

**PENAS SUSTITUTIVAS DE LA LEY N° 18.216. Minuta N°2/ 2014/ Enero
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS . DEFENSORÍA NACIONAL**

César Ramos Pérez (coordinador)
Valentina Acuña Monsalve
Claudia Castelletti Font
Richard Figueroa Saavedra
Paula García Medina
Liliana Hermosilla Salazar
Miguel Macchino Farías
Milenska Marchant Miranda
Macarena Meza Pérez
Jorge Moraga Torres
Guillermo Neira Díaz

Introducción

El 27 de junio de 2012 fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 20.603, que introdujo importantes modificaciones a la Ley N° 18.216. Tales modificaciones pueden ser resumidas en las siguientes:

- a) Cambio de perspectiva en la comprensión de las medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad. La reforma pretende abandonar su comprensión como “beneficios”, resaltando ahora su dimensión lesiva como “penas”, es decir, como modalidad de castigo sustitutivo de las penas privativas o restrictivas de libertad¹.

En coherencia con esa orientación, la reforma establece la procedencia general del abono del tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva en casos de revocación².

- b) Se establece un nuevo catálogo de penas sustitutivas: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, prestación de servicios en beneficio de la comunidad y expulsión. Además, se altera el régimen de ejecución de las penas privativas de libertad iguales o inferiores a cinco años y un día de

¹ Vid. MINISTERIO DE JUSTICIA (MINJUS). *Material para capacitación nueva Ley N° 18.216*. 2012, p. 14.

² Art. 26 Ley N° 18.216.

presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, estableciendo legalmente una vía para anticipar la salida al medio libre en plazos menores a la libertad condicional, a través de una sustitución por la pena de libertad vigilada intensiva (“pena mixta”³).

c) Reformulación de los objetivos perseguidos por la Ley N° 18.216⁴:

c.1.) Control efectivo del cumplimiento de las penas sustitutivas:

- Introducción de nuevas tecnologías en el control de la libertad vigilada intensiva y la reclusión parcial (monitoreo telemático).
- Aumento de la dotación de delegados de libertad vigilada y establecimiento de un nuevo delegado que controlará el cumplimiento de los servicios comunitarios.
- Realización obligatoria de audiencias de control de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.
- Realización facultativa de audiencias de seguimiento de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad.
- Derogación del “cumplimiento insatisfactorio”.

c.2.) Favorecimiento de la reinserción social de los condenados:

- Introducción de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la reclusión parcial *domiciliaria*, flexibilizando sus horarios de cumplimiento.
- Modificación del sistema de intervención en la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.
- Establecimiento de la regla de omisión de condenas anteriores

c.3.) Uso racional de la privación de libertad

- Evitar el cumplimiento efectivo de penas cortas de privación de libertad, en razón de sus consecuencias perniciosas vinculadas al contagio criminógeno y su nulo efecto resocializador.
- Respecto de condenados extranjeros, se incorpora la pena de expulsión en los casos en que no existe residencia legal.
- Introducción de la pena mixta como forma anticipada de salida al medio libre del condenado privado de libertad.

c.4.) Mejor protección a las víctimas

- Prohibición de acercamiento a personas o lugares controlada con monitoreo telemático para el caso de los delitos previstos en el artículo 15 bis b), como condición de la libertad vigilada intensiva, estableciéndose además la posibilidad de que la víctima porte un dispositivo de control, si así consiente.

³ La pena mixta, en atención a sus particulares características que permiten su comprensión como una salida anticipada al medio libre, en relación a un condenado que cumple pena privativa de libertad efectiva, no será objeto de análisis de este documento, el que se orienta a la tramitación y ejecución de las penas que sustituyen la privación o restricción de libertad al momento de la imposición.

⁴ MINJUS. *Material...* op. cit., pp. 19 y ss.

- Citación a la víctima o su representante en delitos de acción penal privada o pública previa instancia particular, a la audiencia del artículo 343 CPP.

La Defensoría Penal Pública es un servicio público cuya finalidad es prestar defensa penal a las personas imputadas o acusadas de cometer un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal, y de las respectivas cortes en su caso, y que carezcan de abogado por cualquier causa. El ámbito de competencia de los defensores penales públicos se extiende, conforme lo dispone el Art. 7 del Código Procesal Penal, desde las primeras actuaciones del procedimiento, hasta la completa ejecución de la condena, por lo que les corresponde asumir la representación de las personas sometidas a penas sustitutivas.

Dado que uno de los objetivos de la Defensoría será entregar defensa de calidad en relación a gestiones y audiencias antes inexistentes, el trabajo de los defensores se verá aumentado y complejizado, pues deberán recurrir a herramientas de las ciencias sociales, especialmente psico-sociales, para discutir el logro de los objetivos perseguidos por las penas sustitutivas.

Con el objetivo de entregar una ayuda técnica y multidisciplinaria, el Departamento de Estudios y Proyectos de la Defensoría Penal Pública, convocó a una comisión de trabajo conformada por abogados, asistentes sociales, psicólogos y sociólogos de la institución, cuyo trabajo tuvo como objetivo la elaboración de un documento que estableciera orientaciones básicas a la actividad de los defensores penales públicos, en relación a las materias reguladas por la Ley N° 18.216.

El presente documento es el resultado del trabajo efectuado por dicha comisión, y pretende la exposición de los elementos más relevantes de la ley y los diversos textos reglamentarios y técnicos que regulan las penas sustitutivas, incorporando el enfoque psico-social necesario para una adecuada prestación de defensa penal pública.

Reglas de excepción: Condenas excluidas de la aplicación de las penas sustitutivas reguladas en la Ley N° 18.216

Una novedad importante de las modificaciones a la Ley N° 18.216 incorporadas por la Ley N° 20.603, es la ampliación del catálogo de situaciones excluidas de la aplicación de penas sustitutivas. La ley vigente hasta dicha modificación, sólo impedía la concesión de una medida alternativa respecto de condenas por violación impropia y violación con homicidio de persona menor de doce años. La situación actual es la existencia de ciertas condenas que excluyen la aplicación de ciertas penas sustitutivas (exclusiones especiales) y otras condenas que excluyen la aplicación de todas ellas (exclusiones generales).

1. Exclusiones generales

a) Exclusión general de todas las penas sustitutivas, respecto de una condena por crimen o simple delito de la legislación sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en caso de existir condenas anteriores por esos mismos crímenes o simples delitos.

Según dispone el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 18.216, a los condenados por crímenes o simples delitos de las leyes números 20.000, 19.466 y 18.403, no se les aplicará ninguna de las penas sustitutivas si hubieren sido condenados con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos, en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena

La estructura de la regla, al orientar su finalidad a la exclusión de penas sustitutivas de un condenado reincidente, tiene tres elementos:

- Pena sustitutiva excluida
- Condena actual
- Condena anterior

En relación al primer y tercer elemento, la regla es explícita: se excluyen todas las penas sustitutivas, si hay condena anterior por crimen o simple delito contemplado en las leyes número 20.000, 19.366 y 18.403. El problema está en el segundo elemento, pues la regla omite toda referencia a la condena actual. Sin embargo, su contexto regulativo permite interpretar inequívocamente que todo el inciso segundo se está refiriendo a una condena actual por crímenes y simples delitos contemplado en la Ley N° 20.000 o sus antecesoras, regulando dos excepciones, una especial, que excluye la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y otra general, que excluye todas las penas sustitutivas en relación al condenado reincidente⁵. Y en tanto regla de exclusión general, no es más que

⁵ En este sentido, vid. MARCAZZOLO, Ximena. "Implicancias de la Ley 20.603 respecto de la Ley 20.000 que sanciona el tráfico ilícito de drogas", en *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 54*, marzo 2013, p. 115 nota

una reiteración de la regla del art. 62 de la Ley N° 20.000, cuyo sentido es la exclusión de penas sustitutivas al reincidente en materia de legislación de drogas⁶.

Desde otra perspectiva, la regla no precisa el hecho respecto del cual la condena debe ser anterior. Al respecto hay dos posibilidades interpretativas:

- La condena es anterior a la nueva sentencia condenatoria.
- La condena es anterior al acaecimiento del nuevo hecho delictivo.

Si bien el texto omite una solución expresa a este problema, existe un argumento ineludible para la determinación de su correcto sentido: una regla que excluye la posibilidad de sustitución de la pena privativa de libertad, no es otra cosa que una intensificación de la severidad de la reacción dispuesta legalmente para el condenado. Si esa exclusión tiene una pretensión disuasiva, es decir, la finalidad del legislador es inhibir el comportamiento delictivo, las condiciones que autorizan la severidad de ese trato deben estar presentes al momento de realización del hecho que se pretende disuadir.

En síntesis: si la exclusión de las penas sustitutivas se orienta a comunicar al potencial infractor, con efecto disuasivo, que la reincidencia conlleva pena efectiva, entonces, dicha orientación disuasiva sólo es eficaz si antes de la nueva infracción, concurren los presupuestos para la procedencia de dicha reacción penal intensificada.

En caso contrario, si se acepta que la regla sólo exige que la condena previa sea anterior a la nueva, se renuncia a una exigencia mínima de orientación estratégica para el potencial infractor, quedando éste entregado a la contingencia de la duración de los procesos criminales.

Como contraexcepción, en primer lugar, es procedente la aplicación de penas sustitutivas si se hubiese reconocido la circunstancia atenuante de cooperación eficaz del artículo 22 de la Ley N° 20.000.

En segundo lugar, las penas sustitutivas son procedentes en los casos del inciso final de art. 1° que dispone lo siguiente: “Para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito”.

10 y p. 117: “De lo expresado, se desprende que los reincidentes de delitos de la Ley 20.000 no pueden optar a las penas sustitutivas [...]”.

⁶ Vid. MINJUS, *Material...* op. cit., p. 213, que establece que la situación de las personas condenadas por segunda vez por un delito de la ley de drogas, es la misma antes o después de la Ley N° 20.603: pena privativa de libertad efectiva. En la historia fidedigna de la disposición, consta que esa fue la interpretación que tuvo presente el legislador al momento de discutir la regla de exclusión en el seno de la Comisión de Constitución. “La señora Subsecretaria de Justicia hizo presente que el actual artículo 62 de la ley No 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, excluye de la aplicación de las actuales medidas alternativas de la ley No 18.216 sólo a quienes sean reincidentes por los delitos contemplados en aquel cuerpo legal y que incluso permite que los reincidentes puedan acceder a ellas si actuaron como cooperadores eficaces en procesos criminales seguidos contra otros narcotraficantes” (Historia de la Ley N° 20.603, p. 525).

Esto rige sin problemas respecto de crímenes y simples delitos de la Ley N° 18.403. Pero existe un problema en relación a las leyes N° 20.000 y 19.366, pues la Ley N° 18.216 modificó también el artículo 62 de la Ley N° 20.000 (que establece la misma regla de exclusión) remplazando la expresión “medidas alternativas” por “penas sustitutivas”, sin recoger en su texto la contraexcepción.

AGUILAR⁷, entiende que debe prevalecer la regla “especial” del artículo 62 por sobre el artículo 1° inciso final, agregando que si el legislador hubiese querido aplicar al primero la contraexcepción, lo habría indicado expresamente en aquella disposición, que se limitó a remplazar la expresión “medida alternativa” por “pena sustitutiva”.

Sin embargo, la interpretación de AGUILAR no repara en que ambas disposiciones establecen la misma regla. Tanto el inciso tercero del artículo 1° de la Ley N° 18.216 como el artículo 62 de la Ley N° 20.000, son reglas que establecen una misma excepción respecto de lo aplicabilidad general de las penas sustitutivas de la Ley N° 18.216⁸.

