantes de ella era el de reinserción social. Es precisamente éste el objetivo del trabajo de los delegados de libertad vigilada y de libertad vigilada intensiva; con ello se destaca con precisión la orientación de su trabajo y le enmarca de cierta forma los parámetros de éste, en comparación con la redacción anterior de la ley. Si, en cambio, el objetivo principal de esta pena en específico no hubiese sido claramente expuesto en la

modificación, creo que la actuación de los delegados podría haber sido menos efectiva, en razón de prestarse posiblemente a diversas interpretaciones.

Con la modificación de la ley anteriormente señalada, se cambiaron ciertos términos como, por ejemplo, en la definición de libertad vigilada, de “condenado a penado”, y en la nueva pena de libertad vigilada intensiva se usó el término de condenado. No hay razón para que en la libertad vigilada se use el término de penado y para el caso de la libertad vigilada intensiva se use el de condenado, fue ilógico el cambio que se hizo a mi juicio, ya que si el poder legislativo quería cambiarle la denominación con la finalidad de poner énfasis en que se trata de una pena, no veo la razón de que no se haya mantenido también esta denominación en la intensiva, que es igualmente una pena y sin embargo se utilizó la antigua denominación de condenado. Estimo que se trató más bien de un simple error formal, más no de un error de fondo, que implique una diferencia en el espíritu de las redacciones de dichas definiciones.

Una de las cuestiones destacadas de la actual ley es la duración de la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Ahora su duración es

igual a la de la pena sustituida, a diferencia de lo que sucedía con la antigua ley, en donde se consagraba la posibilidad de alargar el período, pudiendo incluso llegar a seis años, siendo que uno de los requisitos para optar al beneficio de libertad vigilada era que la pena privativa o restrictiva de libertad no fuere mayor a cinco años, lo cual evidentemente iba en contra del principio de proporcionalidad, que supone una cierta relación entre el hecho punible y el castigo que se le impone al hechor, además de ir en contra de otros principios fundamentales del derecho penal, como el de necesidad de la pena, entre otros. Inclusive, aunque primara el fin retributivo de la pena, que si bien implica un castigo para el hechor, no es menos cierto que éste se aplica conforme al principio de proporcionalidad, ya antes mencionado, entonces, en definitiva se podría afirmar que lo que anteriormente se hacia era de cierta forma inconstitucional, por limitar ciertos derechos sin ninguna justificación razonable e ir en contra de ciertos principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico.

Además, la nueva ley contempla el término anticipado de la pena que puede ser solicitado por el delegados de libertad vigilada al juez de garantía, lo que se relaciona con cierta flexibilidad entregada a los delegados en el desarrollo de su trabajo como coadyuvantes en el proceso de reinserción de

los condenados, ya que si estiman que se han conseguido los objetivos planteados, resulta ineficiente e inútil continuar con la ejecución por el sólo hecho de cumplir con el período fijado, así la pena se justifica mientras haya necesidad, y, además, se traduce en una utilización de los recursos del Estado de una manera más eficiente.

La pena de libertad vigilada, al igual que antes de la modificación realizada por la Ley N° 20.603, se otorga principalmente a los sujetos que no tienen antecedentes penales o los llamados primerizos y no a personas que hayan sido condenadas por algún crimen o simple delito. Sin embargo, existe una gran excepción, en donde sujetos aun cuando hayan cometido algún crimen o simple delito anterior pueden igualmente acceder a esta pena y esto ocurre cuando estos crímenes o simples delitos hayan sido cumplidos 10 o 5 años antes respectivamente. Esto fue regulado por la nueva Ley N° 18.216 en el artículo 1 inciso final y en el artículo 15 inciso segundo N°1. El primero de éstos señala: “Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo delito”. Y el segundo de éstos señala: “Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán

para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena.” Lo que representa una innovación respecto a los requisitos que exigía la antigua Ley N° 18.216, en donde no existía dicha posibilidad, así que sí los sujetos habían sido condenados con anterioridad a alguna de estas penas no podían acceder al beneficio y esto ciertamente resultaba contradictorio con los fines esperados de la propia ley, como el hecho de ser una real alternativa a la pena restrictiva o privativa de libertad y así, reducir, de alguna manera la población penal. Es de destacar que a pesar de no contar estos con los requisitos, algunos acudían a una solución alternativa, invocando ya sea la prescripción de la acción los delitos cometidos o de las penas, provocándose como efecto la ficción de que nunca se hubiesen cometido los delitos y con ello podían acceder a este beneficio, lo cual se desprendía del Código Penal en su artículo 94, en donde se expresa que las penas de crímenes prescriben a los diez años, con excepción de los crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, que prescriben en 15 años, y las penas de simples delitos prescriben en cinco años, esto contado, según el artículo 98 del Código Penal, desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena.

Sin perjuicio de lo anterior, hay una normativa que adquiere gran relevancia en estos casos, ya que da la posibilidad de acceder a una pena sustitutiva, cumpliendo con ciertos requisitos, sin necesidad de esperar el tiempo señalado por la nueva Ley N° 18.216, esta es el decreto ley N° 409 (1932), que es el que otorga a los condenados el derecho a que por decreto supremo, se le considere como si nunca hubiese delinuido para todos los efectos legales y administrativos, luego de dos años de haber cumplido la pena en caso de una primera condena, y de cinco años, en el caso que ya hubiese sido condenado en más de una oportunidad, independiente del delito cometido. Con ello se le están dando más herramientas a los condenados para reinsertarse a la sociedad en iguales condiciones que el resto de los miembros y evitar la estigmatización luego de salir de prisión.

Ahora, la nueva Ley N° 18.216, a diferencia de lo que establecía la antigua, establece como requisitos para ejercer el cargo de delegado de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, que la persona posea el título de psicólogo o asistente social, otorgado por una universidad reconocida por el Estado o su equivalente. Si bien esto le da un carácter de mayor especialización y profesionalización en la ejecución de estas penas, no sé qué tan bueno sea el hecho de restringir a tal punto los profesionales

que pueden optar a dicho cargo, no se entiende la razón, por ejemplo, de dejar a sociólogos afuera, pedagogos, entre otros, que posiblemente igual podrían ser un aporte para la ejecución de estas penas.

Otra de las diferencias entre la antigua y la nueva ley, se da en cuanto a la habilitación para ejercer las funciones de delegado otorgada por el Ministerio de Justicia, antes se exigía idoneidad moral, lo cual era bastante subjetivo y podía llevar a una serie de arbitrariedades, ahora en cambio sólo se exige idoneidad y preparación, en la forma que determine el reglamento, subsanándose así, de cierta forma, los posibles conflictos asociados.

En el ámbito recursivo, la ley produjo una innovación importante. Antes la Ley N°18.216 en su artículo 25 sólo contemplaba el recurso de apelación para el caso que se revocara alguna medida alternativa, en consecuencia, nos enfrentábamos a una disposición bastante restrictiva. Esta disposición, por lo mismo, fue bastante criticada por los juristas, de hecho, no se estaba yendo en conformidad con los derechos básicos enunciados por el derecho internacional, como el derecho a recurrir, que es parte integral y fundamental del debido proceso. Ahora, este problema fue resuelto por la actual Ley N° 18.216 en el artículo 37, haciendo procedente el recurso de

apelación para todos los casos, esto es, en caso de conceder, denegar, revocar, sustituir, reemplazar, reducir, intensificar o en caso de decretarse el término anticipado de alguna de las penas sustitutivas.

Y, por último, la nueva ley eliminó la exigencia de satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, en la remisión condicional y libertad vigilada simple e intensiva, que si bien fue objeto de varios debates en el congreso, el ejecutivo justificó su eliminación por alejarse del fin de resocialización, además de su cuestionamiento de legitimidad normativa y por existir otros mecanismos dentro y fuera del proceso penal, tales como los acuerdos reparatorios y las demandas civiles, que cubrían en el fondo en parte este ámbito.³⁷ Lo cual representa un avance en términos de igualdad ante la ley, ya que ciertamente esta norma afectaba a las personas según sus condiciones económicas, así personas con un mejor estado económico difícilmente quebrantaban dichas condiciones, a diferencia de lo que sucedía con los que tenían una situación económica más desfavorable.

³⁷ Ministerio de Justicia, División de Defensa Social. Material para capacitación de la nueva ley N° 18.216. Marzo 2012. pp. 40-41.

1.3 Algunos problemas relacionados con la entrada en vigencia de la ley n° 20.603 en relación con la pena de libertad vigilada en sus dos modalidades.

Como es sabido, en nuestra legislación rige el principio de la irretroactividad de la ley penal, es decir, que una ley determinada rige los hechos que se generen durante su vigencia, esta es la regla general, al igual que en otras ramas del derecho. La excepción a esta regla, entonces, es la retroactividad de la ley penal, consagrada en los artículos 19 número 3 inciso octavo de la Constitución Política de la República de Chile, 18 del Código Penal y 9 del Pacto San José de Costa Rica, que permite que las leyes penales se apliquen a hechos sucedidos antes de su entrada en vigencia, lo cual se da en un solo caso, y es cuando la ley posterior sea más favorable al acusado. La determinación de la ley más o menos benigna debe considerarse en atención al caso concreto y no en el estudio abstracto de las disposiciones en contradicción, aconsejando que el tribunal debe entender como norma menos rigurosa, aquella que haga imposible la penalidad del acusado o de lugar a una pena menos grave, ya sea por la modificación de

los elementos constitutivos del tipo del delito; por las circunstancias calificantes o las condiciones objetivas de punibilidad; o porque introduce nuevas causas eximentes o atenuantes o suprime algunas agravantes; o porque modifique favorablemente la definición de tentativa o los grados de codelincuencia; o porque aumente el número de las causas extintivas de la responsabilidad criminal o acorte los plazos de prescripción; o altere, en sentido más benigno la graduación de las penas, su número, su entidad o su duración o el número y naturaleza de las penas accesorias; ya porque señale a un concreto delito un género de penas más benigna o de duración más breve, o bien en casos de leyes procesales penales, cuando éstas hagan imposible, por ejemplo, la punición del acusado o aumenten las garantías de su defensa.³⁸

Los problemas respecto de este tema se plantean con las leyes temporales, como cuando alguna ley es promulgada en una fecha, pero se fija a sí misma una fecha posterior para entrar en vigencia, porque ¿Qué sucede en los casos sucedidos entre que la ley es promulgada y entra en vigencia?, este precisamente es el caso de la Ley N° 20.603, que entró a modificar la Ley N° 18.216. Aquella se promulgó el 27 de junio de 2012,

³⁸ Jiménez de Asúa, citado por Cousiño en tomo I de su libro "Derecho Penal chileno", página 128.

pero en el artículo 8 señaló expresamente que las normas de esa ley entrarían en vigencia a contar de la publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones que, en virtud de aquella, debían ser incorporadas en el decreto supremo N°1.120 de 1984, del Ministerio de Justicia, reglamento de la Ley N° 18.216. Estas adecuaciones, según el artículo ya mencionado, debían efectuarse dentro de los dieciocho meses siguientes a la publicación de la nueva ley, lo cual se cumplió el 27 de diciembre de 2013. Sin perjuicio de lo anterior, el mismo artículo estableció un calendario gradual para determinados casos, como:

- La pena de libertad vigilada intensiva, entraría a regir con fecha 27 de diciembre de 2013. Sin embargo, su control mediante monitoreo telemático, sólo se efectuaría respecto de aquellos sujetos a quienes se les hubiese sustituido la pena privativa de libertad impuesta y cuya duración fuera superior a cuatro años y no excediera de cinco.
- El control mediante monitoreo telemático comenzaría a regir respecto de todos los casos del artículo 15 bis, letra b), de la misma ley, transcurrido un año desde la publicación de las adecuaciones, es decir, desde el 27 de diciembre de 2014.

Entonces, ¿Qué pasó con el periodo intermedio? ¿Cuál ley era la que regía? ¿Qué pasaba si la ley penal nueva era más favorable que la anterior? O por el contrario ¿Qué pasa si la actual ley era más estricta y menos beneficiosa que la ley anterior? Bueno hay diversas posiciones que se han adoptado para poder resolver este tipo de problemas. Algunos autores son de la opinión de que una ley mientras no esté en vigencia no puede producir ningún efecto, es decir, seguiría rigiendo la ley anterior. Uno de los argumentos que se da es que tanto la Constitución como el Código Penal hacen alusión al acto promulgatorio y que éste tendría el sentido de vigente. Mientras otros son de la opinión de que la ley existe desde el acto promulgatorio y no desde su publicación, tal como lo reconocería nuestra Constitución en sus artículos 72 y 75.

De este problema que se formó, luego de que la Ley N° 20.603 se publicará, se puede encontrar amplia jurisprudencia, en donde se adoptan ambas posturas, así que en el capítulo número 4 me referiré a algunos de estos fallos dictados, para así entender y analizar en mayor profundidad los criterios más aludidos.