Entonces, la cuestión no es de especialidad, sino que lo relevante es determinar el ámbito de aplicación de la regla que establece la contraexcepción. Y en este punto, es correcto afirmar que la concurrencia de sus presupuestos, excluye el efecto excepcional de las condenas anteriores respecto de ambas disposiciones. Es decir, el inciso final impide el efecto excluyente regulado en los artículos 1° inciso tercero Ley 18.216 y 62 Ley N° 20.000. Por ello, el legislador no estaba obligado a modificar incorporando al artículo 62 la regla de omisión de condenas anteriores, pues, dicha disposición, al igual que el inciso tercero del artículo primero, sólo está regulando la excepción, no la contraexcepción.

Esta interpretación se vincula mejor, desde un punto de vista teleológico, con los objetivos perseguidos por la Ley N° 20.603, en el sentido de incentivar un uso racional de la pena privativa de libertad, sustituyéndola por la imposición de penas orientadas a un proceso de reinserción social con control efectivo, evitando la privación de libertad de quien no ha delinquido durante el plazo exigido por ley.

Además, la propia historia fidedigna de la disposición descarta la tesis de AGUILAR. La introducción de la regla de exclusión del art. 62, al texto de la Ley N° 18.216, fue inicialmente propuesta en un nuevo artículo 35 bis, bajo la siguiente justificación dada por la entonces Subsecretaria de Justicia, Patricia Pérez Goldberg:

“[...] esta disposición tiene el mismo contenido que el artículo 62 de la ley No 20.000, según su texto vigente, y que, haciéndose cargo de algunas inquietudes que se han planteado durante este debate, tiene por objetivo eliminar cualquier duda interpretativa relativa a si las penas sustitutivas contenidas en este proyecto constituyen una norma penal posterior mas beneficiosa para el condenado, lo que podría dar pie a su aplicación retroactiva. Señaló que se estimó preferible incorporar este precepto directamente en la ley

⁷ AGUILAR, Cristian. *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N° 18.216 (Ley 20.603)*. Santiago, editorial Metropolitana, 2013, p. 32

⁸ Vid. *supra* nota 6

N° 18.216, manteniéndose el artículo 5° del proyecto –que modifica el artículo 62 de la ley N° 20.000- solamente para los efectos de actualizar la terminología utilizada en esa disposición”⁹.

Es decir, la reproducción de la regla tuvo por finalidad establecer en la ley posterior una regla equivalente a la ley anterior, a efectos de eliminar problemas de aplicabilidad de la ley penal según la variable tiempo.

Posteriormente, en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados surge el problema del eventual conflicto entre la regla de excepción (ubicada ahora en el artículo 35), y la contraexcepción contenida en el inciso final del artículo 1°. Frente a la duda de si era aplicable la segunda, los representantes del ejecutivo afirmaron que la solución era trasladar la excepción al mismo contexto de la regla de omisión de condenas anteriores como excepción a ella:

“El Diputado señor Araya, hizo presente que esta norma estaría en contradicción con el inciso final del artículo 1°, según el cual, para los efectos de esta ley, no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito. En efecto, en el caso de los condenados por los crímenes o simples delitos establecidos por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403, que sancionan el tráfico de estupefacientes, no podría imponérseles una pena sustitutiva cualquiera sea el plazo transcurrido entre la condena y la comisión del nuevo ilícito [...]

Los representantes del Ejecutivo estimaron que para aclarar las dificultades de interpretación, el contenido del artículo 35 debería trasladarse como inciso final del artículo 1°. En definitiva, luego de intervenciones en ambos sentidos, se rechazó el artículo 35 por unanimidad”¹⁰.

Finalmente, en Comisión Mixta, se estableció la ubicación definitiva de la regla de excepción en el artículo 1°. Las razones fueron nuevamente indicadas por la Subsecretaría de Justicia:

“[...] se modifica la ubicación de esta regla, pues ella pasa desde el artículo 35 al artículo 1o de la ley No 18.216, de manera de contemplar en una sola disposición toda la regulación relativa a las causas legales generales en virtud de las cuales no procederán las penas sustitutivas”¹¹.

En consecuencia, se observa en la historia fidedigna de la disposición que la regla de excepción es equivalente a la contenida en el artículo 62, que ello obedeció a la intención de descartar problemas de aplicabilidad retroactiva de una ley penal favorable, y que puesta en duda la aplicabilidad de la contraexcepción del inciso final del artículo 1°, la solución fue trasladar la excepción al contexto común de excepciones respecto de las

⁹ Historia de la Ley N° 20.603, pp. 713-714.

¹⁰ *Ibidem*, p. 1010.

¹¹ *Ibidem*, p. 1058.

cuales es aplicable la regla de omisión de condenas anteriores, es decir, el artículo 1° de la Ley 18.216.

b) Exclusión general de todas las penas sustitutivas, respecto de las condenas por robo simple en calidad de autor de delito consumado, en relación a quienes hayan sido anteriormente condenados por robo calificado, robo simple, robo por sorpresa y robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, destinado a la habitación o sus dependencias.

Según dispone el inciso cuarto del artículo 1° de la Ley N° 18.216, no se aplicará ninguna de las penas sustitutivas a los **autores del delito consumado** previsto en el inciso primero del artículo 436, cuando hayan sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433, 436 y 440 CP.

Esta regla de excepción tampoco precisa el momento respecto del cual la condena (previa) debe ser anterior. Al respecto es aplicable lo señalado en relación a la primera regla de exclusión general comentada (anterioridad al nuevo hecho delictivo).

Además, pese a la omisión de la exigencia de ejecutoriedad de la sentencia condenatoria anterior, es plenamente aplicable según las reglas generales¹².

En relación a las condenas anteriores, la regla no restringe su aplicación a casos de intervención a título de autor de delito consumado, a diferencia de la condena actual.

Como contraexcepción, rige lo dispuesto en el inciso final del artículo 1° de la Ley N° 18.216.

c) Exclusión general de todas las penas sustitutivas, respecto de condenas por secuestro calificado, sustracción de menor, violación propia, violación impropia, violación con homicidio, parricidio, femicidio y homicidio calificado, en calidad de autor de delito consumado.

De acuerdo al inciso segundo del artículo 1° de la Ley N° 18.216, no se aplicará ninguna de las penas sustitutivas a los **autores de delito consumado** de los ilícitos previstos en los artículos 141 inciso 3°, 4° y 5°, 142, 361, 362, 372 bis, 390 y 391 N° 1 CP.

Como contraexcepción, el mismo inciso segundo dispone la aplicabilidad general de las penas sustitutivas si se hubiese considerado la circunstancia primera del artículo 11 CP ("eximente incompleta").

Extrañamente, la regla sólo comprende la circunstancia atenuante de efecto ordinario y no la atenuación extraordinaria del artículo 73 CP. La regla, formulada en esos términos, es deficiente: si según la interpretación mayoritaria la distinción entre la aplicación del artículo 11 N°1 y el artículo 73 depende de si la eximente enumera requisitos y concurre el

¹² Arts. 4° y 468 CPP; arts. 38 y 174 CPC.

mayor número de ellos¹³, la regla estaría afirmando que el caso menos grave desde el punto de vista del merecimiento y necesidad de pena, no puede acceder a una sustitución de la pena privativa de libertad. Sin embargo, esta alternatividad es sólo una apariencia. El reconocimiento del art. 11 N° 1 no es obstáculo para su expresión, en los casos que corresponda y para efectos penológicos, según la regla del art. 73.

d) Exclusión general de todas las penas sustitutivas respecto de los condenados por la comisión de una falta, a quienes se aplicó la suspensión de la imposición de la condena regulada en el art. 398 CPP

Según dispone el artículo 2° de la Ley N° 18.216, “en los casos de faltas, regirá lo dispuesto en el artículo 398 del Código Procesal Penal o en la Ley N° 18.287, según sea el tribunal que conozca del proceso”.

La regla remite a la “suspensión de la imposición de la condena por falta”, indicando el inciso primero del artículo 398 CPP que en caso de disponerse dicha suspensión, no procederá su acumulación con alguna pena sustitutiva.

Lo anterior no significa que las faltas estén excluidas de la aplicación de las penas sustitutivas, pues la regla del art. 398 CPP, al que se remite el art. 2° de la Ley N° 18.216, sólo establece que la suspensión de la imposición de condena es incompatible con ellas, pero no que la denegación de la suspensión impida la sustitución.

2. Exclusiones especiales

a) Exclusión de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, respecto de los condenados por crímenes o simples delitos señalados en las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403¹⁴.

b) Exclusión de la pena sustitutiva de remisión condicional, respecto de condenados por los ilícitos previstos en los artículos 15 letra b) o 15 bis letra b).

Estas exclusiones serán analizadas en los capítulos correspondientes a cada pena sustitutiva en particular.

¹³ Vid. por todos, MERA, Jorge. “Comentario (art. 11)”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor. *Código Penal comentado, Parte General*. Abeledo Perrot, Santiago, 2011, p. 286.

¹⁴ No se debe olvidar, sin embargo, que la prestación de servicios en beneficio de la comunidad puede sustituir a la pena de multa en estos casos, si no tuviere bienes para satisfacerla, en razón de lo dispuesto en el art. 49 CP.

Remisión condicional

1. Concepto

La pena de remisión condicional consiste en la discreta observación y asistencia del condenado por Gendarmería de Chile, durante el tiempo establecido en la respectiva sentencia judicial¹⁵.

Esta pena sólo impone el control del cumplimiento de las condiciones impuestas al condenado, sin intervención psicosocial adicional¹⁶ ni privación de libertad parcial. Esa es la principal diferencia existente con la libertad vigilada y la reclusión parcial, respectivamente, y en consecuencia, constituye en abstracto la pena sustitutiva menos gravosa para los condenados.

Esta pena sustitutiva es prácticamente igual a su antecesora, la medida de remisión condicional de la pena. La diferencia se encuentra en que la pena de remisión condicional no impone la condición de satisfacer la indemnización civil, costas y multas, sin embargo, es desfavorable en relación a la existencia de exclusiones para su otorgamiento.

2. Requisitos¹⁷

- a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta, no sea superior a tres años.

Respecto de este requisito, erróneamente, tanto la definición legal del artículo 3° de la Ley N° 18.216, como la del artículo 2° del Reglamento, refieren como objeto de la sustitución solamente a la pena privativa de libertad. El defecto es corregido en el artículo 4° de la ley y en el artículo 3° del Reglamento, que refieren tanto a las penas privativas como restrictivas de libertad.

- b) Que la persona no haya sido anteriormente condenada por crimen o simple delito.

En relación a este requisito, a *contrario sensu*, las penas correspondientes a faltas no impiden la procedencia de la remisión condicional.

Además, por aplicación de las reglas generales sobre eficacia de resoluciones judiciales penales, las condenas previas que impiden la sustitución deben encontrarse ejecutoriadas¹⁸.

¹⁵ Art. 2° del DS. N° 1.120 del Ministerio de Justicia, de 18 de enero de 1984, modificado por el DS N° 629, del Ministerio de Justicia, de 27 de diciembre de 2013 (en adelante "Reglamento"). La diferencia entre la definición legal (art. 3° Ley N° 18.216) y la contenida en el reglamento, es que aquélla expresa que lo sustituido es el cumplimiento de la pena, en cambio, el reglamento afirma que lo sustituido es la pena privativa de libertad.

¹⁶ Vid. MINJUS, *Material...* op. cit., p. 30.

¹⁷ Art. 4° Ley N° 18.216; art. 3° Reglamento.

¹⁸ AGUILAR, op. cit., p. 34. Arts. 4° y 468 CPP; art. 174 CPC.

Finalmente, para estos efectos, no se deben considerar las condenas anteriores por crimen o simple delito cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito.

- c) Que los antecedentes personales, conducta anterior y posterior al hecho, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitan presumir que no volverá a delinquir, y
- d) Que las circunstancias b) y c) hagan innecesaria una *intervención* o la *ejecución efectiva* de la pena.