1.4 La nueva ley n° 18.216 ¿es amplia o restrictiva?

Si bien es difícil señalar cuando entendemos que una ley es más bien amplia o restringida, en éste caso, aun cuando hay algunas disposiciones en las que se puede ver claramente una innovación en relación a la antigua legislación, en términos generales diría que la nueva ley 18.216 es más restrictiva que amplia, inclusive, en algunos puntos más que la anterior. Con anterioridad no se restringía, por ejemplo, la aplicación de la medida de libertad vigilada a ciertos delitos, sino que la restricción era sólo en cuanto a la duración de la pena, que era de dos a cinco años, ahora en cambio, el margen para decretarla está dado por ambas cuestiones. Lo mismo ocurre con la pena de libertad vigilada intensiva, existen muchas restricciones a distintos tipos de delitos, exclusivamente los de connotación sexual y los que se cometen bajo el contexto de violencia intrafamiliar, además, se aumentaron los requisitos y condiciones, generando más dificultades para acceder a ella. De hecho, en el artículo 1 de la ley se amplía el catálogo de delitos respecto de los cuales no proceden las penas sustitutivas, en algunos casos respecto de todas estas penas, y en otros, respecto de una pena en particular.

Ahora bien, si lo que se quería con esta nueva ley era ampliar el espectro de penas, ¿Por qué tanto la pena de libertad vigilada como la pena

de libertad vigilada intensiva son más restrictivas y más exigentes con los requisitos para poder acceder a ellas?

Lo anterior también se puede ver reflejado en que estas penas sustitutivas se establecen en general para reemplazar el cumplimiento de penas privativas de libertad cortas ¿Por qué no penas medianas y largas?, si lo que se pretendía era la diversificación y acabar con el problema de hacinamiento de las cárceles, estimo que no existe argumento plausible ni racional que permita llegar a la conclusión de excluir dichos delitos. Es más por los buenos resultados que han arrojado las medidas alternativas y penas sustitutivas, no sólo en nuestro país, sino en el ámbito internacional, se debiese ampliar su aplicación y no restringirla, dejando sólo para los delitos más graves la pena de prisión, lo cual iría conforme, por lo demás, con el principio de ultima ratio.

Lo restrictivo, es demostrable también, en el hecho que se deja fuera de estas penas sustitutivas a los reincidentes, no existe posibilidad alguna para ellos, salvo cuando haya transcurrido desde el cumplimiento de la condena anterior por crimen o simple delito, diez o cinco años, respectivamente, y como, lamentablemente, la tasa de reincidencia no es

menor, esto genera que ingresen una gran cantidad de personas a prisión, aun cuando se trate de delitos menores. Sería mucho más recomendable, que en el momento de la sentencia se considerara sólo el hecho delictual cometido en esa oportunidad, porque si no, lo que se hace de cierto modo, es agravar la condena de una persona, al no olvidar jamás lo que en algún momento realizó, aun cuando haya cumplido efectivamente una condena anterior, y quitándole cada vez más posibilidades para optar a las distintas penas, lo que llevará necesariamente a una pena privativa de libertad. Como dice Vivian Stern se “Requiere que los jueces y magistrados condenen a las personas por el delito cometido, y no en razón de sus antecedentes; un delincuente no debería recibir una pena más larga o más severa en razón de ser reincidente”³⁹ De cierto modo nos hemos convertido en una sociedad meramente castigadora, que no reconoce límites importantes para que un sistema democrático de derecho funcione correctamente.

Es por esto mismo que no se ha mejorado la condición de hacinamiento de nuestras cárceles, estas penas sustitutivas sólo se están aplicando a personas no reincidentes que han cometido delitos menores.

³⁹ Stern, Vivian, “ Las alternativas a la privación de libertad en Gran Bretaña”, Cuadernos de Análisis jurídico N°24, UDP, Marzo 1993.

Entonces, de no existir estas reglas tan restrictivas, gran parte de la población penal podría estar cumpliendo con alguna de estas penas sustitutivas y el índice de encarcelamiento disminuiría considerablemente.

Ahora, respecto a los condenados que se les ha otorgado la pena de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva y que presenten problemas de consumo de drogas o alcohol, también existe una norma bastante restrictiva al respecto, en el artículo 17 bis de la Ley N° 18.216. Para que el juez pueda cumplir con la obligación estipulada en el inciso primero del mismo, esto es, el imponer en la sentencia la obligación al condenado de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de dichas sustancias, necesita que los intervinientes le soliciten durante la etapa de investigación que se efectúe una evaluación al condenado, con la finalidad de determinar si presenta o no un consumo problemático de drogas o alcohol. Entonces, ¿Qué sucede si los intervinientes no la solicitan? ¿Qué pasa si no lo hacen en la etapa de investigación? Se desprende de la norma que precluiría su oportunidad para hacerlo y, por ende, en estos casos el condenado se quedaría sin posibilidad de rehabilitarse. Lamentablemente la ley no se pone en estas situaciones y no hace más que limitar la actividad de los intervinientes, además de resaltar la pasividad del juez.

En consecuencia, lo único que se está haciendo es alejarse de las finalidades que querían cumplirse al momento de modificar esta ley, como diversificar las penas alternativas, que efectivamente la pena de prisión fuera aplicada a un menor número de personas en caso de delitos mayores y cuando fuese estrictamente necesario, entre otras, en vez de acercarse al cumplimiento de las mismas.

Desde la segunda mitad del siglo XIX, en el ámbito internacional se ha generado la tendencia de suprimir gradualmente las condiciones restrictivas de la pena de libertad vigilada, como las relacionadas con la edad, con la naturaleza del delito o con los antecedentes penales, esto por los buenos resultados obtenidos con ella, además de las exigencias de nuevos parámetros internacionales, en donde cada vez se cuestiona más la aplicación de las penas privativas de libertad. Incluso se advierte esta tendencia en los distintos congresos internacionales, como los celebrados por Naciones Unidas en Estocolmo, Kioto, Ginebra y Caracas ¿Por qué entonces Chile no está siguiendo esta tendencia internacional y, por el contrario, ha ido restringiendo cada vez más su aplicación? Es necesario recordar que nuestro país ha formado parte de estos congresos, y, por tanto,

debería realizar una serie de conductas tendientes al cumplimiento de estas recomendaciones internacionales

Puede que exista un problema con nuestro país, en el sentido a que sea reticente a los cambios más profundos, que implique inmiscuirse en sus valores más tradicionales, provenientes de una cultura de antaño, existiendo así, por un lado, un interés por el cambio, a adaptarse a nuevos enfoques, principios y políticas internacionales, pero, por el otro, la intención de mantener ciertos textos de nuestra legislación, lo que impide ciertamente un avance en estos términos, como, por ejemplo, nuestro Código Penal, basado en el principio de retribución de la pena, generándose una suerte de contradicción con los intereses de un país más moderno y acorde con los principios de un sistema democrático de derecho, entonces, es necesario que se tomen decisiones que impliquen una reforma de fondo, un ordenamiento jurídico coherente con las nuevas exigencias de la política criminal actual, ya que sólo así se podría llegar a un óptimo funcionamiento del sistema de penas.

1.5 Las modificaciones hechas por la Ley N° 20.603 ¿fueron más positivas efectivamente? Algunas posiciones.

En términos generales, creo que las modificaciones que se realizaron por la Ley N° 20.603 no fueron del todo positivas. En efecto, se priorizó bastante la seguridad social, esto fue en gran parte consecuencia de la presión existente en nuestra sociedad, que piensa que lo único que funciona ante la delincuencia es la pena de prisión, percibiéndola como la única sanción viable, siendo que, contrariamente, en términos reales se ha demostrado por diferentes estudios que esto está lejos de ser así y que, de hecho, no existe una relación directa entre la disminución de los delitos con la existencia de penas privativas de libertad. Lo anterior puede verse reflejado en el aumento de los requisitos para que una persona condenada pudiera acceder a alguna de dichas penas, también se dejaron fuera del ámbito de estas penas varios delitos, etc. En consecuencia, lo que por una parte hizo la ley fue restringir el acceso a estas penas, con lo que no sólo no soluciona el problema del hacinamiento carcelario, sino que a la vez no permite que se concreten algunos de los fines pretendidos por la misma ley, como la diversificación de la respuesta sancionatoria hacia el delito. Sin embargo, por otra parte, como vimos con anterioridad, también realizó varias innovaciones al respecto, como el hecho de que se mejoraron los

sistemas de control en el cumplimiento de las penas, las limitaciones a la duración de las mismas, mejoro el sistema recursivo, las consecuencias en caso de revocación de una pena, la posibilidad de reducción del período contemplado para la ejecución de éstas, entre otras.

Según Mario Araya Flores, el proyecto de la Ley N° 20.603 estaba orientado, primero, hacia la eliminación de la sobrepoblación penal y el aumento de control del cumplimiento de las penas sustitutivas, dejando un tanto abandonado los procesos de reinserción. En un segundo aspecto indica, que el proyecto si bien aumentaba la oferta de cumplimientos alternativos, restringía por vía de requisitos el acceso a los mismos. Y por último destaca la sobrecarga al sistema judicial, al establecer la competencia de la ejecución y las respectivas audiencias en los Juzgados de Garantía, quienes se recargan ya con materias que le son propias. Esto, sumado la falta de especialidad de los jueces en estas materias, haría necesario retomar la discusión acerca de la implementación de los tribunales de ejecución y defensas especializadas en ello.⁴⁰

⁴⁰ Modificación a la ley N°18.216 ¿Solución o Maquillaje?, Mario Araya, pág. 117 y 118.

En una intervención realizada con fecha 5 de abril de 2011, por el profesor de Derecho Penal don José Luis Guzmán Dalbora, a la Comisión de Constitución, sostuvo que “De ahí que lo recomendable sea la total renuncia a las penas cortas, de suerte que jamás, ni siquiera en supuestos de reincidencia, el autor de infracciones menores tenga que sufrirlas, sino otras de diversa naturaleza o que afecten la libertad más sin fijar continuamente la posición del sujeto en el espacio”⁴¹. Destacó, también, que la Ley N° 18.216 si bien había representado un avance en la lucha contra tales penas, se había quedado a medio camino en cuanto no propuso acabar con ellas, sino sólo reemplazarlas en el caso concreto por unos sustitutivos basados en la idea de que los antecedentes del condenado, la naturaleza y modalidades del delito que perpetró y su conducta anterior y posterior a éste, permitan presumir que no volverá a delinquir, o que la mera imposición del sustitutivo lo disuadirá de cometer nuevos delitos o, en fin, que el tratamiento en libertad es adecuado para readarparle y socializarle. Manifestó que el proyecto original sus indicaciones no se hacen realmente cargo del problema de fondo: la crisis de la prisión, cuestión conocida de

⁴¹ Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Pág 80.

antiguo y que afecta muy especialmente a las penas cortas y largas de privación de libertad. Como muy bien señaló el profesor esto debió ser modificado por la nueva Ley N° 18.216, sin embargo, se continuó restringiendo la aplicación de las penas principalmente a personas que comen delitos por primera vez, dejando fuera a reincidentes, no solucionándose los problemas que conllevan las penas privativas de libertad. De hecho la solución que supuestamente se venía a dar con las penas sustitutivas no sería tal, ya que basta con que la persona haya cometido algún crimen o simple delito anterior para que no pueda acceder a alguna de estas penas y, por ende, termine ingresando al sistema carcelario.

En resumen, estos autores concuerdan en que finalmente las modificaciones realizadas a la Ley N° 18.216 se quedaron a medio camino en cuanto a los objetivos que querían plasmarse en éstas, no solucionándose varios de los problemas acaecidos hasta esa fecha, con lo que queda claro que se necesitará de más de alguna reforma.

Capítulo III

FINES DE LA LEY N° 18.216 ¿ES POSIBLE SU CONCRECIÓN CON LA PENA DE LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA?

1.1 Del de fin de la pena. Teoría de la prevención especial. Finalidad acogida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Una de las tareas del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos, al igual que mantener la paz social. Desde los inicios del Derecho Penal que se ha intentado dar una respuesta a las interrogantes ¿Por qué se debe penar? y ¿Para qué se debe penar? a esto precisamente nos estamos refiriendo cuando hablamos del fin de la pena, entonces, en definitiva lo que se debe preguntar para saber cuál es la finalidad de la pena es ¿Qué efecto tiene que cumplir la pena para cumplir con la misión del Derecho Penal?, en razón de ello es que surgieron las llamadas teorías de la pena. Dentro de éstas teorías se pudieron distinguir dos corrientes importantes: las teorías absolutas de la

pena y las teorías relativas de la pena. Para las primeras, la pena será legítima mientras haya una retribución a la lesión provocada culposamente. Basan su legitimidad en si la pena es justa o no, es decir, dependerá del concepto de justicia imperante en cada sociedad. Para las segundas, en cambio, la pena será legítima mientras obtenga un determinado fin, en otras palabras, mientras sea útil socialmente. Se le llama teoría preventivo general de la pena, si es que ese fin va dirigido hacia la generalidad, esto mediante una intimidación o amenaza para que los potenciales infractores de la ley se inhiban de cometer delitos. En consecuencia, ésta opera con anterioridad a la comisión de delitos en particular. Se le llama teoría preventivo especial, si es que ese fin va dirigido contra el autor del delito para que éste no reitere su comportamiento. En este caso, a diferencia del anterior, entra en funcionamiento luego de que se haya cometido un delito en particular, ya que va dirigida contra el autor del delito cometido. Ahora, también está la teoría llamada de la unificación o eclécticas, que como se desprende de su denominación, combina las teorías anteriores y, en cierta forma, viene a solucionar la lucha entre dichas escuelas. Consideran la retribución, la prevención especial y la prevención general como fines de la pena que se persiguen simultáneamente y que ninguna de ellas pueden

determinar por si solas el contenido y los límites de la pena. Con ella se llega a un modelo de Derecho Penal entendido al servicio de la función de la prevención, aunque limitada ésta por las ideas de proporcionalidad y/o culpabilidad⁴².