Es decir, si el imputado delinque por primera vez (o se aplicó a su respecto la regla de omisión de condenas anteriores), el hecho es de escasa o mediana gravedad (la pena concreta impuesta en la sentencia no supera los tres años de privación o restricción de libertad), existen razones que permiten presumir que no volverá a delinquir, y en consecuencia, no es necesaria una intervención o la efectividad de la pena privativa, la ley establece una preferencia por un control periódico del condenado, sin plan de intervención, y sin exponerlo al contacto criminógeno que importa la pena privativa de libertad efectiva.

Durante la vigencia de la Ley N° 18.216, antes de su modificación por Ley N° 20.603, el otorgamiento de la remisión condicional de la pena operaba, con un texto semejante, exigiendo sólo sus requisitos formales: inexistencia de condenas anteriores por crimen y simple delito y cuantía de la pena sustituida. Este es un criterio favorable para la defensa, pues no problematiza el presupuesto preventivo especial de esta pena, esto es, la existencia de antecedentes que permitan presumir que el condenado no volverá a delinquir, y la falta de necesidad de intervención o de ejecución efectiva.

Si no se mantiene ese criterio, y son debatidos los presupuestos preventivo-especiales de la remisión condicional, es necesario tener presente algunas consideraciones básicas:

- a) La gravedad de un hecho sancionado con pena concreta inferior a tres años no justifica en general una sanción de privación efectiva de libertad. Las alternativas con que cuenta el tribunal en este rango (remisión condicional, reclusión parcial y libertad vigilada en casos de penas de dos a tres años) permiten afirmar inequívocamente que el legislador ha considerado la existencia de sanciones distintas al encierro en un establecimiento penitenciario, como respuesta preferente a un hecho de estas características, en razón de las consecuencias perniciosas que la pena efectiva acarrea, evitando la generación de efectos desocializadores y contagio criminógeno en el condenado.
- b) Para escoger entre las diversas alternativas, se debe considerar que la inexistencia de condenas anteriores por crimen o simple delito es un antecedente

calificado de ausencia de peligrosidad, que permitirá al tribunal presumir que el condenado no volverá a delinquir, al no existir historial delictivo¹⁹ y que, en consecuencia, no es necesaria intervención psicosocial ni el encarcelamiento.

- c) En los casos en que se requieran otros antecedentes, ellos deben ir en relación a la existencia de redes formales en caso de existir familia y redes significativas de apoyo (que pueden ser amigos, empleadores, entre otros), contratos de trabajo u otros antecedentes que acrediten el ejercicio de un trabajo o estudios y participación en organizaciones comunitarias.

Finalmente, la ley excluye del ámbito de aplicación de la remisión condicional, las condenas superiores a quinientos cuarenta días (e iguales o inferiores a tres años, por ser el límite máximo sustituible por remisión condicional)²⁰ por los siguientes delitos:

- i) Microtráfico;
- ii) Manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, lesiones graves gravísimas, simplemente graves o menos graves;
- iii) Determinados delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar²¹:

¹⁹ En este sentido, el Ministerio de Justicia señala que “esta pena se basa en que, debido a la falta de peligrosidad del sujeto, constatable por la falta de antecedentes penales, y a la escasa lesividad del delito cometido, resulta innecesaria la aplicación de una pena privativa de libertad que se cumpla de forma efectiva [...]” (MINJUS, *Material...* op. cit., p. 30).

²⁰ Vid. tb. AGUILAR, op. cit., pp. 37-39, y nota 35.

²¹ La descripción de figuras penales realizadas “en el contexto de violencia intrafamiliar”, obliga a revisar el sentido de esta expresión y a exigir una interpretación restrictiva de la excepción circunscrita a la normativa vigente de violencia intrafamiliar (en adelante, VIF), es decir, La Ley N° 20.066.

De acuerdo al art. 5 de dicha ley, para que un acto sea constitutivo de VIF, es requisito que se den los siguientes supuestos copulativos (Vid. al respecto, DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, *La nueva normativa contra la violencia intrafamiliar: ley que dicta normas de protección contra la violencia intrafamiliar (Ley N° 20.066) y Ley que crea los tribunales de familia (Ley N° 19.968)*. Minuta N° 6. Septiembre, 2005, pp. 4 y ss.):

a) Exista un “todo maltrato” que afecte “la vida e integridad física y psíquica de ciertas personas”, es decir, que se configure lo que se ha denominado el *ámbito de aplicación fáctica* de la Ley VIF.

En la aplicación general de la Ley N° 20.066, este concepto es equívoco y podría incluir tanto actos que no constituyen delitos (“contravencionales”, contemplados en el párrafo segundo de la ley, y cuyo conocimiento corresponde a los tribunales de familia), como delitos (“delictuales”, considerados en el párrafo tercero, y cuyo conocimiento corresponde al sistema penal). También se discute cuáles son los delitos que afectan dichos bienes jurídicos, sobre todo en casos de pluriofensividad, o bien, que afectando claramente un bien jurídico único, consecuentemente afectan a otro que coincide con los enumerados en el art. 5 Ley N° 20.066, como es el caso de la violación de morada.

Por ello, en la aplicación específica de la Ley N° 18.216, este “todo maltrato” que afecta “la vida e integridad física” debe circunscribirse a ciertos y determinados delitos expresamente enumerados, lo que excluye la posibilidad de incluir otros no descritos por la regla.

b) Se trate de personas unidas por un *vínculo de intrafamiliaridad*, lo que hemos designado anteriormente como el *ámbito de aplicación personal* de la Ley VIF. No basta con que se haya configurado el ámbito de aplicación fáctica, pues para que se de un “contexto de violencia intrafamiliar”, el hechor con la víctima deben estar unidos por un vínculo de intrafamiliaridad.

En este punto, es necesario señalar que las categorías de intrafamiliaridad del Art. 5 de la Ley N° 20.066 tampoco son unívocas. En efecto, las causas de intrafamiliaridad suelen ser agrupadas de la siguiente forma:

- Tener o haber tenido la calidad de cónyuge.
- Tener (¿o haber tenido?) la calidad de conviviente.

- amenaza de un mal constitutivo de delito, art. 296
- amenaza de un mal no constitutivo de delito, art. 297
- parricidio y femicidio, art. 390
- homicidio simple y calificado, art. 391
- castración, art. 395
- mutilación de miembro importante o menos importante, art. 396
- lesiones graves gravísimas o simplemente graves, art. 397

-
- Pariente consanguíneo o afín en toda la línea recta o en al colateral hasta el tercer grado inclusive respecto del ofensor o de su cónyuge o de su actual conviviente.
 - Padres de un hijo en común
 - Menores de edad, adulto mayor o discapacitados que se encuentren bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar.

Nos referiremos a las categorías que creemos más discutibles, y en las que hay elementos que un defensor debiera revisar con atención.

- Una primera categoría sobre la que hay que prestar atención es la de “convivencia”. Quizás, en lo único en que hay consenso, es que se trata de una situación de hecho (así lo señala el Instructivo del Fiscal Nacional N° 111/2010, de 18 de marzo de dicho año, y la STC Rol N° 1.432-09, de 5 de agosto de 2010, considerando 40°), *more uxorio*. Empero, su contenido, sobre todo en materia penal, no ha sido aclarado legalmente. Por eso, la DPP ha solicitado dos informes en derecho para aclarar su extensión. En el primero, BARRIENTOS, Javier, “Sobre la noción de ‘conviviente’ utilizada en el artículo 390 del Código Penal”, en *Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2005-2006* N° 3, 2006, *passim*, opina que deben ser considerados convivientes aquellas personas que pudiendo casarse, es decir que no están afectos a impedimentos matrimoniales, no desean hacerlo. En el segundo, Asimismo, HERNÁNDEZ, Héctor, “La definición de ‘convivencia’ en el Art. 390 del Código Penal”, *Informes en derecho. Doctrina procesal penal 2010*, N° 8, 2011, señala que no existe convivencia si existe una prohibición de acercarse u orden de abandono del hogar común.
- Si ya la categoría de convivientes es compleja en su sentido penal, lo es aún más la posición del Ministerio Público, que sostiene que son intrafamiliares para efectos de esta ley los “ex convivientes”. En efecto, si aceptamos que la convivencia es una situación de hecho, deberíamos aceptar que cuando los hechos que la configuran desaparecen, la situación de convivencia también lo hace consecuentemente. Adicionalmente, al analizar la historia fidedigna de la ley, se observa inequívocamente que los términos “tenga o haya tenido” sólo se refieren a aquellas personas unidas por un vínculo matrimonial (Vid. FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL y LORCA, Rocío. *Plazo de cese de convivencia, ex-convivencia y parentesco sin hijos*. Consulta (8)2009. DEP, Marzo, 2009, *passim*) El único caso en que creemos que los “ex convivientes” pueden ser considerados intrafamiliares son aquellos que se encuentran en alguna de las hipótesis del inc. 2 del art. 5, es decir, cuando sean padres de un hijo en común, o se encuentren en los otros casos descritos en la mencionada norma, pero no como ex convivientes.
- En relación al parentesco por afinidad, no es posible olvidar que de acuerdo al art. 31 CC, este tipo de parentesco sólo alcanza a los consanguíneos de quienes están o han estado casados, por lo que no comprende a parientes consanguíneos del/la conviviente. Los únicos parientes del actual conviviente que son intrafamiliares, son los consanguíneos y siempre que sea el actual conviviente (Vid. DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS, *La nueva normativa...* op. cit., p. 5).
- Finalmente, tampoco es clara la definición de intrafamiliaridad de la parte final del Inc. 2 Art. 5 (“persona menor de edad, adulto mayor o discapacitada que se encuentre bajo el cuidado o dependencia de cualquiera de los integrantes del grupo familiar”), pues literalmente la redacción señala que son intrafamiliares quienes integran un “grupo familiar”, lo que no es claro. Sin embargo, creemos que la protección que da el legislador se refiere a situaciones en que personas viven bajo el mismo techo, por cuanto exige que una persona esté bajo “cuidado y dependencia” de otra, lo que implica una cercanía hogareña que sólo se produce si ambos viven dentro de la misma casa y uno tiene un deber de vigilancia, custodia o asistencia del otro. En este sentido, no quedarían incluidos aquellos que dependen sólo económicamente de otros, sin vivir ni mantenerse asistidos o protegidos físicamente por otra persona. Finalmente, sólo hacer presente que la inclusión de los adultos mayores en el inciso 2° del art. 5 debe interpretarse conforme lo dispone el Art. 1 Ley 19.828, es decir, debe tratarse de personas que han cumplido 60 años.

- lesiones graves cometidas por medio de sustancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, art. 398
 - lesiones menos graves, art. 399;
- iv) Determinados delitos sexuales:
- estupro, art. 363
 - abuso sexual agravado, art. 365 bis,
 - abuso sexual propio, art. 366
 - abuso sexual impropio, art. 366 bis
 - involucramiento de menor a actos de significación sexual, art. 366 quáter
 - producción de material pornográfico infantil, art. 366 quinquies
 - promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, simple o calificada, art. 367
 - obtención de servicios sexuales por parte de menores de edad, art. 367 ter
 - promoción o facilitación de la entrada o salida del país de personas para el ejercicio de la prostitución, art. 411 ter

En estos casos sólo podrá sustituirse la pena por reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, según corresponda.

Finalmente, se debe enfatizar que la exclusión vía remisión al artículo 15 letra b) o 15 bis letra b), no se efectúa a un catálogo de tipos penales, sino que a los “ilícitos previstos en esas disposiciones”, es decir, hechos infractores de la ley penal cuya gravedad justifica la imposición de una pena superior a quinientos cuarenta días. De ese modo, la regla de exclusión se refiere no sólo a la disposición legal correspondiente, sino también, a la gravedad del ilícito expresada en la concreta pena impuesta.

En este sentido, el Ministerio de Justicia, en su *Manual para capacitación nueva Ley N° 18.216*, afirma expresamente que los casos de exclusión se vinculan a condenas por los delitos señalados, mayores de 540 días²².

En contra, MARCAZZOLO ha señalado que “en el evento que una persona sea condenada por un delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas a una pena inferior a quinientos cuarenta y un días [...] dicha pena no podría ser sustituida por la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada”²³.

Sin embargo, esa opinión yerra al entender que la referencia se dirige a un catálogo de delitos. Por el contrario, la remisión del artículo 4° se efectúa a los “ilícitos previstos” en las disposiciones señaladas, es decir, a los hechos comprendidos en ellas, considerando el tipo penal realizado y también su gravedad, expresada en una pena superior a quinientos cuarenta días.

²² MINJUS, *Material...* op. cit., pp. 32, 210.

²³ MARCAZZOLO, op. cit., p. 119.

De lo contrario, habría que aceptar que un hecho, respecto del cual concurre una atenuación de la pena, realizado por un individuo respecto del cual no concurre peligro de reiteración, y que carece de antecedentes penales, deba ser sancionado en todos los casos con privación de libertad, sea ella total o parcial (reclusión parcial). Esa conclusión, de carácter abiertamente discriminatorio en relación a otros condenados, debe ser una consecuencia explícita de la regulación legal, y no una mera interpretación extensiva de la expresión “ilícito” que omite toda consideración de la gravedad del hecho exigida por la ley, expresada en la pena concreta impuesta.

3. Duración de la pena

El plazo de “observación” no será inferior a la duración de la pena sustituida, con un mínimo de un año y un máximo de tres²⁴.

Al respecto, es necesario recordar que esta pena no requiere intervención, y por lo tanto, no son pertinentes consideraciones orientadas a fijar la cuantía de la remisión condicional según criterios vinculados a la peligrosidad del condenado. Ello sería contradictorio con los mismos presupuestos de esta pena sustitutiva. En este sentido, si se trata de una pena privativa de libertad de sesenta y un días, no hay razones legítimas para que el tribunal determine un plazo superior a un año de observación.

En otros términos: si la remisión condicional requiere como presupuesto material que se pueda presumir que el condenado no volverá a delinquir, además de la falta de necesidad de intervención y ejecución efectiva de la pena, entonces, no son pertinentes para fijar la duración del plazo de observación, consideraciones orientadas a asegurar un mayor control de la persona condenada, más allá de la culpabilidad del autor determinada en la pena concreta sustituida.

4. Efectos²⁵

Impuesta la pena de remisión condicional, el condenado queda sujeto a las siguientes condiciones²⁶:

- a) *Residencia en un lugar determinado.* Puede ser propuesta por el condenado y además, puede ser modificada a su solicitud en casos especiales, según calificación efectuada por Gendarmería de Chile.

²⁴ Art. 5° Ley N° 18.216; art. 4° Reglamento

²⁵ Art. 5° Ley N° 18.216; art. 5° Reglamento

²⁶ Aguilar, op. cit., p. 41, entiende que todas las condiciones de esta pena sustitutiva son obligatorias. Sin embargo, expresamente la tercera condición exige un presupuesto adicional (carencia de medios conocidos y honestos de subsistencia, y no tener la calidad de estudiante) cuya falta de concurrencia impide su imposición.

La obligación de residencia no impide su abandono temporal, pues de lo contrario estaríamos en presencia de la pena de relegación, precisamente, una pena restrictiva de libertad sustituible²⁷.

- b) *Sometimiento al control administrativo y asistencia de Gendarmería de Chile*: El condenado debe concurrir una vez al mes en la fecha que determine Gendarmería de Chile. El control de asistencia se realiza según el sistema de registro de Gendarmería de Chile. Dicho servicio recabará anualmente al efecto, un certificado de antecedentes prontuarios.

En los casos de condenados pertenecientes a las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile, rige la regla especial del artículo 13 Ley N° 18.216.

- c) *Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio*, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no tiene la calidad de estudiante, dentro del plazo y bajo las modalidades que determina el Centro de Reinserción Social.

Esta condición sólo es aplicable a personas que “carecen de medios conocidos y honestos de subsistencia”. La gama de posibilidades para acreditar su existencia es considerable y no debe circunscribirse a un trabajo formal, sino que debe comprender toda actividad lícita que genere ingresos. Al respecto, se debe tener especial consideración, por aplicación del principio de igualdad constitucional entre sexos²⁸, con el caso de las dueñas de casa condenadas, pues si bien no tienen un trabajo remunerado, la subsistencia en este caso se vincula a otros ingresos lícitos, no necesariamente propios sino de quienes las sostienen económicamente. En este sentido, debieran considerarse excluidos de esta regla todos aquellos progenitores que deban dedicarse al cuidado de sus hijos y familiares más cercanos.

5. Procedimiento

5.1. Imposición

La pena de remisión condicional puede ser impuesta de oficio o a petición de parte por el tribunal. Debe ser ordenada en la sentencia condenatoria. Su concesión o rechazo debe expresar los fundamentos en que se apoya, y en el primer caso, los antecedentes que fundamentan su convicción²⁹.

²⁷ En este sentido, vid. AGUILAR, op. cit., p. 40.

²⁸ Arts. 1, inc. 1° y 19 N° 2 CPR.

²⁹ Art. 35 Ley N° 18.216

En caso de delitos de acción penal privada o mixta, el tribunal debe citar a la víctima o a quien la represente a la audiencia del art. 343 CPP, para debatir su procedencia³⁰. No se requiere comparecencia efectiva, basta la citación³¹.

Concesión y denegación son apelables en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia definitiva, pero si se impugna ella vía recurso de nulidad, la apelación se interpone conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario para el caso de que la resolución del recurso no altere lo decidido por el tribunal a quo. En ese caso, el plazo es el del recurso de nulidad³².

Si se presentan uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronuncia de inmediato sobre la admisibilidad de ésta, pero sólo la concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto³³.

La imposición tiene mérito suficiente para la omisión de anotaciones en los certificados de antecedentes. A estos efectos, el tribunal debe oficiar al Registro Civil³⁴.

5.2. Ejecución

5.2.1. *Información a Gendarmería*

Una vez impuesta la pena, el tribunal tiene un plazo de cuarenta y ocho horas desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, para informar a Gendarmería de Chile³⁵.

5.2.2. *Presentación al condenado*

El condenado debe presentarse ante Gendarmería de Chile dentro del plazo de cinco días desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada. Es recomendable aconsejar al condenado presentación a tercero día, para evitar una presentación cuando Gendarmería carezca de la información remitida por el tribunal³⁶. En caso de no presentación, Gendarmería de Chile deberá informar al juez de garantía competente para conocer de la

³⁰ Art. 35 Ley N° 18.216

³¹ En este sentido, MINJUS, *Material...* op. cit., p. 148.

³² Art. 37 Ley N° 18.216

³³ Art. 37 Ley N° 18.216

³⁴ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

³⁵ Art. 24 Ley N° 18.216

³⁶ Si al presentarse Gendarmería no ha recibido la información, el condenado debiera exigir algún comprobante de su presentación.

ejecución³⁷, quien puede despachar inmediatamente orden de detención, con el mérito de esa comunicación (sin necesidad de solicitud previa del fiscal)³⁸.

5.2.3. *Tribunal competente*

El tribunal competente es el que corresponde según las reglas generales, esto es, el juzgado de garantía que hubiese intervenido en el respectivo procedimiento penal³⁹. En casos excepcionales, el tribunal podrá declararse incompetente para que conozca el juez de garantía del lugar de cumplimiento de la pena cuando exista una distancia considerable entre el lugar donde se dictó la sentencia y el de ejecución⁴⁰.

6. Incumplimiento y quebrantamiento

6.1. Casos

a) *Incumplimiento injustificado de condiciones*⁴¹

Si se trata de un incumplimiento injustificado *grave* o *reiterado*, el tribunal deberá revocar la remisión condicional o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.

Si se trata de otra clase de incumplimiento injustificado (no grave ni reiterado), el tribunal deberá intensificar las condiciones, es decir, establecer un mayor control para el cumplimiento de la pena. En el caso de la remisión condicional, ese mayor control podrá consistir en dos presentaciones al mes ante Gendarmería de Chile.

En relación a la obligación de residencia y trabajo, es necesario señalar que se trata de condiciones cuyo cumplimiento no es exclusivamente dependiente de la voluntad del condenado y, en consecuencia, las razones justificatorias del incumplimiento pueden ser más amplias.

Finalmente, la revocación como consecuencia de la calificación del incumplimiento como grave o reiterado, debe ser entendido como la última alternativa, si se considera el objetivo general de la reforma a la Ley N° 18.216, orientada a la estimulación del cambio conductual y a la evitación de los efectos perniciosos de las penas privativas de libertad. Desde esa perspectiva, una revocación como primera reacción al incumplimiento no se orienta hacia la consecución de esos objetivos.

³⁷ Arts. 14 letra f) y 113 inc. 2° COT.

³⁸ Art. 24 Ley N° 18.216.

³⁹ Arts. 14 letra f) y 113 inc. 2° COT.

⁴⁰ Art. 36 Ley N° 18.216.

⁴¹ Art. 25 Ley N° 18.216; arts. 5 y 6 Reglamento.

b) Quebrantamiento⁴²

Las penas sustitutivas se consideran quebrantadas por el sólo ministerio de la ley, dando lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado comete un nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme.

Desde esta perspectiva, se advierte la relevancia de verificar la existencia de penas sustitutivas vigentes al momento de aceptar responsabilidad en un procedimiento simplificado, o la realización de un procedimiento abreviado, en razón del efecto que esa condena tiene para la pena sustitutiva anterior.

6.2. Procedimiento

Si el condenado incumple alguna de las condiciones impuestas, Gendarmería lo informará al tribunal competente. El tribunal cita por cédula al condenado a una audiencia que se realizará dentro del plazo de quince días, en la que se discutirá si efectivamente se produjo un incumplimiento de condiciones, o en su caso, un quebrantamiento. Si se trata de un incumplimiento, el tribunal deberá decidir, atendidas las circunstancias del caso, si intensifica las condiciones, reemplaza por otra pena sustitutiva más intensa o la revoca disponiendo el cumplimiento del saldo de la pena inicialmente impuesta⁴³. Si se trata de un quebrantamiento, ello da lugar a su revocación⁴⁴.

El condenado tiene derecho a asistir con un abogado, y si no dispusiere de uno, el Estado le designa un defensor penal público. Las audiencias se rigen por lo dispuesto en el CPP, pero en todo caso, si fuese necesario presentar prueba para acreditar algún hecho, se procede desformalizadamente⁴⁵.

Tanto la revocación, remplazo e intensificación son apelables según las reglas generales⁴⁶.

6.3. Abono

En caso de dejarse sin efecto la pena sustitutiva impuesta, sea como consecuencia del incumplimiento o del quebrantamiento, el condenado se somete al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas⁴⁷.

Consta en la historia fidedigna de la ley que la introducción del término “proporcional” obedece al posible exceso en la duración de la remisión condicional respecto de la pena

⁴² Art. 27 Ley N° 18.216.

⁴³ Art. 28 Ley N° 18.216; arts. 6 Reglamento.

⁴⁴ Art. 27 Ley N° 18.216.

⁴⁵ Art. 28 Ley N° 18.216.