Si bien, primaron durante un gran periodo las teorías absolutas de la pena, estas fueron quedando de lado, dando paso a las teorías relativas de la pena, especialmente, a la teoría de la prevención especial. Ésta última se perfeccionó en la época de la Ilustración y luego, desde el año 1975, aproximadamente, se produce un cierto abandono de la idea de resocialización imperante, entonces, fue disminuyendo su influencia ante la teoría de la retribución, sin embargo, ésta retomó sus fuerzas a partir de la segunda mitad del siglo XIX con ayuda del penalista FRANZ V. LISZT. Según este autor la prevención especial puede actuar de tres formas:

- 1) Asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos.

⁴² Mir Puig, Santiago, "El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho", Capítulo 2: Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva, Barcelona, Ariel, 1994, pp.129-140.

2) Intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos.

3) Y preservándole de la reincidencia mediante su corrección.

Fue así que en su programa de Marburgo exponía un tratamiento de los delincuentes, diferenciando según el tipo de autor:

-La inocuización del delincuente habitual de quien no se puede conseguir que desista ni que mejore;

-La intimidación del mero delincuente ocasional;

-Y la corrección del autor corregible, que en un lenguaje técnico significa la resocialización.⁴³

La pena no tiene la misión de practicar la compensación de culpabilidad por razón de sí misma, sino que sólo está justificada cuando a la vez se manifiesta como un medio necesario para el cumplimiento de la tarea de protección preventiva del Derecho Penal⁴⁴

⁴³ Roxin, Claus, "Derecho Penal: parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito", Primera edición, Editorial Civitas, Madrid, año 1997, Pág.85 y 86.

⁴⁴ Ob. Cit. Pág.87.

Hoy en día en el ámbito internacional se consagra como finalidad esencial de la pena la reinserción social del individuo, es decir, se ha acogido la teoría preventivo especial. Esto, por ejemplo, se desprende de lo señalado por el artículo 10 número 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “Que el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados.” Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también denominada, Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 5 número 6 señala: “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Ahora, ¿Qué es lo que sucede en nuestro país? Por medio de la aplicación del artículo 5 inciso segundo de nuestra Constitución Política de la República, se hacen plenamente aplicables los tratados recién aludidos y no sólo ellos sino que todos los que han sido ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Éstos tienen un rango supra legal, es decir, tienen un rango superior al que tiene la ley y, por tanto, en caso de alguna contradicción entre los tratados y las leyes internas e, inclusive, para la interpretación correcta de las normas que rigen en Chile, se debe estar a lo consagrado por los tratados. En consecuencia, podemos señalar que en Chile las penas con

fines resocializadores tienen validez y sustento constitucional. Partiendo de esta base, toda nuestra legislación, entonces, debiese estar orientada a dicha finalidad. Lamentablemente esto no ha sido así, es más, es muy precaria la legislación en el ámbito de la ejecución de la pena, que es donde rige con más fuerza esta teoría, el único ejemplo en donde se ve mejor reflejada esta finalidad es precisamente en la actual Ley N° 18.216, de hecho en el proyecto de ley de ésta, en una de las indicaciones realizadas por el ejecutivo a la cámara de diputados se expresó lo siguiente: “La necesidad de establecer políticas eficaces en materia de seguridad ciudadana impone que el Estado centre sus esfuerzos no sólo en soluciones de prevención general, sino también en el uso eficiente y racional de su potestad punitiva.

De esta forma, las políticas de seguridad deben considerar **fines preventivos especiales** que permitan aplicar la pena en forma diferenciada, ponderando adecuadamente la necesidad de la sanción que en cada caso se impone.”⁴⁵

Es ahí la relevancia que adquiere esta ley, ya que es la que permitiría la consecución de este fin de reinserción social.

⁴⁵ Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Pág. 42.

1.2 Fines de la ley n° 18.216. Enumeración y breve desarrollo de cada uno.

La introducción de las penas sustitutivas a nuestra legislación respondió a una política criminal en donde lo que se priorizó fue la función resocializadora de la pena por sobre el mero castigo. La necesidad de reforzar la seguridad pública, hizo indispensable modificar la ley, a fin de que constituyera una herramienta eficaz en el ámbito preventivo especial, promoviendo la reinserción social y, al mismo tiempo, evitando la comisión de delitos⁴⁶.

Ya en una de las indicaciones realizadas por el ejecutivo al proyecto de ley que modificaría la Ley N° 18.216 enviado a la cámara de diputados de nuestro país, se decía que se buscaba “robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo en un mecanismo de sanción que opere de manera eficaz y efectiva en el control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y dar

⁴⁶ Referencia sacada de “Normas técnicas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva” del Ministerio de Justicia. División de Reinserción Social: Gendarmería de Chile, Subdirección Técnica, Departamento de Reinserción Social en el Sistema Abierto, primera edición, Santiago de Chile, 2013, Pág.75.

protección a las víctimas”⁴⁷. Según el informe elaborado por la Comisión de Constitución, el problema de la reincidencia se abordaría de dos formas: uno, instando por la reinserción social de los condenados, lo que se materializaría por medio del acceso oportuno y efectivo a tratamientos de quienes presenten consumo problemático de drogas y alcohol y, con atención crecientemente especializada. Dos, intensificando el control de las medidas, de manera tal que el condenado tuviera conciencia de dicho control y entendiera que el quebrantamiento o la comisión de nuevos delitos, serían advertidos por la autoridad y consecuentemente sancionados.

48

Igualmente, dentro de los antecedentes generales del proyecto, se hizo alusión al rol que deberían tener las llamadas medidas alternativas:

Primero, como una real herramienta en el ámbito preventivo especial, es decir, en el ámbito de reinserción y, segundo, como una arma efectiva contra el delito.

⁴⁷ Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, pág. 19.

⁴⁸ Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Pág. 68.

Los objetivos mencionados anteriormente se mantuvieron y quedaron plasmados en el proyecto definitivo, pudiendo resumirse en cuatro principalmente:

1) Favorecer la reinserción social de las personas condenadas.

Esta es la finalidad principal de la nueva Ley N° 18.216, que como ya lo he señalado con anterioridad, ha sido consagrado no sólo en múltiples instrumentos internacionales sino también en nuestra legislación. De hecho, en las últimas décadas ha sido parte de la política en todos los estados de derecho, lo de humanizar las penas y de generar una respuesta más útil a los delitos cometidos, dejando las penas privativas de libertad para los casos más graves y estrictamente necesarios, debido a las paupérrimas condiciones que se presentan en aquellos lugares en donde se cumplen esta clase de penas y al fracaso que han tenido en términos de reinserción social. Estudios, igualmente, que han demostrado un buen resultado en términos de no reincidencia en casos de penas que se cumplen en libertad, en donde no se producen los problemas que genera el encierro en un recinto penitenciario. Todo lo anterior, sumados a otros factores ha hecho que se estén

tomando políticas públicas orientadas principalmente con esta finalidad, encontrando en esta la única salida respecto de los delitos.

2) Generar un control efectivo en el cumplimiento de las nuevas penas sustitutivas. Ante los graves y reiterados incumplimientos que se generaban en el marco de la antigua Ley N° 18.216, sumado a los pocos medios de control existentes, se llegaba a una situación bastante desfavorable en términos de eficacia de esta misma. Fue por ello que se reforzaron y agregaron distintos tipos de control. En el caso específico de la pena de libertad vigilada intensiva, se crearon nuevos funcionarios, los delegados de libertad vigilada intensiva, a los cuales se les entregó múltiples funciones, entre ellas una de las más importante es en términos de control en la ejecución de esta pena, son los que fiscalizan el cumplimiento del programa creado para el condenado, así que son fundamentales para la eficacia de la pena. También se generaron mayores instancias para que el juez de garantía competente realizara controles a esta pena, como las distintas audiencias a las que puede y debe citar para estos efectos, etc. Lo último que se

destaca en términos del control de esta pena en especial, es la innovación realizada, al incluirse al sistema de monitoreo telemático como sistema de control, que busca principalmente controlar de manera efectiva el cumplimiento de las prohibiciones de acercamiento decretadas, el que sí bien ha sido bastante cuestionado por algunos por el hecho de que vulneraría ciertos derechos fundamentales, se ha implementado ya en muchos países.

3) Proteger a las víctimas. Ante el aumento de la victimización presentada durante los últimos años, la sensación de impunidad presente en las víctimas frente a los delitos cometidos, críticas constantes de la sociedad hacia los jueces por aplicar mano blanda, la inseguridad y temor de las personas ante el fenómeno de la delincuencia, surgió la necesidad de que el proyecto definitivo estuviese orientado a una mayor seguridad social y en especial de las víctimas, quienes son las directamente afectadas con los delitos. Fue en base a esto que, primero, se cambió la denominación de medidas alternativas a penas sustitutivas, para dejar en claro a la población que no se trataban de beneficios

entregados a los delincuentes, sino de verdaderas penas que tienen un cumplimiento diferente de lo que se entiende tradicionalmente, y, segundo, se aumentaron los controles en el cumplimiento de estas penas y las reacciones ante el incumplimiento de ellas. En el caso específico de la pena de libertad vigilada intensiva, la consideración a la víctima adquiere gran relevancia, quizás más que en cualquier otra pena sustitutiva, lo que obviamente va en conformidad con los delitos cometidos, en especial por los delitos cometidos bajo el contexto de violencia intrafamiliar y delitos contra la indemnidad sexual, así que se establecen exigencias adicionales como, por ejemplo, prohibición de acercarse a ciertos lugares o personas y, además, se establece como uno de los mecanismos para garantizar su eficacia, el sistema de monitoreo telemático. De hecho, la misma Ley N° 18.216 en su artículo 23 bis inciso tercero, en donde hace referencia respecto de que delitos procede el monitoreo, expresa en su parte final: “Para decretarlo, el tribunal tendrá en cuenta las circunstancias de comisión del delito y especialmente las necesidades de protección de la víctima.”

4) Y por último, hacer un uso más racional de las penas privativas de libertad. Como es sabido, desde ya hace un tiempo que las penas privativas de libertad están en medio de una crisis, no han sido herramientas eficaces para desincentivar la comisión de futuros delitos, esto sumado a los altos índices de encarcelamiento y a los problemas que ello implica, llevó a que el proyecto definitivo de la ley consagrara como idea el darle un uso más racional a las penas privativas de libertad, en donde éste tipo de penas no fuera la única alternativa frente a los delitos y se hiciera mejor uso del poder punitivo estatal, de manera que las penas privativas de libertad se aplicaren a ciertos delitos, considerados los más graves para la sociedad y como última respuesta. Esto se puede ver reflejado en las nuevas penas creadas por la misma, como por ejemplo la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la pena de libertad vigilada intensiva, que se supone que operan como respuesta a delitos menores, de corta duración, y también, al consagrar mecanismos para el reemplazo de algunas penas sustitutivas por otras de menor gravedad en el caso que se cumplan las condiciones determinadas

por la propia ley e, inclusive, al dar la posibilidad de cambiar el cumplimiento de una pena privativa de libertad por una pena sustitutiva, específicamente la de libertad vigilada intensiva, que es lo que sucede con la llamada pena mixta.

La relevancia de la Ley N° 18.216 puede ser considerada capital, ya que consagraría la utilidad de la pena para el sujeto, con miras a la reinserción social del mismo.⁴⁹

1.3 Del fin de reinserción social como fundamental.

Se ha sostenido que la ejecución de las penas debe informarse por dos principios fundamentales:

El principio de reinserción: en virtud del cual se intenta superar lo que se ha considerado el eterno fracaso de las pretensiones resocializadoras de la pena. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión hacer buenos a los hombres, pero si puede, en cambio, trata de

⁴⁹ Valenzuela, Jonatan, Seminario: Reinserción Social y Seguridad Pública, "Análisis del objetivo de la reinserción social en la ejecución de las Medidas Alternativas a la Reclusión contempladas en la ley N°18.216, Departamento de Estudios y Proyectos, Defensoría Penal Pública, Santiago, Septiembre 2007, Pág.10.

conocer cuales son aquellas carencias y ofrecerle al condenado ciertos recursos y servicios de los que se puede valer para superarlos.

El principio de normalización social: este principio apunta a que el castigo sea un reflejo de la sociedad libre. Este principio busca la humanización de la experiencia de la pena en el sujeto asimilando a los aspectos positivos de la vida en libertad el hecho de padecer el reproche penal.⁵⁰

La actual Ley N° 18.216 parte de la base que el concepto de reinserción social es ampliamente conocido y que está plenamente integrado en la conciencia social, por lo que no se dedica a definirlo, sólo hace mención de éste en muchas de sus disposiciones, de las cuales se pueden sacar ciertos elementos sobre los cuales debe darse la reinserción social. Siendo esto así, para comprender mejor la finalidad de la ley es que hay que recurrir a las ciencias sociológicas, que es a la que le corresponde esta tarea.

El término de reinserción se emplea cuando se quiere dar cuenta de la situación de integrar nuevamente en la sociedad o comunidad a aquel

⁵⁰ Ob.cit. Pág.11.

individuo que por una determinada razón se encontraba viviendo por fuera de la misma. La mayoría de las veces esa razón se debe a un accionar delictivo. Para ello la mayoría de los países disponen de los llamados programas de reinserción, el mismo se ocupará que quien así lo quiera pueda reinsertarse como un individuo nuevo en la sociedad, por supuesto, tal cuestión implicará una voluntad positiva del individuo y también una serie de alternativas que el mismo Estado le proveerá para que pueda llevar a buen puerto la mencionada reinserción.⁵¹ Entonces, es deber del Estado poner a disposición de los individuos las herramientas necesarias para tener la posibilidad cierta de reinsertarse socialmente, como profesionales, educacionales, psicológicas, entre otras. Pero es opción para el individuo tomar dichas herramientas, ya que se trata de un derecho y no una obligación, así que el individuo es libre para ejercerlo. Por tanto, deben concurrir ambas cosas para que exista la posibilidad cierta de que se reintegre a la sociedad, es decir, las herramientas entregadas por el Estado y la voluntad del individuo, faltando una de ellas no será posible la anhelada reinserción social.

⁵¹ www.definicionabc.com/social/reinsercion.php

Como sabemos, en la ejecución toma primer plano la teoría de la prevención especial. Y “La teoría preventivo especial sigue el principio de resocialización”. Según Claus Roxin, “Ésta cumple extraordinariamente bien con el cometido del Derecho Penal, en cuanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del principio del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento que ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución.”⁵²

Hay que recordar que con la teoría de la retribución, lo que se hacía era imponer un castigo por el mal cometido, independiente de si con ello se conseguía algún beneficio para la sociedad, ya que lo importante era simplemente aislar al individuo por un tiempo determinado de la sociedad y así mantener una cierta tranquilidad momentánea, se trataba más bien de una solución parche, como se dice comúnmente, más que una de fondo, que

⁵² Roxin, Claus, “Derecho Penal: parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Primera edición, Editorial Civitas, Madrid, año 1997, Pág. 87.

produjera cambios reales a largo plazo y en beneficio de la sociedad misma, puesto que al no consagrarse ninguna finalidad al imponer una sanción, se genera como consecuencia, que ésta se vuelva inútil. Entonces, lo que va más acorde con un Estado de Derecho como el nuestro, es precisamente, visualizar a toda persona integrante de una sociedad como alguien importante, que puede aportar a ésta y no lo contrario, por lo mismo, es el Estado quien debe generar estas posibilidades para todas las personas que la integran, y así formar una sociedad mejor y más justa, respetando los derechos de toda persona. Al parecer la que se acercaría más a este cometido sería la teoría preventivo especial, que es la que permite equilibrar las tareas del Derecho Penal, que son: proteger bienes jurídicos trascendentes de la sociedad, dar seguridad a la población y ayudar al individuo que cometió algún delito para que vuelva a reintegrarse socialmente y no vuelva a cometer nuevos hechos delictuales.

Inclusive, a la luz de los tratados internacionales y de la legislación más representativa de los Estados democráticos contemporáneos, que se fundan en el valor superior de la dignidad de la persona humana, es dado afirmar que uno de los fines primordiales de la pena, sin perjuicio de sus propósitos preventivos y retributivos, es la resocialización del condenado.

En efecto, es posible señalar que sólo son compatibles con los derechos humanos las penas que tiendan a la resocialización del infractor de la ley penal, mediante su incorporación a la sociedad como un sujeto que la engrandece.⁵³

Ahora bien, no hay que olvidar que la ejecución es la tercera y última fase de la jurisdicción, indispensable para lograr la paz social en una sociedad. En consecuencia, implica la necesidad de la participación de un juez, que resguarde de la mejor manera los derechos de las personas intervinientes y la existencia de un proceso de ejecución propiamente tal. En nuestro país aún estamos lejos de cumplir con este cometido, de hecho, esta etapa está a cargo de una institución administrativa, Gendarmería de Chile. Teniendo en cuenta esto, es muy difícil que el fin de reinserción se concrete, debido a, entre otras cosas, que el marco regulatorio es principalmente reglamentario y débil, e igualmente, muchas de las decisiones son tomadas al arbitrio de las personas encargadas, que, sumado al escaso control que existe sobre las penas, nos lleva a un sistema de ejecución bastante precario. Sin embargo, con la modificación que se

⁵³ Escobar Gil, Rodrigo, "Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad", Derecho y Humanidades, N°18, 2011, Pág.42.

realizó a la Ley N° 18.216, se aportó de cierta manera al déficit que había en esta fase, al menos en lo relacionado con las penas no privativas de libertad, como por ejemplo, en el ámbito de control de estas penas, la intervención de profesionales, como sucede con los delegados de libertad vigilada y de libertad vigilada intensiva, e, inclusive, del juez de garantía competente, asimismo, se aumentaron las oportunidades para ejercer los derechos que le corresponden al ejecutado, entre otras, es así, que al menos los que accedan a este tipo de penas, tendrán ciertamente más posibilidades de reinserción que los que no.

1.4 Factores que favorecen la reinserción con la pena de libertad vigilada intensiva. Tratamiento.

Si hay una diferencia importante entre la pena de libertad vigilada intensiva y las demás penas sustitutivas, es precisamente porque es la que tiene la mayor probabilidad de conseguir el fin primordial de la pena, que es la reinserción social del condenado. Esto se debe principalmente a los factores que la configuran y que son fundamentales para la concreción de

dicho fin. Por lo mismo, es importante hacer mención de estos factores y analizarlos.

Uno de los factores que favorece ciertamente a la reinserción de la persona condenada y que caracteriza a la pena de libertad vigilada intensiva, es que esta se cumple en el medio libre. Con ello se cumple con el mandato Constitucional y también con la normativa internacional, en donde se expresa claramente que las penas implican una privación o limitación de algún derecho del individuo, pero que ésta debe ser acorde con el delito que se cometió, y no puede privarse al individuo de los demás derechos, sino sólo de los que son necesarios para que se resguarden el interés de la sociedad. También se cumple lo ordenado por la propia Ley N° 18.216, porque hay que recordar que una de las finalidades que consagra es la racionalización de las penas privativas de libertad. Este factor que tiene esta pena y que comparte con las demás penas sustitutivas, evita los problemas que conllevan las penas privativas de libertad, como el aislamiento del individuo, el hacinamiento y las condiciones precarias, la estigmatización, pérdida de trabajo, educación u oficio si es que tenía, alejamiento del núcleo familiar y amistades, en fin, múltiples problemas asociados. Asimismo, aumenta la confianza del individuo, ya que se le da espacios libres para que

realice ciertas actividades que son de su agrado, para compartir con su familia, amistades y también para cumplir ciertos deberes que se le imponen.

Otro factor importante es la especialización que presenta esta pena, en cuanto al personal a cargo de la ejecución de ésta y en cuanto a los programas que están a disposición de los condenados a esta pena. Están los profesionales destinados a la tarea de ayudarlos en este camino hacia la reinserción social, que son los delegados de libertad vigilada intensiva, y son del que definen los programas a realizar acorde con el perfil de cada individuo en particular, consagrando los objetivos claros que se pretenden cumplir a través de la pena, además de participar activamente en este proceso en conjunto con el condenado, le imparte instrucciones y tareas, pero asimismo le da espacios para generar una confianza entre ellos y de esa manera ambos van realizando modificaciones a los programas o actividades, según los progresos que se tengan, es decir, hay una cierta flexibilidad al respecto. Los programas y actividades son especializados, ya que están creados con distintos objetivos previamente determinados y para las distintas etapas del proceso de ejecución, según la naturaleza de los delitos cometidos y el perfil de los delincuentes. El artículo 14 de la Ley N°

18.216 al definir la pena de libertad vigilada intensiva, nos da a entender que el programa de actividades debe estar orientado a la reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, lo cual se logra gracias a una intervención individualizada y bajo ciertas condiciones especiales. Estas intervenciones cada vez más especializadas son para disminuir, en definitiva, los factores de riesgo criminógenos que presentan los condenados, y así aumentar, por supuesto, las probabilidades reales de reinserción.

A lo anterior se agrega un mayor control, que independiente de todos los cuestionamientos que se pueden generar al respecto, lo que si es cierto, es que entregan una mejor garantía en cuanto al cumplimiento efectivo de la pena en cuestión, generando una mayor confianza en la sociedad respecto de este tipo de sanciones. De hecho, como ya lo mencioné en los capítulos anteriores, la falta de control en el cumplimiento de las antiguas medidas alternativas fue uno de los grandes problemas que determinaron la última modificación a la Ley N° 18.216.

Como lo señaló Dora Nevares: “Los programas de supervisión intensiva tienen varios objetivos. Por un lado, persiguen proveer una

alternativa de castigo entre prisión y la probation regular; y por otro lado, satisfacer un objetivo de control, mientras se propicia la reintegración del convicto a la comunidad.

El objetivo del control de las actividades del convicto se logra a través de medidas tales como: confinamiento en la residencia, reducción en el número de casos del oficial que supervisa, monitoría del ofensor, y otras restricciones de naturaleza general impuestas por el tribunal o por el oficial correccional.

Otros de los objetivos de los programas de supervisión intensiva es prevenir el comportamiento delictivo de parte de aquellos ofensores incluidos en el programa mientras están en la comunidad. El objetivo de prevención se puede lograr en la supervisión intensiva de una manera mucho más efectiva que en el caso de la probation regular dado el hecho que en los programas de supervisión intensiva el número de oficiales por persona supervisada es mucho menor que en la probation regular.”⁵⁴

⁵⁴ Nevares, Dora, “Penas alternativas a la reclusión- Estados Unidos y Europa”, Reforma del Código Penal, Comisión de lo Jurídico, Senado de Puerto Rico, Julio 2002, Pág. 13-14.

Dentro de las ventajas de la supervisión intensiva se destacan las siguientes:

- 1) Contienen un elemento rehabilitador. Durante este proceso es positivo que el condenado se mantenga junto a su familia, parientes y amigos. Esto evita el rompimiento del núcleo familiar y así impide traumas psicológicos y problemas asociados.
- 2) El condenado puede trabajar. Esto genera que el condenado se mantenga ocupado y produciendo, lo que ayuda a la rehabilitación y disminuye asimismo las posibilidades de reincidencia.
- 3) Ayudaría a reducir la población penal, lo cual podría traer como consecuencia una mejoría en las condiciones de los reclusos.
- 4) Reduce costos para el Estado.
- 5) Proveen una alternativa a la reclusión para aquellas personas que cometen delitos que no son suficientemente graves como para mandar a cumplir una pena de prisión, pero que la persona constituye un riesgo suficiente para la comunidad si es que permanece bajo la supervisión de una probation regular. Es así

que esta pena abre las puertas a un grupo de ofensores que tradicionalmente se envían a las instituciones de reclusión pero que podrían cumplir su sentencia en la comunidad con unos controles y una supervisión adecuada, y el tratamiento terapéutico necesario para evitar la reincidencia.

De cierta forma lo que se hace con la persona que ha sido condenada a la pena de libertad vigilada intensiva es someterla a un tratamiento, entregándole los medios necesarios para que ésta consiga reinsertarse en la sociedad. Es decir, la reinserción se concretaría a través del tratamiento que hace al individuo. Tratamiento ha sido definido como “oferta de servicios, que vayan desde la instrucción general y profesional hasta los servicios sanitarios y psicológicos, como una oportunidad de reintegración.”⁵⁵ Entonces, a lo que hace referencia el tratamiento es coadyuvar profesionalmente al individuo, entregándole especialmente herramientas para que libremente las use en beneficio propio y de la sociedad, entendiendo que independiente de lo reprochable que haya sido su comportamiento, es un ser útil y necesario para ésta. Por tanto, jamás

⁵⁵ Barata, Alesandro, “Criminología y Sistema Penal: Compilación in Memoriam”, Editorial B de F, año 2004, Pág.381.

implica la imposición de ideas, ni una manipulación para que actúe de una manera deseada por la sociedad, esto no puede ser concebido en ningún Estado de Derecho, como se desprende del artículo 19 N°6 de nuestra Constitución Política al consagrar la libertad de conciencia. En consecuencia, el sujeto se someterá al tratamiento de manera libre y sólo si manifiesta su conformidad.

En un artículo publicado por el Diario El Mercurio de fecha 8 de octubre de 2014, el Ministro de Justicia, don José Antonio Gómez Urrutia, luego de hacer mención a la diferencia que existía en términos de reincidencia en el sistema cerrado y el subsistema abierto, teniendo este último porcentajes mucho menores que el primero, señaló que “cualquiera sea la razón técnica de las diferencias, en todo caso, lo más relevante para nosotros es que las personas intervenidas (**con educación, capacitación y fuente laboral**) presentan menores niveles de reincidencia que aquellas que no lo han sido.