⁴⁶ Art. 37 Ley N° 18.216

⁴⁷ Art. 26 Ley N° 18.216; art. 6° Reglamento.

originalmente impuesta– (ejemplo: pena de sesenta y un días de presidio menor en su grado mínimo sustituida por remisión condicional durante un año). Por esta razón, el abono proporcional en la remisión condicional, corresponde al equivalente en la pena originalmente impuesta, de la fracción de cumplimiento de la pena sustitutiva. Es decir, por ejemplo, el cumplimiento de un tercio de pena sustitutiva, implica un saldo de dos tercios de la pena originalmente impuesta⁴⁸.

El artículo 26 establece un principio aplicable tanto a la revocación como al remplazo. En relación a la primera, si se entiende que la sustitución es una pena y no un beneficio, el cumplimiento de la sanción inicial debe reconocer como abono el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva. Y por la misma razón, si se reemplaza una pena sustitutiva por otra, la nueva pena deberá reconocer el tiempo de cumplimiento de la anterior. En otras palabras, siguiendo los términos empleados por el artículo 26, “dejada sin efecto” la pena sustitutiva (no se refiere únicamente a la revocación), se somete al condenado al cumplimiento del tiempo restante de duración (saldo) de la pena originalmente impuesta, sea respecto de una revocación, o bien, respecto de otra sustitución por otra pena de la Ley N° 18.216 de mayor intensidad.

7. Cumplimiento

Una vez cumplida satisfactoriamente la pena, Gendarmería de Chile informa oportunamente al tribunal, para efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 38 de la Ley N° 18.216⁴⁹, que señala que en el caso de personas no condenadas anteriormente por crimen o simple delito, el cumplimiento tiene mérito suficiente para la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios para todos los efectos legales y administrativos. El tribunal que declare cumplida la pena sustitutiva, debe en consecuencia oficiar al Registro Civil, el que practica la eliminación⁵⁰.

El artículo 38 inciso tercero de la Ley 18.216 no hace referencia a la omisión de condenas anteriores cumplidas como antecedente que permita la eliminación definitiva. En consecuencia, debe aplicarse la regla del inciso segundo, que establece que para los efectos del inciso primero, esto es, determinar quienes no hubieren sido condenados anteriormente, no se consideran las condenas cumplidas en los plazos que la disposición señala.

⁴⁸ Vid. al respecto, RAMOS, César. *Revocación de pena sustitutiva y exigencia de proporcionalidad del abono*. Consulta N° 7/2013. DEP, Junio, 2013, *passim*; MINJUS, *Material...* op. cit., p. 143.

⁴⁹ Art. 7 Reglamento.

⁵⁰ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal

Reclusión Parcial

1. Concepto

La pena de reclusión parcial es un encierro durante cincuenta y seis horas semanales, conforme a los siguientes criterios⁵¹:

- Diurna: encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de 8 horas diarias y continuas, entre 8 y 22 horas.
- Nocturna: encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las 22 horas de cada día, hasta las 6 horas del día siguiente.
- De fin de semana: encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las 22 horas del día viernes y las 6 horas del día lunes siguiente.

Su antecedente es la medida alternativa de reclusión nocturna. En relación a ella, la pena sustitutiva es favorable en cuanto permite su cumplimiento en el domicilio, además de no exigir la satisfacción de la indemnización civil, costas y multas.

La elección de la modalidad de cumplimiento debe orientarse según criterios idóneos para la reinserción social del condenado, y por tanto, no puede ser contraria al desarrollo de un plan de vida pro social. En este sentido, consta en la historia fidedigna de la ley, que “se puede aplicar uno o más criterios que allí se señalan. Por tanto, el juez puede hacer uso de cualquiera de los criterios para alcanzar las horas señaladas en el establecimiento del inciso primero”⁵². Por esta razón, el artículo 7° inciso primero establece que la modalidad admite pluralidad (“conforme a los siguientes criterios”) para completar las cincuenta y seis horas semanales⁵³.

Sin embargo, y pese a esa orientación preventivo especial positiva en la elección de la modalidad, consta en la historia fidedigna de la ley que el legislador persigue también finalidades incoizadoras, de modo tal que la modalidad escogida excluya el ejercicio pleno de la libertad ambulatoria en situaciones de riesgo de reiteración, p. ej., reclusión parcial de fin de semana respecto de quien recurrentemente maneja en estado de ebriedad en ese contexto⁵⁴.

2. Requisitos⁵⁵

- a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta no sea superior a 3 años.

⁵¹ Art. 7° Ley N° 18.216; art. 8 Reglamento.

⁵² Historia de la Ley N° 20.603, p. 995.

⁵³ En este sentido, AGUILAR, op. cit., p. 46.

⁵⁴ Historia de la Ley N° 20.603, p. 70.

⁵⁵ Art. 8° Ley N° 18.216; art. 9 Reglamento.

- b) Que el condenado no lo haya sido anteriormente por crimen o simple delito, o haberlo sido a una condena privativa o restrictiva de libertad que no exceda de dos años, o a más de una, siempre que en total no superen de dicho límite (sin perjuicio de la aplicación de la regla de omisión de condenas anteriores por crimen o simple delito, cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito).

A estos efectos, a *contrario sensu*, las penas correspondientes a faltas no impiden la procedencia de la reclusión parcial. Además, por aplicación de las reglas generales sobre eficacia de resoluciones judiciales penales, las condenas previas que impiden la sustitución deben encontrarse ejecutoriadas⁵⁶.

Pero si dentro del plazo de diez o cinco años anteriores, según sea crimen o simple delito, a la comisión del nuevo hecho, hubiesen sido impuestas dos reclusiones parciales, esta sustitución no es procedente.

Al respecto, el tenor literal y el respeto por el principio de legalidad exigen para la aplicación de esta excepción, dos “reclusiones parciales”, es decir, refiere a la pena sustitutiva del mismo nombre, no a la medida “reclusión nocturna” regulada en la antigua ley. Las diferencias en la modalidad de cumplimiento –y en especial su criterio neutralizador del riesgo de reiteración-, lugar, control, posibilidad de sustitución en ciertos casos, imposibilidad de cumplirlas insatisfactoriamente, e inexistencia de la obligación de satisfacer indemnización, multas y costas, bastan para trazar una diferencia cualitativa entre dos consecuencias jurídicas distintas, de las cuales sólo una es pena.

- c) Que existan antecedentes laborales, educacionales o similares que justifiquen la pena, y que los antecedentes personales, conducta anterior y posterior al hecho, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitan presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.

Durante la vigencia de la Ley N° 18.216, antes de su modificación por Ley N° 20.603, la concesión de la reclusión nocturna operaba en la práctica, con un texto semejante, exigiendo sólo sus presupuestos formales: condenas anteriores con los límites establecidos en la regla y cuantía de la pena. Este criterio es favorable para la defensa, pues no problematiza el presupuesto preventivo especial de la pena, esto es, la existencia de antecedentes que permitan presumir que la pena tiene un efecto disuasivo para el condenado, ni menos la nueva exigencia de antecedentes laborales, educacionales o similares que justifiquen la pena.

Si no se mantiene ese criterio, y en audiencia son debatidos tales presupuestos, es necesario tener presente algunas consideraciones básicas:

⁵⁶ AGUILAR, op. cit., p. 43. Arts. 4° y 468 CPP; art. 174 CPC.

- a) La gravedad de un hecho sancionado con pena concreta inferior a tres años no justifica una sanción de privación total de libertad. Las alternativas con que cuenta el tribunal en este rango permiten afirmar inequívocamente que el legislador ha considerado que existen medios preferentes y menos lesivos como respuesta a un hecho de estas características. Y en razón de las consecuencias perniciosas de la pena efectiva total, debe preferirse la imposición de una pena sustitutiva, evitando la generación de efectos desocializadores y contagio criminológico en el condenado, en coherencia con la finalidad de utilizar racionalmente la pena privativa de libertad.
- b) Para escoger entre las diversas alternativas, se debe considerar que la inexistencia de condenas anteriores es un antecedente expresivo de ausencia de peligrosidad que permite al tribunal presumir que el condenado no volverá a delinquir, al no existir historial delictivo, y por lo tanto, lo adecuado en este caso es la sustitución por remisión condicional.

En cambio, la existencia de condenas anteriores dentro de los márgenes permitidos por la ley como requisito de la reclusión parcial, es expresiva de una actividad delictiva de baja entidad, y en consecuencia, una privación de libertad parcial unida a controles efectivos de cumplimiento tiene un carácter suficientemente disuasivo de un eventual comportamiento delictivo posterior.

- c) En los casos en que se requieran antecedentes adicionales, ellos deben dar cuenta de la situación social y familiar del condenado: certificados de residencia, certificados de estudios, contratos de trabajo, certificado de cargas familiares, certificados médicos, informes sociales, etc., que justifiquen la imposición de esta pena y su efecto disuasivo.
- d) Según la regla en estudio, además de las consideraciones disuasivas, deben existir antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justifiquen la pena. En el caso de la reclusión parcial, el texto sugiere que estos antecedentes son copulativos a los antecedentes que permiten presumir la idoneidad disuasiva de la reclusión parcial, dada la expresión “así como” utilizada por el legislador. Se estima que no hay obstáculo en que unos mismos antecedentes se orienten a ambos objetivos.

3. Lugar de cumplimiento

La pena de reclusión parcial se cumple preferentemente en el *domicilio* del condenado, entendiendo por tal la *residencia regular que utiliza para fines habitacionales*. Excepcionalmente, el lugar de cumplimiento corresponde a “establecimientos especiales”, entendiendo por tales, los centros o anexos abiertos y dependencias destinadas a penados beneficiados con salidas diarias o dominicales administrados por Gendarmería de Chile⁵⁷.

⁵⁷ Art. 7° Ley N° 18.216; art. 8 Reglamento.

La reclusión en establecimientos especiales sólo debiera proceder cuando no sea posible acreditar una residencia regular para fines habitacionales, o cuando el condenado expresamente así lo señale, priorizando de ese modo el proyecto de vida del imputado y su voluntad, especialmente, en razón de las eventuales consecuencias estigmatizantes que puede ocasionar el uso del dispositivo de monitoreo telemático en la vida personal, familiar y laboral del condenado.

A efectos de determinar la residencia regular, es importante considerar situaciones especiales que cumplen con la exigencia de regularidad de la residencia para fines habitacionales, p. ej., gitanos, imputados en residencias terapéuticas, trabajadores en faenas agrícolas, mineras, pesqueras, trabajadores por turnos, camioneros, etc.

El criterio rector para la resolución de estos casos complejos debe ser siempre determinar la modalidad, lugar y forma de control, de un modo que no sea contrario a los fines de reinserción social que la Ley N° 20.603 consideró a efectos de modificar la Ley 18.216.

En caso que el condenado fuese un miembro de las Fuerzas Armadas o Carabineros de Chile, se aplica la regla especial del artículo 13 Ley N° 18.216.

4. Duración de la pena

El plazo de duración de la pena sustitutiva corresponde al equivalente a ocho horas continuas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad⁵⁸.

5. Control

5.1. Reclusión parcial en establecimiento especial de Gendarmería de Chile

Control de asistencia mediante sistema de registro de Gendarmería. En él debe quedar constancia de todas las conductas del condenado y de las resoluciones judiciales que afecten el cumplimiento de la pena⁵⁹.

5.2. Reclusión parcial domiciliaria

Control mediante sistema de monitoreo telemático, salvo informe desfavorable de factibilidad técnica de Gendarmería de Chile, en cuyo caso se pueden decretar otros medios de control similares, determinados por el tribunal⁶⁰, p. ej., el control por Carabineros de Chile⁶¹.

⁵⁸ Art. 9° Ley N° 18.216; art. 10 Reglamento.

⁵⁹ Art. 8 Reglamento.

⁶⁰ Art. 7° y 23 bis Ley N° 18.216, art. 8 Reglamento; arts. 1, 2 y 7 DS N° 515, de 18 de enero de 2013, del Ministerio de Justicia (en adelante "Reglamento MT").