Hoy estamos en condiciones de enfocar nuestros esfuerzos en generar mejores posibilidades de reinserción social para quienes efectivamente estén dispuestos a aprovecharlas y, por esta vía, darle mayor seguridad a la

comunidad. Es así como estamos tomando distintas medidas en esa dirección. De hecho, estamos ampliando la oferta de reinserción laboral en los recintos penales, ajustando la oferta de capacitación a los requerimientos del mercado y estableciendo convenios de cooperación con empresas. **Educación y trabajo constituyen la principal fórmula en este objetivo.**”⁵⁶

Como se desprende de lo señalado con anterioridad, lo que permitiría conseguir la reinserción social del individuo serían las intervenciones que se hacen a favor de la persona condenada en los ámbitos educacionales, laborales y sociales, y de las penas sustitutivas, la única que presenta estas tres características en la intervención es la pena de libertad vigilada intensiva. Con lo que sí sería posible alcanzar la anhelada reinserción social, al menos en un porcentaje considerable. No sucede esto, por ejemplo, con la remisión condicional, en donde hay una discreta observación y asistencia del condenado por parte de la autoridad administrativa, que es Gendarmería de Chile, y que en la práctica se traduce en la simple firma mensual ante dicha autoridad, no existe una intervención

⁵⁶ Gómez Urrutia José Antonio, Ministro de Justicia, “Reinserción social de condenados”, Diario el Mercurio, pág. 2, Art.11, 8 de octubre de 2014.

especializada de ningún ámbito y sólo un mínimo de control en su cumplimiento. Tampoco sucede con la pena de reclusión parcial, que simplemente consiste en el encierro ya sea en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales, es decir, se basa más que nada en restringir la libertad del individuo por una cantidad de horas y en donde no hay un profesional que apoye al condenado en el cumplimiento de la pena, sino que sólo hay personas encargadas del control de ella, no existe un programa, ni actividades al respecto, cuestiones fundamentales para la reinserción social. Claro, es cierto que como es una pena que se cumple en el medio libre, al menos en lo que resta del tiempo al encierro, es posible que las personas condenadas continúen trabajando y o estudiando. El problema que se da acá es la estigmatización de la persona sujeta a esta pena, exclusivamente por el uso del brazalete electrónico, en el caso que se ordene la ejecución de la pena en el domicilio del condenado, lo que puede llevar a que se generen conflictos en el ámbito laboral y social, así que con esta pena no se superarían todos los problemas que se generan con las penas privativas de libertad.

CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA.

Para comprender de mejor manera el alcance que puede tener una ley o sus preceptos en particular, es fundamental visualizar la forma en que los jueces van resolviendo las cuestiones de relevancia jurídica y la interpretación que hacen de las leyes en cada caso en particular. Por eso creo que es necesario referirme a ciertos casos resueltos por nuestros jueces relacionados con algunas de las materias tratadas a lo largo este trabajo. En primer lugar, me avocare a ciertos casos que sucedieron entre la publicación de la Ley N° 20.603, que modificaba la Ley N° 18.216, y su entrada en vigencia. Y, en segundo lugar, a algunos casos en donde se ha discutido la procedencia de la pena de libertad vigilada intensiva, para ver cuáles son los fundamentos utilizados para acogerla o rechazarla, y la importancia que se le ha dado a la finalidad de la pena al decretarla.

Una de las cosas que generó gran conflicto desde la dictación de la Ley N° 20.603, que modificaba la Ley N° 18.216, fue la diferida entrada en vigencia de sus disposiciones. ¿Que es lo que sucedía con los casos que se dieran en el tiempo intermedio? Si bien es cierto que la propia ley en su

artículo 8 aclaró que sus disposiciones entrarían en vigencia una vez que se publicará en el diario oficial las adecuaciones que debían incorporarse al reglamento de la Ley N° 18.216, esto desencadenó una serie de fallos con dos posturas contrarias bastante marcadas. Por un lado, estaban los fallos que rechazaban la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 20.603, porque consideraban que dichas disposiciones no se encontraban vigentes. Mientras que, por otro, se encontraban los fallos que hacían aplicables las mencionadas disposiciones a pesar de no encontrarse vigentes, por darle una aplicación retroactiva a dicha ley.

En un fallo dictado el 17 de agosto de 2012, por la primera sala de la Corte de Apelaciones de Rancagua, número de ingreso, Rol N° 315-12, se rechazó un recurso de apelación interpuesto en contra de una resolución dictada en audiencia por el Juzgado de Garantía que no concedió la remisión condicional de la pena, por estimar que las disposiciones de la ley 20.603 aún no se encontraban vigentes y, por lo tanto, era improcedente conceder esa pena sustitutiva. Sin embargo, la decisión no fue unánime, sino que hubo un voto en contra del Ministro Suplente Marcelo Vásquez Fernández, quien estuvo por acoger el recurso de apelación, por estimar que en razón del principio indubio pro reo, pilar fundamental de nuestro país y,

en especial, por lo señalado por nuestra Carta Fundamental en el artículo 19 N° 3 inciso séptimo y el artículo 18 inciso tercero del Código penal, era posible aplicar las disposiciones de dicha ley puesto que bastaba que se encontrara promulgada, no siendo necesaria su publicación.⁵⁷

Un fallo que refuerza la posición anterior, es el dictado por la sexta sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel con fecha 22 de agosto de 2012, número de ingreso, Rol N° 961-12, en donde se confirma la resolución dictada con fecha 12 de julio de 2012 por el Juzgado de Garantía de Puente Alto, por la cual no se le concedió la reclusión parcial a doña Brisa Pérez Fuenzalida y, en cambio, se le condenó a la pena de 41 días de prisión como autora del delito de hurto simple en grado de frustrado. Esto porque consideró, que el artículo 8 de la Ley N° 20.603 era claro al señalar expresamente que sus normas entrarían a regir a contar de la publicación en el diario Oficial de las adecuaciones que, en virtud de ésta, debían ser incorporadas en el Decreto Supremo 1.120 de 1984 del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley N° 18.216 y, además establecía un plazo de 18 meses desde la publicación misma de la ley para efectuar dichas

⁵⁷ Corte de Rancagua, 17.08.2012, MJJ33087.

adecuaciones, lo cual no había sucedido, así que la ley no se encontraba vigente.⁵⁸

Contrario a lo señalado por los fallos anteriores, podemos encontrar, por ejemplo, uno de la primera sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, dictado con fecha 1 de septiembre de 2014, número de ingreso, Rol N° 244-14, en donde conociendo de un recurso de apelación interpuesto por la defensa del condenado don Pedro Andrés Morales Luna, en contra de la sentencia definitiva condenatoria dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Calama, que no concedió la pena sustitutiva de reclusión parcial, acoge la pretensión hecha valer por la defensa que solicitaba la aplicación de los artículos 7 y 8 de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603, por ser más favorables al imputado, todo esto en relación al artículo 18 del Código Penal. La Corte en el considerando tercero de la sentencia señala: “Que tal como ha sido resuelto por esta Corte las modificaciones de la Ley 18.216 introducidas por la Ley 20.603 se encuentran plenamente vigentes, y conforme a lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal la citada ley puede aplicarse con efecto retroactivo, bien sea en relación a hechos acaecidos con anterioridad a la

⁵⁸ Corte San Miguel, 22.08.2012, MJJ32992.

vigencia de la ley que sean sentenciados en la actualidad, como también adecuando las penas impuestas por sentencia ejecutoriada a la nueva normativa, cuando sea más favorable al imputado.”⁵⁹

Otro fallo que admite la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 20.603, aún antes de las adecuaciones que debían hacerse mediante la dictación del reglamento, es el dictado por la segunda sala de turno de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con fecha 22 de febrero de 2013, número de ingreso, Rol N° 441-2013. Se interpuso un recurso de amparo en contra la Jueza de Garantía de Valparaíso, doña Silvia Quintana Ojeda, por cuanto dispuso, con fecha 10 de febrero, la revocación de la medida de libertad vigilada del condenado Javier Alvarado Torres, quien se encontraba cumpliendo de esta medida desde el 16 de julio de 2009. Ante esta situación la defensa solicitó que se dejara sin efecto la revocación de la medida por estimar que la decisión no se ajustaba a derecho y en subsidio, para el caso en que el tribunal no accediera a tal petición, la aplicación del artículo 26 de la ley 20.603, por ser más favorable al imputado, para efecto de que se abonara el tiempo de cumplimiento de la medida. Este artículo dispone que ante una revocación se debe someter al condenado al saldo de la pena

⁵⁹ Corte de Antofagasta, 01.09.2014, MJJ38922.

inicial y no al cumplimiento total de la pena, como sí lo señalaba antiguamente el artículo 27 de la Ley N°18.216. La recurrida reaccionó señalando que no era procedente la aplicación del artículo 26 de dicha ley, sino hasta la dictación del reglamento correspondiente. El juez finalmente decide acoger el recurso de amparo interpuesto por la defensa pero sólo en cuanto al abono solicitado, por ser plenamente aplicable el artículo 26 de la Ley N° 20.603, desde que no necesita ser objeto de las adecuaciones mediante la dictación del reglamento que dispone el artículo 8 de dicha ley, en virtud de los artículos 19 N°3 de la Constitución Política de la República y del artículo 18 del Código Penal, por ser más favorable al imputado, señalando expresamente en el considerando noveno de la sentencia: “Que de esta manera, la resolución judicial reclamada por esta vía afecta indebidamente la libertad personal del amparado, en cuanto se lo priva de disminuir el tiempo efectivo de su condena de privación de libertad, lo que autoriza a esta Corte para adoptar las medidas necesarias a fin de restablecer el imperio del derecho.”⁶⁰

En conformidad con el criterio anterior, también podemos encontrar un fallo dictado por la Corte Suprema, número de ingreso, Rol N°9745-

⁶⁰ Corte de Valparaíso, 22.02.2013, MJJ34681.

2013, que conociendo de unos recursos de nulidad, reconoce la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 20.603, al señalar que ésta habría suprimido la obligación contenida en el antiguo artículo 17 letra d) de la ley 18.216, esto es satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, encontrándose plenamente vigente, de acuerdo a los artículos 19 N°3 de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal, por ser una disposición más favorable al condenado.⁶¹

Como se desprende de los fallos mencionados con anterioridad, la primera postura es bastante restrictiva, ya que se basa en la mera mención expresa que hace el artículo 8 de la Ley N° 20.603. En cambio, la segunda resulta ser más amplia, al hacer una interpretación más integral y sistemática del artículo en cuestión. Esta última interpretación, a mi juicio, resulta ser la más acertada puesto que es más consecuente y respetuosa no sólo con los principios fundamentales del Derecho Penal, sino también con las normas que integran nuestro ordenamiento jurídico, generándose así una armonía entre éstas y no una contradicción.

⁶¹ Corte Suprema, 02.12 .2013. Consultado en: <http://suprema.poderjudicial.cl/SITSUPPORWEB/>.

Ahora, como mencione en un comienzo de este capítulo, es importante tener en consideración algunos fundamentos esgrimidos por nuestra jurisprudencia para acoger o rechazar la pena de libertad vigilada intensiva.

Los tribunales de justicia han acudido a algunos criterios respecto de la concesión de esta pena sustitutiva en particular, que a menudo se repiten. De hecho, en la mayoría de los casos es posible visualizar una cierta tendencia a centrar el conflicto en el cumplimiento de requisito del artículo 15 inciso segundo N°2 de la Ley N° 18.216, que señala: “Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social.” Como ocurrió, por ejemplo, con un caso fallado por la primera sala de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, número de ingreso, Rol N°122-2014⁶². Lo cual me parece lógico ya que los demás requisitos exigidos por la ley se tratan más bien de requisitos objetivos, a diferencia del requisito

⁶² Corte de Antofagasta, 09.05.2014, CL/JUR/2210/2014; 69298.

mencionado con anterioridad que es netamente subjetivo y dependerá de la apreciación que en cada caso realice el juez de la causa. De los antecedentes que ayudan a determinar el cumplimiento de este requisito, importante es hacer mención de los informes presentenciales, elaborados por los Centros de Reinserción Social de Gendarmería de Chile. Estos informes contienen análisis sobre diversos aspectos de la vida del sujeto, como su comportamiento, condiciones de vida, adicciones, salud mental, familia, vida laboral y educacional, entre otros, con lo cual se orienta a los jueces para una decisión más acertada. Principalmente las decisiones se logran a través de presunciones. Una presunción favorable sería si el juez estima que con los antecedentes reunidos es probable que el individuo, a través de un tratamiento adecuado, pueda conseguir la reinserción social. En suma, para que el juez determine la posible eficacia o no de una intervención, va a incidir de manera fundamental en esta decisión la apreciación que haga de los informes presentenciales que se les presenten en su oportunidad. En un fallo donde se puede ver reflejado la importancia que puede tener un informe presentencial, es en los autos, Rol N°206-2014, en donde la Corte de Apelaciones de Chillán revoca la decisión del tribunal a quo en cuanto a la decisión de no otorgar la pena de libertad vigilada intensiva, en atención

a que si bien en el informe presentencial, agregado en segunda instancia conforme a una medida para mejor resolver del tribunal, los miembros del Consejo Técnico habían estimado no recomendar dicha pena al condenado debido a las necesidades de intervención criminógenos en diversas áreas que presentaba el condenado, discapacidad física y problemas de aprendizaje, éste no era vinculante y, por tanto, decidió acoger el recurso interpuesto⁶³. Lo mismo, se puede ver en el caso dictado con fecha 20 de agosto de 2014 por la primera sala de la Corte de Apelaciones de San Miguel, número de ingreso, Rol N° 1281-2014⁶⁴.

Como se sabe, luego de la modificación realizada por la Ley N° 20.603, se modificaron varios de los requisitos para acceder a las penas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, uno de estos es que se restringió en términos generales el ámbito de aplicación de ellas respecto de ciertos delitos. Encuentro que es importante hacer referencia a algún caso resuelto por nuestra jurisprudencia en cuanto a la aplicación o no de las restricciones señaladas por la Ley N°18.216 en su artículo 1. En un caso llevado ante la primera sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, autos

⁶³ Corte de Chillán, 29.08.2014, CL/JUR/6163/2014; 74757.

⁶⁴ Corte San Miguel, 20.08.2014, CL/JUR/5689/2014; 74221.

Rol N° 659-2014, se discutió la procedencia o no de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva respecto de los delitos cometidos bajo la Ley N° 20.000 o más comúnmente conocida como ley de drogas. El tribunal decidió revocar la sentencia en cuanto no habría concedido la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, concediéndola, por haberse constatado un error de los jueces de primera instancia al estimar que el delito de tráfico ilícito de estupefacientes quedaba fuera de la posibilidad de sustituir la pena por alguna de las señaladas por la Ley N° 18.216, siendo que el artículo 1 de dicha ley era claro al señalar que los delitos establecidos en la Ley N° 20.000 nunca podrán ser sustituidas por la pena de prestación de servicio en beneficio de la comunidad, no refiriéndose en ningún momento a las demás penas sustitutivas y sólo se refiere a la imposibilidad de aplicar estas últimas en caso de una reincidencia específica, cuestión que no sucedía en el caso de autos, en donde el condenado presentaba una irreprochable conducta anterior.⁶⁵

Ahora, es posible desprender de la mayoría de los fallos dictados por nuestros tribunales, que lo fundamental al otorgar esta pena es la consecución de la finalidad de la pena, descrita por la misma Ley N°

⁶⁵ Corte de Valdivia, 21.11.2014, CL/JUR/8930/2014; 80433.

18.216, es decir, la reinserción social del individuo. Tal como lo expresó la sexta sala de la Corte de Apelaciones de Concepción en la dictación de un fallo: “Se comparte, además, con los sentenciadores del a quo, el que el efecto de la pena ha de ser, siempre y en todo caso, la reinserción social del sentenciado, objetivo que se cumple en mayor medida con la aplicación de una pena sustitutiva como la de libertad vigilada intensiva.”⁶⁶

⁶⁶ Corte de Concepción, 02.01.2015, CL/JUR/10033/2014; 83027.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

1.- En el primer capítulo se hizo referencia al inicio y desarrollo de la probation o libertad vigilada, tanto en el ámbito internacional, como en nuestro país. Si bien en sus comienzos su aplicación fue más bien limitada, esto fue cambiando con el tiempo, especialmente a principios del siglo XX por razones humanitarias y el cuestionamiento a las penas privativas de libertad, lo cual se evidencia en los congresos celebrados con posterioridad, dentro de los cuales se destaca el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, en la ciudad de la Habana, en donde se dictan las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad o también llamadas Reglas de Tokio.

2.- En Chile la libertad vigilada propiamente tal fue regulada recién en el año 1983 con la dictación de la ley 18.216, como una de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad. Esta consistía básicamente en la suspensión de la pena privativa de libertad, a condición de que el sujeto cumpliera con ciertas condiciones y se sometiera a un tratamiento, el cual

era llevado a cabo por un delegado designado para estos efectos, quien debía prestarle el apoyo necesario en este proceso. Esta medida estaba dirigida principalmente para personas no reincidentes que cometían delitos contra la propiedad, de drogas y económicos.

3.- En términos de su aplicación, en sus inicios fue bastante precaria debido a problemas principalmente presupuestarios. No obstante, esto fue cambiando exclusivamente luego de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, en donde tuvo un alza significativa.

4.- Lo que se destacó de esta medida fueron las bajas cifras de revocación, en tanto que los problemas se debieron, entre otras cosas, a la poca cantidad de profesionales a cargo de la medida, cumplimientos falsos de la medida, como cuando se tenía por cumplida la medida por el sólo hecho de haber transcurrido el tiempo consagrado para su cumplimiento sin haber sido revocada, en virtud de lo dispuesto por el antiguo artículo 28 de la Ley N°18.216, y a la falta de un control efectivo en la ejecución de la medida, en especial jurisdiccional. Lo anterior, sumado a la tendencia internacional en este ámbito, llevó a que nuestros legisladores se enfocaran en un proyecto de ley tendiente a reforzar esta medida y no a eliminarla. Dicho

proyecto culminó en la Ley N° 20.603, en la cual se dividió esta medida en dos penas sustitutivas: la libertad vigilada propiamente tal y la libertad vigilada intensiva.

5.- Con el establecimiento de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, básicamente se pretendía la intensificación de las medidas consagradas para la pena de libertad vigilada propiamente tal, en razón de la naturaleza de los delitos cometidos y la penalidad asignada a los mismos. Es así, que se dejaron los delitos de mayor connotación social a la pena de libertad vigilada intensiva y, por el contrario, a los de menor connotación social, a la pena de libertad vigilada propiamente tal.

6.- La pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva consiste en que el sujeto se someta al cumplimiento de diversas actividades tendientes a su reinserción social, a través de una intervención personalizada constante y bajo ciertas condiciones especiales. En la segunda parte del primer capítulo me referí especialmente a ésta, a sus elementos, origen, requisitos, ámbito de aplicación, período de intervención, condiciones que debe cumplir el condenado, ciertos principios que la rigen, del delegado de libertad vigilada intensiva, modelos de intervención, el plan de intervención individual, de

los casos de incumplimiento y quebrantamiento, y de los distintos tipos de control de esta.

7.- Esta nueva pena fue establecida principalmente, como lo señale, para delitos de mayor gravedad, que están enumerados en el artículo 15 bis de la Ley N° 18.216. En especial destacan los delitos que fueron cometidos bajo contexto de violencia intrafamiliar y los de índole sexual. De hecho, una de las razones por las cuales se decidió crear esta pena, fue porque se estimaba que en esta clase de delitos era necesario la intensificación de las medidas de control.

8.- Importante es resaltar la función que cumplen los delegados de libertad vigilada, ya que son los encargados de guiar al condenado en el proceso de ejecución de la pena para la consecución de la finalidad principal de la pena, que es la reinserción social, además de evitar su reincidencia. De cierta forma ellos son terceros activos en este proceso y observadores principales del desarrollo en el cumplimiento efectivo de la misma. Sin ellos la efectividad de estas penas se vería bastante mermada. Si bien existen delegados tanto para la libertad vigilada propiamente tal como para la intensiva, es aún más fundamental en ésta última, puesto que su

participación, control y supervisión en este proceso es mucho mayor, con lo cual ciertamente se aumentan las probabilidades de reinserción. De hecho, por eso con la modificación realizada por la Ley N° 20.603 se aumentaron los requisitos y condiciones para efectuar esta función.

9.- Las intervenciones realizadas por los delegados de libertad vigilada, se rigen por ciertos modelos, que en conjunto lo que tienden es a reducir los factores criminológicos de la persona condenada. Para esto ellos deben elaborar un plan de intervención individual, que se realiza conforme al perfil de cada individuo y en él se consagran todos los deberes y derechos que tiene el condenado, en definitiva, los lineamientos del tratamiento a seguir, los cuales deben ser aprobados por el tribunal que dictó la sentencia respectiva. No obstante, para que estas intervenciones se lleven a cabo, es condición sine qua non el consentimiento del condenado.

10.- Una de las cuestiones en que ciertamente innovó la nueva Ley N° 18.216, fue en el tema de los controles en la ejecución de las penas sustitutivas. En la pena de libertad vigilada intensiva se pueden destacar los controles efectuados por los delegados de libertad vigilada, los judiciales y, eventualmente, el realizado por el monitoreo telemático, que si bien ha sido

toda una innovación en nuestro país, no está fuera de cuestionamientos, debido a la estigmatización que provoca su utilización y la afectación de algunos derechos fundamentales, en especial del ámbito privado de las personas.

11.- En el capítulo segundo, me referí a la situación que imperaba antes y después de la modificación realizada por la Ley N° 20.603 a la Ley N° 18.216, esto con la finalidad de comprender de mejor manera las causas que motivaron dicha modificación, en términos generales y, asimismo, en relación con la pena de libertad vigilada. En general esto se debió a los buenos resultados obtenidos con las medidas alternativas en cuanto a disminución de la reincidencia y a la necesidad de obtener una mejor respuesta a los problemas existentes en ese periodo, como el alto porcentaje de delincuencia, descontento social, la falta de control de las estas medidas, el carácter restrictivo de las mismas, entre otros.

12.- Luego, me dediqué a hacer una comparación entre la antigua Ley N° 18.216, o sea, antes de la modificación realizada por la Ley N° 20.603, y la actual Ley N° 18.216, es decir, luego de dicha modificación. Uno de los grandes cambios fue la denominación misma de la ley, pasando de medidas

alternativas a penas sustitutivas, esto para resaltar el carácter de verdaderas sanciones y erradicar el concepto de meros beneficios hacia las personas condenadas imperante en la sociedad. También, en cuanto al cumplimiento de estas medidas, ahora penas sustitutivas. Antes, por el sólo hecho del transcurso del tiempo de la medida alternativa impuesta sin haber sido revocada se le tenía por cumplida, sin comprobar si se había dado un cumplimiento efectivo de la misma, con lo cual estas medidas, se estaban transformando en medidas aparentes e inútiles. Sin embargo, esto cambió con la nueva ley, en donde se consagraron diversas herramientas para precisamente evitar la burla del espíritu de la ley, como la regulación de ciertas audiencias y lo señalado por el artículo 24 de la misma, que lo que hacen es aumentar el control para que se cumplan efectivamente estas penas.

13.- Una de las diferencias importantes fue en relación a la duración de las penas sustitutivas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Con la ley anterior existía la posibilidad de alargar el período hasta 6 años, un año más del máximo de la duración de la pena, es decir, no existía un límite que fuera acorde con los principios básicos del derecho penal, como el principio de proporcionalidad, de necesidad, entre otros, con lo cual se estaba al

margen de lo inconstitucional de la medida. En cambio, la nueva ley dispuso un límite a la duración de éstas, en donde la pena impuesta no puede ser en ningún caso mayor a la de la pena que sustituye. Y además, consagra la posibilidad del término anticipado de la pena, que debe ser solicitado por el delegado correspondiente, creando así un sistema más eficiente, ya que si se cumple la finalidad de la pena con anterioridad al plazo contemplado, resulta inútil continuar con ella por el sólo hecho de cumplir con dicho plazo y sin ningún otro fundamento plausible.

14.- Al igual que antes, la ahora llamada pena de libertad vigilada en sus dos formas, se otorga sólo a personas que no hayan sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito. Cuestión aparte es lo que sucede con las faltas anteriormente cometidas, ya que si una persona ha cometido faltas con anterioridad, igualmente podrá acceder a alguna de estas penas. No obstante esta regulación agrega como excepción, a diferencia de la antigua legislación, que no se considerarán para dichos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena. Lo que representa una innovación de la nueva ley. A pesar de ello, igualmente, antes de la modificación, algunos acudían a una solución alternativa, invocando la prescripción de la acción de los delitos cometidos

o de las penas, provocándose como efecto la ficción de que nunca se hubiesen cometido los delitos, pudiendo acceder con ello a este beneficio, lo cual se desprendía del artículo 94 del Código Penal, en donde se expresa que las penas de crímenes prescriben a los diez años, con excepción de los crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos, que prescriben en quince años, y las penas de simples delitos prescriben en cinco años, esto contado, según el artículo 98 del Código Penal, desde la fecha de la sentencia de término o desde el quebrantamiento de la condena.

Existe una normativa vigente que adquiere gran relevancia en estos casos, ya que eventualmente podrían acceder a una de las penas sustitutivas sin la necesidad de esperar el tiempo señalado con anterioridad, este es el decreto ley N° 409 (1932), que es el que otorga a los condenados el derecho a que por decreto supremo, se le considere como si nunca hubiese delinquido para todos los efectos legales y administrativos, luego de dos años de haber cumplido la pena en caso de una primera condena, y de cinco años, en el caso que ya hubiese sido condenado en más de una oportunidad, independiente del delito cometido. Con ello se le dan más herramientas a

los condenados para reinsertarse en la sociedad en igualdad de condiciones que los otros miembros y evitar la estigmatización luego de salir de prisión.

15.- Otra de las innovaciones importantes fue en el ámbito recursivo. Antes, el recurso de apelación se encontraba bastante restringido y sólo procedía en caso de revocación de una de las medidas alternativas, con lo cual no se estaba cumpliendo con uno de los derechos fundamentales del debido proceso, el derecho a recurrir. Es así que la nueva legislación se hizo cargo de este problema y aumentó su ámbito de aplicación para el caso de conceder, denegar, revocar, sustituir, reemplazar, reducir, intensificar o de decretarse el término anticipado de alguna de las penas sustitutivas.

16.- Uno de los grandes problemas que se generó con dictación de la Ley N° 20.603, fue en el ámbito de su entrada en vigencia, ya que en su artículo 8 señaló expresamente que entraría en vigencia en una fecha posterior a la de su promulgación, específicamente a contar de la publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones que, en virtud de aquella, debían ser incorporadas en el decreto supremo N°1.120 de 1984, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley N° 18.216, las que debían hacerse dentro de los 18 meses siguientes a su publicación, además de regular ciertas

circunstancias especiales. Entonces, ¿Cuál era la ley que regía los casos que se dieran en el intertanto? Bueno, al respecto no existía una respuesta unificada en nuestra jurisprudencia, pero si se destacaban dos posturas bastante claras y diversas entre sí, una de éstas aplicaba retroactivamente la Ley N° 20.603, mientras la otra, señalaba que no regiría hasta su efectiva entrada en vigencia. Este, entre otros temas, fueron desarrollados en el capítulo cuarto.