⁶¹ MINJUS, *Material...* op. cit., p. 112.

Es importante destacar que el monitoreo telemático es sólo un medio de control de la reclusión parcial domiciliaria, no una pena en sí misma. Y en consecuencia, ese control opera en un plano de análisis distinto a las consideraciones que se deben tener en cuenta para decidir la sustitución de la pena y su modalidad. En este sentido, el artículo 7° de la ley establece primero, una opción preferente por la reclusión domiciliaria, y a su respecto, un prioritario control (no único) mediante monitoreo telemático. En consecuencia, la falta de factibilidad técnica autoriza otros mecanismos de control sin alterar la sustitución por reclusión parcial ni su lugar de cumplimiento.

La duración del monitoreo telemático es idéntica a la pena sustitutiva, sin perjuicio de la modificación o cesación de la medida, cuando hubieren variado las circunstancias consideradas al momento de imponer la supervisión. Lo anterior se resuelve en una audiencia, a solicitud del condenado. Para ello, el tribunal puede, si lo estima necesario (el Reglamento de Monitoreo Telemático lo redacta implícitamente como obligatorio al momento de fijar la audiencia), requerir informe a Gendarmería de Chile, a través de su Departamento de Monitoreo Telemático, sobre el cumplimiento de las finalidades para las cuales se decretó el uso del monitoreo telemático, el cumplimiento del plazo de observación, las advertencias detectadas y los problemas técnicos no atribuibles al condenado que generen falsos incumplimientos. El informe se entrega al tribunal en un plazo no superior a quince días desde la recepción de la solicitud por el Departamento de Monitoreo Telemático⁶².

Si se ordena el cese, la resolución se comunica a Gendarmería a través del Departamento de Monitoreo Telemático y se procede al retiro como en el caso de cumplimiento⁶³.

6. Procedimiento

6.1. Gestión previa para aplicación de monitoreo telemático

Para la aplicación del monitoreo telemático, se requiere la elaboración de un informe de factibilidad técnica, el que debe ser solicitado a Gendarmería de Chile, a través del Departamento de Monitoreo Telemático, directamente por el fiscal o defensor, o en subsidio el tribunal, durante la etapa de investigación⁶⁴.

Dicha solicitud debe contener:

- a) Identificación del tribunal y de la causa
- b) Individualización completa de la persona eventualmente controlada (RUN, nombre, domicilio, lugar de trabajo o estudio, teléfono del domicilio, teléfono celular, teléfono del trabajo, en su caso).
- c) Pena sustitutiva que se podría aplicar

⁶² Art. 31 Reglamento MT.

⁶³ Art. 29 Reglamento MT.

⁶⁴ Art. 23 bis Ley N° 18.216; art. 8 Reglamento MT.

- d) Toda otra información que el tribunal determine
- e) Domicilio, residencia o establecimiento especial con inclusión de deslindes o perímetros, en el que se ejecutará la pena
- f) Horario en el que se debe permanecer.

La forma y procedimiento para solicitar el informe de factibilidad técnica ha sido aprobada mediante Resolución Exenta N° 12.166, del Director Nacional de Gendarmería de Chile.

Las alternativas para solicitar el informe de factibilidad técnica son⁶⁵:

Mecanismo I. Para solicitar un informe de factibilidad técnica, el fiscal y/o defensor durante la etapa de investigación, en la eventualidad que no efectúen la solicitud a través del tribunal (interconexión) deberán acceder al portal web de Gendarmería de Chile, a saber: <http://www.gendarmeria.gob.cl/solicitudift/>, el cual cuenta con un link o vínculo denominado “Solicitud de informe de factibilidad técnica”, que contiene los formularios para su llenado, según corresponda. El informe se remitirá al solicitante al correo electrónico que haya señalado en el formulario respectivo.

Mecanismo II. En conformidad al “Convenio de colaboración entre la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile, en comunicación electrónica validada”, los tribunales, durante la etapa de investigación realizarán solicitud de informe de factibilidad técnica a Gendarmería de Chile, a través de 1) Interconexión a través de web service entre los sistemas informáticos con que cuenta el Poder Judicial y Gendarmería de Chile y 2) Correos electrónicos para aquellas comunicaciones que no estén expresamente contempladas en el sistema de interconexión (tijemonitoreo.telematico@gendarmeria.cl).

Mecanismo III. En forma excepcional y en la eventualidad que no pudiesen efectuar la solicitud a través de la Interconexión, como tampoco pudiesen acceder al Portal Web de Gendarmería de Chile, se podrá solicitar el Informe de Factibilidad Técnica a través del email: monitoreo.telematico@gendarmeria.cl.

El informe de Gendarmería de Chile, contiene lo siguiente⁶⁶:

- a) Identificación del tribunal y causa.
- b) Individualización del condenado.
- c) Resultado del análisis de factibilidad. Si es negativo, se deben indicar los fundamentos de dicho resultado.
- d) Datos del dispositivo (s) que es factible proporcionar.
- e) Otra información.

⁶⁵ Art. 4º Resolución Exenta N° 12.166, de 20.12.2013, del Director Nacional de Gendarmería de Chile.

⁶⁶ Art. 10 Reglamento MT.

El plazo para que el informe sea entregado es uno no superior a 15 días desde la recepción de la solicitud. Si se trata de una reclusión parcial por aplicación retroactiva de la ley penal favorable, el plazo es uno no superior a 30 días⁶⁷.

El informe debe ser presentado en la audiencia del art. 343 CPP mediante su simple lectura⁶⁸.

La ley omite referencia a los procedimientos que no contemplan la realización de esa audiencia, p. ej., procedimiento simplificado o procedimiento abreviado. Esta omisión no es irrelevante: al igual que la exclusiva referencia a la "etapa de investigación" como oportunidad para solicitar el IFT, el seguimiento literal de la regla implica que, p. ej., un procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad en audiencia de control de la detención no permitiría control con monitoreo telemático, pues no hubo etapa de investigación, post judicialización de la causa, para solicitarlo, ni audiencia del art. 343 para presentarlo. Se sugiere proceder analógicamente según el criterio establecido en el art. 15 inciso final, en relación a la presentación de antecedentes favorables a la sustitución por la pena de libertad vigilada, a efectos de suspender la determinación de la forma de control de la pena sustitutiva hasta contar con el IFT.

6.2. Imposición

La pena de reclusión puede ser impuesta de oficio o a petición de parte por el tribunal. Debe ser ordenada en la sentencia condenatoria. Su concesión o rechazo debe expresar los fundamentos en que se apoya, y en el primer caso, los antecedentes que fundamentan su convicción⁶⁹.

En caso de delitos de acción penal privada o mixta, el tribunal debe citar a la víctima o a quien la represente a la audiencia del art. 343 CPP, para debatir sobre la procedencia de la pena sustitutiva⁷⁰. No se requiere comparecencia efectiva, basta la citación⁷¹.

Concesión y denegación son apelables en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia definitiva, pero si se impugna ella vía recurso de nulidad, la apelación se interpone conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario para el caso de que la resolución del recurso no altere lo decidido por el tribunal a quo. En ese caso, el plazo es el del recurso de nulidad⁷².

Si se presentan uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronuncia de inmediato sobre la admisibilidad de ésta, pero sólo la concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente

⁶⁷ Art. 9 Reglamento MT.

⁶⁸ Art. 23 bis Ley 18216; art. 11 Reglamento MT.

⁶⁹ Art. 35 Ley N° 18.216.

⁷⁰ Art. 35 Ley N° 18.216.

⁷¹ En este sentido, MINJUS, *Material...* op. cit., p. 148.

⁷² Art. 37 Ley N° 18.216

para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto⁷³.

La imposición de esta pena sustitutiva tiene mérito suficiente para la omisión de anotaciones en los certificados de antecedentes, respecto de quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito (sin perjuicio de la aplicación de la regla de omisión de condenas anteriores cumplidas). A estos efectos, el tribunal debe oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación⁷⁴.

6.3. Ejecución

6.3.1. *Información a Gendarmería*

El tribunal tiene un plazo de cuarenta y ocho horas desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, para informar a Gendarmería de Chile⁷⁵.

Si hay monitoreo telemático el tribunal debe informar dentro del mismo plazo, al Centro de Reinserción Social del lugar donde se cumplirá la pena, la orden que impone esta forma de control⁷⁶, por escrito, constando la identificación del proceso, del condenado, fecha de inicio y término, y otros datos que el tribunal estime importantes para su correcta aplicación⁷⁷.

Gendarmería puede solicitar además, si se trata del control de la pena de reclusión parcial, la individualización del Centro de Reinserción Social, plazo del monitoreo telemático, lugar en que se controlará al condenado, días y horas de cumplimiento, determinación de calles, comunas, regiones, y coordenadas pertinentes que fijen límites del área de inclusión⁷⁸.

6.3.2. *Presentación del condenado*

El condenado debe presentarse ante el Centro de Reinserción Social dentro del plazo de cinco días desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, a fin que se le informe sobre la forma de cumplimiento de la pena sustitutiva. Es recomendable aconsejar al condenado presentación a tercero día, para evitar su comparecencia cuando Gendarmería carezca de la información remitida por el tribunal⁷⁹. En caso de no

⁷³ Art. 37 Ley N° 18.216

⁷⁴ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

⁷⁵ Art. 24 Ley N° 18.216

⁷⁶ Art. 14 Reglamento MT

⁷⁷ Art. 23 ter Ley N° 18.216; art. 15 Reglamento MT.

⁷⁸ Art. 15 Reglamento MT

⁷⁹ Si al presentarse Gendarmería no ha recibido la información, el condenado debiera exigir algún comprobante de su presentación.

presentación, Gendarmería de Chile deberá informar al juez de garantía competente para conocer de la ejecución⁸⁰, quien puede despachar inmediatamente orden de detención, con el mérito de esa comunicación (sin necesidad de solicitud previa del fiscal)⁸¹.

Si hay monitoreo telemático, al momento de presentación del condenado o dentro de quince días, se debe instalar el mecanismo de monitoreo telemático, al él y en su domicilio o residencia. Si se trata de un caso de aplicación retroactiva de la reclusión parcial, el plazo es de treinta días⁸².

Al momento de instalarse el mecanismo de monitoreo telemático, se debe informar al condenado, dejando registro en acta la entrega de la información (puede ser entregada en una charla informativa, dejando constancia en el acta antes referida) lo siguiente⁸³:

- Obligaciones que debe cumplir, en especial, deber de adecuada utilización y custodia del dispositivo (cartilla informativa)
- Advertir que la destrucción por parte del condenado, constituye un incumplimiento de las condiciones de la pena sustitutiva, sin perjuicio de sanciones penales.
- Necesidad de mantener comunicación permanente con la Sección de Control Telemático, indicándosele números telefónicos, y deber de informar paradero cada vez que la sección lo requiera, o cada vez que el sistema genera una advertencia o se aprecia funcionamiento anormal, debiendo seguir las instrucciones que se le indiquen de forma remota.
- Áreas de inclusión en las que se desplaza y restricciones horarias.

6.3.3. *Tribunal competente*

El tribunal competente es el que corresponde según las reglas generales, esto es, el juzgado de garantía que hubiese intervenido en el respectivo procedimiento penal⁸⁴. En casos excepcionales, el tribunal podrá declararse incompetente para que conozca el juez de garantía del lugar de cumplimiento de la pena cuando exista una distancia considerable entre el lugar donde se dictó la sentencia y el de ejecución⁸⁵.

6.3.4. *Reglas especiales relativas al monitoreo telemático*

- a) Cambio de domicilio del condenado sometido a monitoreo telemático⁸⁶

⁸⁰ Arts. 14 letra f) y 113 inc. 2° COT.

⁸¹ Art. 24 Ley N° 18.216.