17.- Lo descrito en los párrafos anteriores, llevó necesariamente a analizar dos cuestiones importantes: una, si la actual Ley N° 18.216 es más bien de carácter amplio o restrictivo, y dos, si los cambios realizados a la ésta ley fueron efectivamente más positivos. Respecto al primer punto, se llegó a la conclusión de que, en términos generales, nos encontrábamos ante una ley más restrictiva que amplia, inclusive en algunos ámbitos más que la anterior, esto en virtud de muchas razones, como, por ejemplo, se aumentaron los requisitos y condiciones establecidas para acceder a algunas penas sustitutivas, el artículo 1 de la ley contempla un amplio catálogo de penas excluidas, asimismo, se sigue dejando fuera a los reincidentes, el hecho de que estas penas reemplacen el cumplimiento sólo de penas cortas, entre otras razones. En cuanto al segundo punto, íntimamente vinculado

con el anterior, se desprende que los cambios efectuados por la Ley 20.603 a la Ley N° 18.216, no fueron muy positivos, puesto que no se estarían cumpliendo con algunas de las finalidades especialmente consagradas por dicha ley.

18.- En el tercer capítulo, me referí a la finalidad de la pena, a las distintas teorías existentes respecto a ella, su desarrollo en el tiempo y a su influencia en las legislaciones, en especial en la nuestra, destacando de manera principal a la teoría preventiva especial, puesto que es la que actualmente prima en el ámbito internacional, de hecho, como finalidad de la pena se ha consagrado la reinserción social del individuo en diversos instrumentos internacionales, como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales resultan plenamente aplicables en nuestra legislación al haber sido éstos ratificados por nuestro país, en conformidad con lo dispuesto por el artículo número 5 inciso segundo de la Constitución Política y, por lo tanto, toda nuestra legislación debiese estar orientada a dicha finalidad. Lamentablemente esto no ha sido así y la única ley vigente que estimo que podría permitir esto, es precisamente la Ley N° 18.216, he ahí su relevancia.

19.- Luego, realice una descripción de los objetivos más destacados de la actual Ley N° 18.216, que pueden resumirse en los siguientes:

- 1) Favorecer la reinserción social de las personas condenadas.
- 2) Generar un control efectivo en el cumplimiento de las nuevas penas sustitutivas.
- 3) Proteger a las víctimas.
- 4) Y por último, hacer un uso más racional de las penas privativas de libertad.

20.- Una de las finalidades más importantes de la Ley N° 18.216 es la reinserción social de la persona condenada, es por ello me referí a su concepto y presupuestos básicos. Se desprende que existen dos elementos básicos que se requieren para que se pueda dar la reinserción social: herramientas útiles entregadas por el Estado con dicha finalidad, lo que comúnmente se hace a través de programas orientados a distintos ámbitos de la vida del individuo, y la voluntad del individuo a utilizar en su favor dichas herramientas. Faltando alguno de ellos, no sería posible la reinserción social del individuo.

En la etapa de ejecución adquiere gran relevancia la teoría preventivo especial, de hecho, ésta sigue el principio de resocialización y, al parecer, es la que mejor cumpliría con los cometidos de un Estado de Derecho como el nuestro, ya que la pena se consagra como una vía útil para la sociedad, ponderando y protegiendo los intereses divergentes de todos los individuos que la integran y, a la vez ayudando a la persona condenada para su reintegro futuro a la misma, considerándola como un sujeto necesario para su progreso, a diferencia de lo establecido por la teoría retributiva, que se agotaba en el mero castigo del individuo.

21.- La pena de libertad vigilada intensiva es la que tiene mayores probabilidades de éxito en cuanto a la consecución de la finalidad primordial que consagra la ley 18.216, que es la reinserción social del individuo, ello en razón de los factores mismos que la configuran. Uno de los que se destaca es su especialización, en cuanto al personal a cargo de la ejecución de ésta, y en cuanto a los programas a disposición de los condenados. Con estas intervenciones especializadas, que se enfocan en el perfil de cada persona condenada en particular, lo que se pretende es disminuir los factores de riesgo criminológico para así aumentar las posibilidades de reinserción social del individuo. También se destacan los

distintos controles que existen en relación a esta pena sustitutiva, lo cual permite, o al menos aumentan, las probabilidades de un efectivo cumplimiento de la pena.

22.- Dentro de las ventajas que destacan de esta pena se encuentran:

- 1) Contiene un elemento rehabilitador.
- 2) El condenado puede trabajar, estudiar o realizar una actividad que sea de su interés.
- 3) Ayudaría a reducir la población penal, lo cual podría traer como consecuencia una mejoría en las condiciones de los reclusos.
- 4) Reduce costos para el Estado.
- 5) Proveen una alternativa a la reclusión para aquellas personas que cometen delitos que no son suficientemente graves como para mandar a cumplir una pena de prisión, pero que la persona constituye un riesgo suficiente para la comunidad si es que permanece bajo la supervisión de una probation regular.

23.- El medio a través del cual se concretaría la reinserción social del individuo lo constituye el tratamiento, que consiste en coadyuvar al

individuo profesionalmente y entregándole las herramientas necesarias para su reintegración en la sociedad, es decir, implica la unión factores personales y materiales, las que por ningún motivo podrán ser impuestas.

24.- En definitiva, lo que permitiría conseguir la reinserción social del individuo serían las intervenciones que se realizan en favor del condenado en los ámbitos educacionales, laborales y sociales. Esto es precisamente lo que marca la diferencia respecto de las demás penas sustitutivas, como, por ejemplo, la remisión condicional de la pena, en donde existe una discreta observación y asistencia del condenado por parte de la autoridad administrativa, que es Gendarmería de Chile, y que en la práctica se traduce en la simple firma mensual ante dicha autoridad, no existe una intervención especializada de ningún ámbito y sólo un mínimo de control en su cumplimiento. Lo mismo sucede con el caso de la reclusión parcial, en no existen profesionales que lo apoyen, programas, ni actividades, todas cuestiones fundamentales para la reinserción social del individuo, además, en este caso se generan los problemas de estigmatización de la persona sujeta a esta pena, exclusivamente por el uso del brazalete electrónico, en el caso que la ejecución de la pena sea en el domicilio del condenado, lo que puede llevar múltiples conflictos en el ámbito laboral y social.

25.- En el último capítulo, me referí de forma especial a ciertos fallos dictados por nuestra jurisprudencia que pueden resultar de gran utilidad para la comprensión de lo anteriormente tratado. Básicamente me centré en dos tipos de casos: en los que produjeron en el intertanto de la promulgación de la Ley N° 20.603 y su entrada en vigencia, y, en los casos en que se ha decretado la pena de libertad vigilada intensiva.

26.- Según Francisco Muñoz Conde, una buena teoría jurídico-penal científica que pretenda algo más que simples profesiones de fe o meras suposiciones gratuitas debe someter a la crítica las formas de intervención y de reacción estatal frente al delito y comprobar si los medios y conceptos utilizados son idóneos para la consecución de los fines que teóricamente se les asignan⁶⁷ . Entonces siguiendo esta línea, habría que preguntarse si producto de las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.603 a la Ley N° 18.216, el Estado cumplió o no con este cometido ¿Entregó los medios suficientes para que se hiciesen efectivas las finalidades propuestas por la Ley N° 18.216?

⁶⁷ Roxin, Claus, "Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal", Instituto Editorial Reus, S.A., Traducción de Francisco Muñoz Conde, España, 1981, pág. 16.

Como lo señalé en el capítulo tercero, la pena de libertad vigilada intensiva es la que tiene ciertamente más posibilidades de conseguir la finalidad primordial de la ley, que es reinserir al individuo a la sociedad, esto, entre otras cosas, por el carácter especializado que presenta, en cuanto a los profesionales que intervienen, en especial la gran función que cumplen los delegados de libertad vigilada como guía a los condenados para la consecución de objetivos claros prefijados de acuerdo a su perfil particular, también por los programas que han sido creado para las distintas etapas de la ejecución según el tipo de delitos cometidos y los perfiles delictuales. Asimismo, el carácter intensivo de esta pena, por el aumento de las condiciones a cumplir por el condenado, aumento de control de la pena, en fin, cuestiones que en su conjunto permiten que ciertamente sea la pena con más probabilidades de éxito en términos de reinserción social. En esta pena, a diferencia de las otras, existe un tratamiento en los distintos ámbitos de la vida del individuo, ya sea, social, familiar, educacional y laboral, lo cual posibilita la disminución de factores criminológicos y, por ende, la anhelada reinserción social del individuo.

Ahora bien, no todo lo realizado por la Ley N° 20.603 fue positivo, uno de los grandes déficits con que cuenta ésta pena sustitutiva, es por su

carácter restrictivo en cuanto a los requisitos y condiciones fijadas para su concesión, lo que va en contra de los fines de diversificación de la respuesta penal ante el delito y de la efectividad que la pena privativa de libertad en realidad fuese la ultima ratio, consagrados en la propia Ley N° 18.216. De hecho las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.603, tenían estos y otros propósitos, como se puede desprender de la historia misma de ésta ley, sin embargo, como se advierte, estos propósitos parecen haber quedado en el olvido y más bien fueron sólo formalmente proclamados y no efectuados, adhiriéndose en gran medida a políticas públicas basadas en la seguridad pública. “Las consecuencias jurídicas limitadoras de la libertad ya no se justificaban solo frente al autor culpable y en la medida de su culpabilidad por el delito cometido. Se postuló una extensión del derecho penal a la prevención frente al peligroso. El derecho penal se convirtió en un derecho penal de defensa social, es decir un derecho penal que, si fuera necesario, estará legitimado para utilizar la persona del autor como medio para mantener la seguridad de la sociedad”⁶⁸. ¿No es eso lo que finalmente termino haciendo la antigua y la actual ley 18.216? ¿No estamos utilizando

⁶⁸ Bacigalupo, Enrique, “Filosofía e ideología de las teorías de la pena”, Derecho y Humanidades N°16, Volumen 1, 2010, Pág. 24.

a los individuos en cuestión como un medio en favor de la defensa social?
¿Hasta qué punto esto no es cuestionable? En el artículo 15 inciso segundo número 2 de la Ley N° 18.216, se establece precisamente como requisito para su otorgamiento el hecho de determinar, producto de ciertos antecedentes, si el sujeto resulta ser o no peligroso, esto para ver si resultaría eficaz la aplicación de esta pena. Esto, sin lugar a dudas, es muy riesgoso, porque dependerá del análisis que haga de los antecedentes según el criterio de peligrosidad que tenga el juez, cuestión netamente subjetiva. Entonces, debiesen fijarse requisitos meramente objetivos, para que todos los individuos pudiesen postular en iguales términos, sólo así creo que se generaría una situación más justa en términos de su concesión. Por lo demás, como vimos en el capítulo cuarto, es ahí donde se centra la discusión para conceder o no la esta pena, no así en los demás requisitos. De no cambiarse esto, lo único que se genera es incertidumbre en los condenados respecto de la aplicación de esta pena. No hay que olvidar que “Si bien las penas deben procurar defender a la comunidad de quien ha trasgredido los intereses jurídicos protegidos, lo cierto es que también deben procurar el respeto de la dignidad y los derechos de los infractores, mediante la imposición de penas razonables, adecuadas, necesarias y

proporcionales y a través del ofrecimiento de alternativas a su comportamiento desviado, a fin de que se obtenga la reinserción social.”⁶⁹

La inclusión de la pena de libertad vigilada intensiva en nuestra legislación, con sus defectos y virtudes, presenta un avance importante en términos generales dentro del catálogo de sanciones que rigen en nuestra legislación. Pero en la práctica, continúan las falencias, en especial en cuanto a los recursos disponibles para la ejecución de esta pena y las demás, entonces, ¿como se espera que funcionen realmente los tratamientos designados para los condenados, si es que no están los elementos necesarios que lo permiten? La aplicación de programas laborales, educacionales y sociales siguen siendo demasiado restringidos como para que esta pena cumpla con su cometido final de reinsertar socialmente al individuo. Se desprende, entonces, que al menos teóricamente estarían todas las condiciones dadas para conseguir, al menos, dicha finalidad, pero sólo el hecho de mejorar una normativa al respecto no la hace ser eficiente, por lo tanto, es el Estado el que debe cerciorarse de hacer eficaces dichas normas y

⁶⁹ Escobar Gil, Rodrigo, “Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad”, Derecho y Humanidades, Universidad Javeriana, Colombia, N°18,, 2011, Pág.42.

si no entrega medios adecuados para esto, no habrá servido de nada el esfuerzo de nuestros legisladores por mejorar nuestro sistema de ejecución.

Si bien es cierto es temprano aún para establecer conclusiones debido al poco tiempo en ejecución de la nueva ley, lamentablemente el proceso de implementación de ésta se ha realizando de manera muy paulatina y con varios problemas asociados, en consecuencia, lejos de acercarse al cumplimiento efectivo de algunos de los fines consagrados.

BIBLIOGRAFÍA

1. Aguilar Aranela, Cristián Fernando. Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la ley N° 18.216 (ley 20.603). Santiago de Chile. Editorial Metropolitana, 2013.
2. Antigua ley N°18.216. Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Santiago de Chile. 14 de mayo de 1983.
3. Ambos, Kai. Sobre los fines de la pena a nivel nacional y supranacional. Revista de Derecho Penal y Criminología.(N°12): 191-211 Madrid, España, julio 2013.
4. Araneda, Claudia. Libertad Vigilada. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas. Santiago de Chile. Profesor guía el señor Mario Garrido Montt, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Año 1996. 175 h.

5. Asamblea General de la ONU. Resolución 45/110. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad. Reglas de Tokio. 14 de diciembre de 1990.
6. Bacigalupo, Enrique. Filosofía e ideología de las teorías de la pena. Derecho y Humanidades. Vol. 1(N°16): 17-30, enero 2010.
7. Baratta, Alesandro. Criminología y Sistema Penal: Compilación in Memoriam. Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F. Año 2004.
9. Barrientos Pardo, Ignacio. Recurso efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la ley N°18.216. Revista de Estudios de la Justicia (N°11): 265-318, 2009.
8. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley 20.603. Modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.
9. Bullemore Gallardo, Vivian y Mackinnon, John. Fin y Función del Derecho Penal y de la pena: Las teorías de la pena. Anales de la Facultad de Derecho. Universidad de Chile. (N°1): 13-33, Año 2004.
10. Burgos Romero, Fernando y otros. Modernización de la gestión penitenciaria de Gendarmería de Chile en la aplicación de medidas

alternativas a la reclusión y sistemas intramuros. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. (N° 10): 113-138, Octubre 2007.

11. Carrasco Jiménez, Edison. Multa y penas sustitutivas: (incluye análisis de la ley 20.603 sobre penas sustitutivas). Santiago de Chile. Librotecnia. Año 2013. 210 h.

12. Código Penal actualizado. Santiago, Chile. 12 de noviembre de 1874. Editorial Jurídica.

13. Contreras Arce, Luis Felipe. Comentarios al reglamento de la Ley N°18.216 actualizada por la Ley N° 20.603. Revista de Ciencias Penales, Vol.41 (N°1): 277-280, año 2014.

14. Decreto 64. Reglamenta la eliminación de prontuarios penales, de anotaciones, y el otorgamiento de certificados de antecedentes. Santiago de Chile. 5 de enero 1960.

15. Decreto Ley 409. Establece normas relativas reos. Santiago de Chile. 12 de agosto 1932.

16. Decreto 515 que Aprueba Reglamento de Monitoreo Telemático de Condenados a Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o restrictivas de libertad. Santiago de Chile. 18 de enero 2013.
17. Decreto 1120, que Aprueba el Reglamento de la ley 18.216. Santiago de Chile. 18 de enero de 1984.
18. Defensoría Nacional. Penas sustitutivas de la ley N° 18.216. Minuta N°2, enero 2014.
19. Departamento de Tratamiento en el Medio Libre, Gendarmería de Chile. 25 años de la ley 18.216: sistema de medidas alternativas a la reclusión en Chile. Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. (N°12):49-84. Santiago de Chile, agosto 2008.
20. Duclos Toporowicz, Nicole. Penas alternativas a la privativa de libertad y jurisdiccionalización de su ejecución. Gaceta Jurídica (N°176): 48-55. Santiago de Chile, febrero 1995.
21. Escobar Gil, Rodrigo. Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad. Revista Derecho y Humanidades. Universidad Javeriana. Colombia. (N°18): 41-50, 2011.

22. Etcheberry, Alfredo. Derecho Penal. Tomo Primero, Parte General. Tercera edición. Santiago. Editorial Jurídica de Chile. Año 1997.

23. Ideas & Propuestas. Medidas alternativas a la privación de libertad: buscando respuestas efectivas a la delincuencia (N°13). Chile. 26 de agosto de 2008.

<http://www.jaimeguzman.cl/wp-content/uploads/documentos/ideas-y-propuestas/35.pdf>

24. García Rojas, L.: La reinserción social a través del trabajo educativo de los sancionados, asegurados y beneficiados. En Contribuciones a las Ciencias Sociales, marzo 2010. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/07/lgr.htm

25. Gendarmería de Chile. Bases llamado a concurso público. Concurso ley 20.603, modifica la ley 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

26. González, Antonio. Probacion, Probation o Sistema de Libertad Vigilada. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas.

Santiago de Chile. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Año 1975.
163 h.

27. Historia de la ley N°20.603, modifica la ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

28. Hofer D., María Eugenia. Conceptos: Medidas alternativas a la reclusión en Chile. Fundación Paz Ciudadana (Número 4): 1-12, febrero de 2008.

29. Jiménez Allendes, María Angélica y Santos, Tamara. ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión? Nova Criminis, Visiones Criminológicas de la Justicia Penal (N°1):157-240, 1 de octubre de 2010.

30. Kunsemuller, Carlos. Derecho Penal 1: Parte general. Apuntes de la cátedra de Derecho Penal, Santiago de Chile, 2001.

31. Ley 20.603. Modifica la ley n° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Santiago de Chile. 27 de junio de 2012.

32. Marín González, Juan Carlos. Algunos aspectos procesales de la ley N°18.216. Revista de Estudios de la Justicia (N°10): 63-103, 2008.
33. Matus Acuña, Jean Pierre. Ensayo sobre la función objetiva de las penas privativas de libertad. En: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. La rehabilitación social en el contexto latinoamericano. Primera edición. Ecuador, 2014. pp. 45-76.
34. Matus Acuña, Jean Pierre. Proyecto de ley que modifica la ley N° 18.216, que reemplaza las medidas alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad por penas sustitutivas. Revista de Derecho Escuela de Postgrado (N°1): 243-248, diciembre 2011.
35. Maurach, Reinhart. Derecho Penal: parte general. Teoría general del derecho penal y estructura del hecho punible. Séptima edición, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 1994.
36. Meini Méndez, Iván Fabio. La pena: función y presupuestos. Revista de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú (N°71): 141-167. Perú, 2013.

37. Ministerio del Interior, División de Seguridad Ciudadana. Política Nacional de Seguridad Ciudadana. Santiago de Chile, Octubre de 2004. Disponible en www.interior.gov.cl, y en www.seguridadciudadana.gov.cl
38. Ministerio de Justicia. Medidas Alternativas a las Penas de Reclusión, ventajas y limitaciones. Chile, septiembre 1993. 49p.
39. Ministerio de Justicia. Nuevo Sistema de Penas Sustitutivas Ley N°18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.603. Santiago de Chile. Año 2013.
40. Ministerio de Justicia, División de Defensa Social. Material para capacitación de la nueva ley N° 18.216. Marzo 2012. 145p.
41. Ministerio de Justicia, Gendarmería de Chile. Normas técnicas de libertad vigilada del adulto. Subdirección Técnica, Departamento Tratamiento del Medio Libre. Tercera edición, agosto 2003.
42. Ministerio de Justicia, División de Reinserción Social. Normas técnicas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Santiago de Chile, 2013. 113 p.

43. Mir Puig, Santiago. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. En su: El Derecho Penal en el estado social y democrático de derecho. Barcelona, Ariel, 1994, pp.129-140.

44. Mir Puig, Santiago. Introducción a las bases de derecho penal. Segunda edición. Editorial B de F Ltda., Montevideo- Buenos Aires, 2003.

45. Mondion Rodríguez, Angélica Loreto. Instrumentos jurídicos penales tendientes a la reducción de las penas privativas de libertad: especial referencia al tráfico de droga. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias Jurídicas y sociales. Profesor guía: Fernández Cruz, José Ángel. Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Diciembre 2006.

46. Morales Peillard, Ana María, y otros. La reincidencia en el sistema penitenciario chileno. Fundación Paz Ciudadana. Santiago de Chile, 2012.

47. Morales Peillard, Ana María. Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores. Polít.crim.Vol.8 (N° 16): 408-471. Diciembre 2013. Disponible en http://www.politicacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A3.pdf.

48. Muñoz Conde, Francisco. Introducción al Derecho Penal. Segunda edición. Editorial B de F Ltda., Montevideo- Buenos Aires, 2003.
49. Nevares, Dora. Penas alternativas a la reclusión- Estados Unidos y Europa. Reforma del Código Penal, Comisión de lo Jurídico, Senado de Puerto Rico, Julio 2002.
50. Nueva Ley N°18.216. Establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Chile. 27 de junio de 2012.
51. Peña Caroca, Ignacio. Monitoreo telemático: Análisis crítico desde la sociología del control y la economía política del castigo. Revista de Estudios de la Justicia (N°18) : 161-195, 2013.
52. Reinserción social de condenados. Diario el Mercurio, Santiago, Chile, 8 de octubre de 2014. Pág. 2, Art.11.
53. Robinson, Gwen, McNeill, Fergus y Maruna, Shadd. Castigo en sociedad: la improbable persistencia de la probation y otras sanciones y medidas comunitarias. Polít. Crim. vol.9 (N°17): 147-181, Julio 2014. (http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_17/Vol9N17A5.pdf)

54. Roxin, Claus. Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. España, Instituto Editorial Reus, S.A. Traducción de Francisco Muñoz Conde, 1981.
55. Roxin, Claus. De la dictadura a la Democracia. Tendencias de desarrollo en el Derecho Penal Alemán. Traducción al castellano realizada por Miguel Ángel Cano Paños. Cuaderno de Política Criminal (Nº100): 7-28, 2010.
56. Roxin, Claus. Derecho Penal: parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Madrid, Editorial Civitas., año 1997.
57. Sánchez-Ostiz, Pablo. Sobre la aspiración a un Derecho Penal subsidiario: ¿En qué medida es posible la subsidiariedad de los instrumentos penales? Cuadernos de Política Criminal (Nº111): 37-67, diciembre 2013
58. Soto, Rosa. Análisis de la experiencia de aplicación de penas alternativas. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios (Nº 10): 49-64, octubre 2007.
59. Valenzuela, Jonatan. Seminario: Reinserción Social y Seguridad Pública. “Análisis del objetivo de la reinserción social en la ejecución de las

Medidas Alternativas a la Reclusión contempladas en la ley N°18.216, Departamento de Estudios y Proyectos, Defensoría Penal Pública. Santiago, Septiembre 2007.

60. Welsch Chahuán, Gherman. El rol del delegado de libertad vigilada: Experiencia en España e Inglaterra. Fundación Paz Ciudadana. Pp. 1-20, 2011.

61. Winter Etcheberry, Jaime, “Sobre el D.S. N°515 de 18.01.2013 que crea el reglamento de monitoreo telemático”, Revista Chilena de Derecho y Ciencias Penales. Vol. II(N°2): 275-286, 2013.

FUENTES DE INFORMACIÓN CIBERGRÁFICA

- <http://www.gendarmeria.gob.cl/>
- http://www.sename.cl/wsename/otros/20084/Anexo_1_Base_Tecnica_OOTT_PLE_definitivas.pdf
- http://www.opcion.cl/programas_LAE.html
- <http://edu.uamericas.cl/psicologia/files/2012/10/promesi.pdf>

- http://www.chile.com/secciones/ver_seccion/122526/gobierno-quiere-fortalecer-medidas-alternativas-a-la-prision/
- <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/populismo-penal-y-pena-de-muerte-entre-tomas-moro-y-el-papa-francisco>
- <http://www.diarioconstitucional.cl/noticias/dictámenes/2013/03/25/cg-r-no-accedio-a-reconsideracion-que-permite-a-un-carabinero-con-beneficio-de-libertad-vigilada-continuar-prestando-servicios-en-la-institucion/>
- www.definicionabc.com/social/reinsercion.php
- cl.microjuris.com/
- www.legalpublishing3.cl.ezproxy.puc.cl
- www.pjud.cl
- <http://www.biobiochile.cl/2014/03/05/falla-de-brazalete-electronico-para-condenados-pone-en-duda-emblematico-proyecto-del-gobierno.shtml>
- <http://www.cnnchile.com/noticia/2014/06/02/gendarmeria-pone-fina-a-contrato-de-brazaletes-electronicos>

- <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2014/08/680-592881-9-jueces-podran-decretar-desde-hoy-el-uso-de-tobillera-electronica-como-medida.shtml>
- <http://www.latercera.com/noticia/nacional/2013/09/680-543565-9-congelan-licitacion-de-brazaletes-electronicos-por-disputa-legal.shtml>
- <http://touch.publimetro.cl/nota/cronica/desechan-uso-de-brazalete-electronico-en-condenados-por-delitos-sexuales-por-ineficacia-del-sistema/xIQnhh!YxHutO0DrIeog/>
- <http://m.cooperativa.cl/noticias/pais/judicial/gendarmeria/gobierno-acude-al-cde-para-definir-licitacion-de-brazaletes-electronicos/2014-07-07/165104.html>
- <http://mobile.latercera.com/noticia/nacional/2014/03/680-568209-9-gendarmeria-analiza-posible-falla-en-brazaletes-electronicos.shtml>
- <http://www.24horas.cl/nacional/brazaletes-electronicos-en-la-mirade-gendarmeria-por-fallas--1112086>