⁸² Art. 16 Reglamento MT

⁸³ Art. 17 Reglamento MT

⁸⁴ Arts. 14 letra f) y 113 inc. 2° COT.

⁸⁵ Art. 36 Ley N° 18.216.

⁸⁶ Art. 13 Reglamento MT

En estos casos, el tribunal debe solicitar un informe de factibilidad técnica favorable en relación al nuevo domicilio. Si es favorable, y el tribunal autoriza el cambio de domicilio, debe indicar al condenado la fecha de presentación al Centro de Reinserción Social correspondiente al nuevo domicilio. Si no es favorable, el tribunal debe pronunciarse acerca de la posibilidad de cumplir igualmente la pena sustitutiva en el nuevo domicilio, sin supervisión de monitoreo telemático o de mantener el condenado el actual domicilio, bajo monitoreo telemático.

b) Desperfectos técnicos del monitoreo telemático (Avisos)⁸⁷

Si el dispositivo queda inutilizado total o parcialmente, o sufre un desperfecto, el condenado debe informarlo a la brevedad a Gendarmería de Chile, que debe verificar los motivos del aviso e intentar solucionar inmediatamente el problema conjuntamente con el condenado, en forma remota. Si no se soluciona, se comunica al condenado que debe concurrir en un plazo de 72 horas, al Centro de Reinserción Social correspondiente, con el fin de reparar o reemplazar el dispositivo.

c) Regla especial en situaciones de emergencia (catástrofe natural u otro imprevisto que afecte pueda afectar el correcto funcionamiento del sistema a nivel nacional o una parte de él)⁸⁸

Gendarmería de Chile a través de la Sección de Control de Monitoreo Telemático toma contacto con todos los condenados supervisados, para verificar la operatividad del sistema. Si no se establece comunicación, informa a Carabineros y/o PDI para que ubiquen al condenado conforme al protocolo de actuación.

7. Incumplimiento y quebrantamiento

7.1. Casos

a) *Reglas especiales para la pena controlada por monitoreo telemático*⁸⁹

i.- Daños al dispositivo

El acto de arrancar, destruir, hacer desaparecer o inutilizar el dispositivo de monitoreo telemático, dolosamente, es calificado por el artículo 23 sexies de la Ley 18.216 como delito de daños. Además, la regla hace procedente tanto lo dispuesto para el incumplimiento de las condiciones impuestas por la pena sustitutiva, como la regla sobre quebrantamiento (que sólo debiera ser aplicable concurriendo sus presupuestos, esto es, que el daño se cometa durante el cumplimiento de la pena sustitutiva, que sea constitutivo a lo menos de simple delito y que exista condena por sentencia firme).

⁸⁷ Art. 21 y 22 Reglamento MT

⁸⁸ Art. 26 Reglamento MT

⁸⁹ Art. 23 sexies Ley N° 18.216.

ii.- Infraacción al deber de informar

Si el dispositivo queda inutilizado o sufre un desperfecto, pudiendo advertirlo así el condenado, debe informarlo a Gendarmería. El incumplimiento de este deber, permite al tribunal dejar sin efecto la sustitución de la pena. La remisión al artículo 25 de la Ley N° 18.216 y el efecto asociado, permite inferir que la ley considera esta omisión como un incumplimiento del régimen de ejecución.

b) *Incumplimiento injustificado de las condiciones*⁹⁰

Si se trata de un incumplimiento injustificado *grave* o *reiterado*, el tribunal deberá revocar la reclusión parcial o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.

Si se trata de otra clase de incumplimiento injustificado (no grave ni reiterado), el tribunal deberá intensificar las condiciones, es decir, establecer un mayor control para el cumplimiento de la pena. Nunca establecer condiciones que excedan las previstas legalmente (p. ej. imponer una reclusión por más de cincuenta y seis horas semanales⁹¹).

Finalmente, la revocación como consecuencia de la calificación del incumplimiento como grave o reiterado, debe ser entendido como la última alternativa, si se considera el objetivo general de la reforma a la Ley N° 18.216, orientada a la estimulación del cambio conductual y a la evitación de los efectos perniciosos de las penas privativas de libertad. Desde esa perspectiva, una revocación como primera reacción al incumplimiento no se orienta hacia la consecución de esos objetivos.

c) *Quebrantamiento*⁹²

Las penas sustitutivas se consideran quebrantadas por el sólo ministerio de la ley, dando lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado comete un nuevo crimen o simple delito, y fuere condenado por sentencia firme.

Desde esta perspectiva, se advierte la relevancia de verificar la existencia de penas sustitutivas vigentes al momento de aceptar responsabilidad en un procedimiento simplificado, o la realización de un procedimiento abreviado, en razón del efecto que esa condena tiene para la pena sustitutiva anterior.

7.2. Procedimiento

Si el condenado incumple alguna de las condiciones impuestas, Gendarmería lo informará al tribunal competente⁹³.

⁹⁰ Art. 25 Ley N° 18.216.

⁹¹ MINJUS, *Material...* op. cit., p. 137.

⁹² Art. 27 Ley N° 18.216.

⁹³ Art. 28 Ley N° 18.216; art. 12 Reglamento.

En caso de control con monitoreo telemático, las alarmas serán informadas al tribunal y al Jefe del Centro de Reinserción Social correspondiente, en un plazo máximo de 72 horas, indicando fecha y hora en que se produjo, hechos acaecidos y actuaciones registradas por Gendarmería, a través del Departamento de Monitoreo Telemático⁹⁴.

El tribunal cita por cédula al condenado a una audiencia que se realizará dentro del plazo de quince días, en la que se discutirá si efectivamente se produjo un incumplimiento de condiciones, o en su caso, un quebrantamiento. Si se trata de un incumplimiento, el tribunal deberá decidir si intensifica las condiciones, reemplaza por otra pena sustitutiva más intensa o la revoca, según fuere la gravedad del incumplimiento. Si se trata de un quebrantamiento, ello da lugar a su revocación⁹⁵.

El condenado tiene derecho a asistir con un abogado, y si no dispusiere de uno, el Estado le designa un defensor penal público. Las audiencias se rigen por lo dispuesto en el CPP, pero en todo caso, si fuese necesario presentar prueba para acreditar algún hecho, se procede desformalizadamente⁹⁶.

Tanto la revocación, remplazo e intensificación son apelables según las reglas generales⁹⁷.

Si se ordena revocación, y hay monitoreo telemático, la resolución se comunica a Gendarmería a través del departamento de monitoreo telemático y se procede al retiro como en el caso de cumplimiento⁹⁸.

7.3. Abono

En caso de dejarse sin efecto la pena sustitutiva impuesta, sea como consecuencia del incumplimiento o del quebrantamiento, el condenado se somete al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor ocho horas continuas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad⁹⁹.

El artículo 26 establece un principio aplicable tanto a la revocación como al remplazo. En relación a la primera, si se entiende que la sustitución es una pena y no un beneficio, el cumplimiento de la sanción inicial debe reconocer como abono el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva. Y por la misma razón, si se reemplaza una pena sustitutiva por otra, la nueva deberá reconocer el tiempo de cumplimiento de la anterior. En otras palabras, siguiendo los términos empleados por el artículo 26, “dejada sin efecto” la pena sustitutiva (no se refiere únicamente a la revocación), se somete al condenado al cumplimiento del tiempo restante de duración (saldo) de la pena originalmente impuesta, sea respecto de

⁹⁴ Art. 24 Reglamento MT

⁹⁵ Arts 27 y 28 Ley N° 18.216; art.12 Reglamento.

⁹⁶ Art. 28 Ley N° 18.216.

⁹⁷ Art. 37 Ley N° 18.216

⁹⁸ Art. 30 Reglamento MT.

⁹⁹ Art. 9° y 26 Ley N° 18.216; art. 10 Reglamento.

una revocación, o bien, respecto de otra sustitución por otra pena de la Ley N° 18.216 de mayor intensidad.

8. Cumplimiento

Una vez cumplida satisfactoriamente la pena, Gendarmería de Chile informa oportunamente al tribunal, para efectos de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 38 de la Ley N° 18.216¹⁰⁰ que señala que en el caso de personas no condenadas anteriormente por crimen o simple delito, el cumplimiento tiene mérito suficiente para la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios para todos los efectos legales y administrativos. El tribunal que declare cumplida la pena sustitutiva, debe en consecuencia oficiar al Registro Civil, el que practica la eliminación¹⁰¹.

El artículo 38 inciso tercero de la Ley 18.216 no hace referencia a la omisión de condenas anteriores cumplidas como antecedente que permita la eliminación definitiva. En consecuencia, debe aplicarse la regla del inciso segundo, que establece que para los efectos del inciso primero, esto es, determinar quienes no han sido condenados anteriormente, no se consideran las condenas cumplidas en los plazos que la disposición señala.

Si hay monitoreo telemático, Gendarmería debe ponerle término inmediatamente, para lo cual se comunicará de inmediato con el condenado para retirar el dispositivo. Si se instaló un mecanismo en el domicilio, se debe acordar con el condenado el día y hora en que Gendarmería, o la empresa proveedora, concurrirá a retirar el dispositivo. Una vez retirado, al condenado y en su domicilio, Gendarmería lo comunica al tribunal a cargo de la ejecución¹⁰².

¹⁰⁰ Art. 14 Reglamento

¹⁰¹ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal

¹⁰² Arts. 27 y 28 Reglamento MT

Libertad vigilada y libertad vigilada intensiva

1. Concepto¹⁰³

La pena de 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 permanente de un delegado.

La pena de 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 que serán vigiladas y orientadas permanente y rigurosamente, por un delegado.

2. Requisitos

2.1. Requisitos comunes a la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva¹⁰⁴

a) Que la persona no haya sido anteriormente condenada por crimen o simple delito.

En relación a este requisito, a *contrario sensu*, las penas correspondientes a faltas no impiden la procedencia de la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva¹⁰⁵.

Además, por aplicación de las reglas generales sobre eficacia de resoluciones judiciales, las condenas previas que impiden la sustitución deben encontrarse ejecutoriadas¹⁰⁶.

Finalmente, para estos efectos, no se deben considerar las condenas anteriores por crimen o simple delito cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito.

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

2.2. Requisitos específicos de la libertad vigilada (simple)¹⁰⁷

¹⁰³ Art. 14 Ley N° 18.216; art. 16 Reglamento.

¹⁰⁴ Art. 15 y 15 bis inciso final Ley N° 18.216; arts. 17 y 17 bis Reglamento.

¹⁰⁵ En este sentido, AGUILAR, op. cit., p. 56.

¹⁰⁶ Arts. 4° y 468 CPP; art. 174 CPC.

¹⁰⁷ Art. 15 Ley N° 18.216; arts. 17 Reglamento.

- a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta sea superior a dos años y no mayor a tres.
- b) O bien, que la pena privativa o restrictiva de libertad sea superior a quinientos cuarenta días y no mayor a tres años, en casos de microtráfico y manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, lesiones graves gravísimas, simplemente graves o menos graves.

2.3. Requisitos específicos de la libertad vigilada intensiva¹⁰⁸

- a) Que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta sea superior a tres años y no mayor a cinco.
- b) O bien, que la pena privativa o restrictiva de libertad sea superior a quinientos cuarenta días y no mayor a cinco años, en los siguientes casos:
 - i) Ciertos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar¹⁰⁹:
 - amenaza de un mal constitutivo de delito, art. 296
 - amenaza de un mal no constitutivo de delito, art. 297
 - parricidio y femicidio, art. 390
 - homicidio simple y calificado, art. 391
 - castración, art. 395
 - mutilación de miembro importante o menos importante, art. 396
 - lesiones graves gravísimas o simplemente graves, art. 397
 - lesiones graves cometidas por medio de sustancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, art. 398
 - lesiones menos graves, art. 399;
 - ii) Ciertos delitos sexuales:
 - estupro, art. 363
 - abuso sexual agravado, art. 365 bis,
 - abuso sexual propio, art. 366
 - abuso sexual impropio, art. 366 bis
 - involucramiento de menor a actos de significación sexual, art. 366 quáter
 - producción de material pornográfico infantil, art. 366 quinquies
 - promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, simple o calificada, art. 367
 - obtención de servicios sexuales por parte de menores de edad, art. 367 ter
 - promoción o facilitación de la entrada o salida del país de personas para el ejercicio de la prostitución, art. 411 ter

¹⁰⁸ Art. 15 bis Ley N° 18.216, 17 bis Reglamento.

¹⁰⁹ Vid. nota 21, *supra*.

3. Efectos

3.1. Obligaciones comunes a la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva¹¹⁰

3.1.1. *Obligaciones obligatorias*¹¹¹

- a) *Residencia en lugar determinado.* Puede ser propuesto por el condenado. Debe corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva. Puede ser cambiada por el tribunal en casos calificados y previo informe del delegado.

La obligación de residencia no impide su abandono temporal, pues de lo contrario estaríamos en presencia de la pena de relegación, precisamente, una pena restrictiva de libertad sustituible¹¹².

- b) *Sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el periodo fijado:* El condenado debe cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que imparta el delegado en materia de educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre, y otras pertinentes para una eficaz intervención individualizada.

Los delegados son funcionarios de Gendarmería de Chile encargados de la intervención, orientación y supervisión de los condenados a fin de evitar la reincidencia y facilitar la integración a la sociedad¹¹³.

A estos efectos, el artículo 27 del Reglamento señala que la intervención psicosocial del delegado, tendrá por objetivo identificar los factores de riesgo criminógeno, a fin de disminuirlos mediante intervenciones que se ajusten a las particularidades de cada condenado y a su riesgo de reincidencia. Para ello deberá considerar las áreas deficientes y los factores protectores de cada condenado a fin de orientar la intervención hacia el desarrollo de competencias que promuevan un desenvolvimiento prosocial.

Además, dicha disposición agrega que se deberá cautelar que todos los condenados a libertad vigilada y libertad vigilada intensiva se beneficien de intervenciones que promuevan su responsabilización por las conductas cometidas, motivándolos en los casos en que corresponda, a adoptar comportamientos que estén en concordancia con las normas sociales imperantes.

¹¹⁰ La Ley N° 20.603 eliminó del art. 17 de la Ley N° 18.216 tanto la obligación de satisfacer la indemnización civil, costas y multas, como la obligación de reparar los daños causados por el delito.

¹¹¹ Art. 17 Ley N° 18.216, art. 20 Reglamento.

¹¹² AGUILAR, op. cit., p. 40.

¹¹³ Art. 20 Ley N° 18.216

Para ello, deberán considerarse los resultados de la evaluación de riesgo de reincidencia del condenado, identificando las necesidades y los recursos o factores protectores que pueden contribuir al proceso de intervención.

La intervención en el marco de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603, se funda en el Modelo de Riesgo, Necesidad, Responsividad (Andrews & Bonta, 1990) cuyos ejes principales son¹¹⁴:

- Principio del riesgo: se refiere a la importancia de ajustar la intensidad de las intervenciones al riesgo de reincidencia del condenado. A mayor riesgo, mayor intervención. El nivel de riesgo se obtiene a través de instrumentos para la evaluación del riesgo de reincidencia.
- Principio de necesidad: en virtud de este principio, se deben intervenir los factores de riesgo relacionados directamente con la aparición y mantenimiento de la conducta delictual.
- Principio de responsividad: se relaciona con la receptividad o capacidad del condenado de beneficiarse con las intervenciones propuestas. En este sentido, una intervención para ser exitosa debe considerar elementos relacionados con el estilo de aprendizaje, género, motivación y contexto cultural del condenado (intervención individualizada).

Adicionalmente, la intervención no debe enfocarse sólo en el déficit del sujeto, sino también en los factores protectores relevantes para el abandono de la conducta delictiva, los que deberán ser identificados previamente.

En consecuencia, el modelo orienta la intervención psicosocial a la consecución de los siguientes objetivos¹¹⁵:

1. Objetivo general de la intervención: Entregar una intervención individualizada que permita disminuir los factores de riesgo delictual para favorecer la reinserción social del condenado.
2. Objetivos específicos de la intervención:
 - Efectuar una evaluación integral que permita determinar el nivel de riesgo de reincidencia y las necesidades de intervención del condenado.
 - Potenciar las fortalezas y el sentimiento de eficacia personal del condenado como un recurso fundamental del proceso de reinserción social.

¹¹⁴ MINJUS, *Material...* op. cit., p. 46 y ss.

¹¹⁵ *Ibíd.*, pp. 49-50.

- Favorecer la vinculación del condenado con los servicios sociales y redes comunitarias disponibles que contribuyan a su reinserción social.
- Implementar estrategias de supervisión e intervención basadas en criterios de coherencia, progresividad y continuidad, acorde al perfil delictual y a lo dispuesto por el tribunal.
- Desarrollar programas de intervención que aborden los factores dinámicos que han contribuido al comportamiento delictual.
- Establecer procedimientos técnicos y administrativos de supervisión para evaluar el desarrollo de los procesos de intervención.

Para alcanzar tales objetivos, existen varios elementos que el delegado debe realizar: diagnóstico, plan de intervención individual, ejecución, seguimiento del plan de intervención, preparación para el egreso y evaluación permanente. .

3.1.2. *Obligaciones eventuales*

- a) *Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio* –bajo las modalidades que determine el plan de intervención individual– si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no tiene la calidad de estudiante¹¹⁶.

Esta condición sólo es aplicable a personas que “carecen de medios conocidos y honestos de subsistencia”. La gama de posibilidades para acreditar su existencia es considerable y no debe circunscribirse a un trabajo formal, sino que debe comprender toda actividad lícita que genere ingresos. Al respecto, se debe tener especial consideración, por aplicación del principio de igualdad constitucional entre sexos¹¹⁷, con el caso de las dueñas de casa condenadas, pues si bien no tienen un trabajo remunerado, la subsistencia en este caso se vincula a otros ingresos lícitos, no necesariamente propios sino de quienes las sostienen económicamente. En este sentido, debieran considerarse excluidos de esta regla todos aquellos progenitores que deban dedicarse al cuidado de sus hijos y familiares más cercanos.

- b) *Obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol*¹¹⁸.

Esta obligación sólo podrá ser decretada en el caso de contarse con una evaluación diagnóstica que confirma un consumo problemático de drogas y/o alcohol. Constatado éste, es un deber para el tribunal imponer la obligación de someterse a programas de tratamiento de rehabilitación, la que puede consistir en la asistencia a programas

¹¹⁶ Art. 17 Ley N° 18.216, art. 20 Reglamento.

¹¹⁷ Arts. 1, inc. 1° y 19 N° 2 CPR.

¹¹⁸ Art. 17 bis Ley N° 18.216, arts. 40 y 46 Reglamento.

ambulatorios, la internación en centros especializados o una combinación de ambos tipos de tratamiento. Dicho tratamiento debe enmarcarse dentro del plan de intervención individual aprobado judicialmente.

Esta obligación debe imponerse en la sentencia, junto con la imposición de las condiciones establecidas en el artículo 17 Ley 18.216. En consecuencia, no es posible imponer esta condición luego de dictada la sentencia ni menos con posterioridad a la aprobación del plan de intervención¹¹⁹.

3.2. Condiciones exclusivas de la libertad vigilada intensiva¹²⁰

La pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva implica la imposición de una o más de las siguientes condiciones:

- a) Prohibición de acudir a determinados lugares
- b) Prohibición de acercarse a la víctima o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos
- c) Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un máximo de ocho horas diarias continuas.
- d) Obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de violencia o similares.

4. Duración

El plazo de intervención es igual al que correspondería cumplir por la pena sustituida¹²¹. La duración de internación por tratamiento de drogas tampoco puede exceder al tiempo de la pena sustitutiva¹²².

Con todo, el delegado puede proponer al juez la reducción del plazo de intervención, el remplazo de la pena por otra de menor intensidad, o bien, el término anticipado de la pena, en los casos que considere que el condenado ha dado cumplimiento de los objetivos del plan de intervención¹²³.

¹¹⁹ Vid. al respecto, MINJUS, *Material...* op. cit. pp., 53 y ss.

¹²⁰ Art. 17 ter Ley N° 18.216; art. 20 bis Reglamento.

¹²¹ Art. 16 Ley N° 18.216, art. 18 Reglamento.

¹²² Art. 17 bis Ley N° 18.216; art. 46 Reglamento.

¹²³ Art. 16 Ley N° 18.216; art. 18 Reglamento. La diferencia entre ambas disposiciones es que la regla legal se limita a la reducción y término anticipado, el Reglamento en cambio comprende además el remplazo de la pena por otra menos intensa. Vid. tb. Regla N° 11.2, de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio)

En otros términos, si se da cumplimiento a los objetivos del plan, continuar con la intervención puede resultar excesivo y contraproducente mantener la sujeción del condenado a control.

La decisión judicial acerca de la reducción, remplazo o término anticipado es apelable según las reglas generales¹²⁴.

5. Control

5.1. Control por el delegado¹²⁵

Se ejecuta en base a las medidas de supervisión *aprobadas por el tribunal*, que deben incluir asistencia obligatoria 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 de plan de intervención individualizada.

5.2. Control judicial¹²⁶

Los delegados deben informar al tribunal sobre la evolución y cumplimiento del plan de intervención, semestralmente en caso de libertad vigilada, trimestralmente en caso de libertad vigilada intensiva, y cuando los tribunales así lo requieran.

Además, el tribunal citará a una audiencia de revisión, anualmente en el caso de la libertad vigilada, y semestralmente, en el caso de la libertad vigilada intensiva.

A esta audiencia comparece obligatoriamente el condenado y su defensor. El delegado asiste cuando lo requiera el tribunal, pudiendo éste considerar suficiente la entrega del informe periódico. El ministerio público comparece cuando lo estime procedente.

5.3. Control judicial de la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol¹²⁷

Los delegados deben informar al tribunal respecto del desarrollo del tratamiento mensualmente. El delegado debe informar sobre las actividades de intervención realizadas por el condenado, las evaluaciones de los objetivos trabajados y los resultados esperados.

El tribunal, a su vez, deberá citar bimestralmente a audiencia de seguimiento, durante todo el período que dure el tratamiento, sin perjuicio de las audiencias generales de control y seguimiento de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.

¹²⁴ Art. 37 Ley N° 18.216

¹²⁵ Art. 17 quáter Ley N° 18.216.

¹²⁶ Art. 23 Ley N° 18.216.

¹²⁷ Art. 17 bis Ley N° 18.216; arts. 47 y 48 Reglamento.

A esta audiencia comparece obligatoriamente el condenado y su defensor. El delegado asiste cuando lo requiera el tribunal, pudiendo éste considerar suficiente la entrega del informe periódico. El ministerio público comparece cuando lo estime procedente.

5.4. Control mediante monitoreo telemático¹²⁸

El monitoreo telemático es un medio de control de condiciones especiales de la pena de libertad vigilada intensiva:

- Prohibición de acudir a determinados lugares
- Prohibición de acercarse a la víctima o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos
- Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un máximo de ocho horas diarias continuas.

Sólo es aplicable si la condena es impuesta por la comisión de los delitos contemplados en el artículo 15 bis letra b)¹²⁹:

- i) Ciertos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar¹³⁰:
 - amenaza de un mal constitutivo de delito, art. 296
 - amenaza de un mal no constitutivo de delito, art. 297
 - parricidio y femicidio, art. 390
 - homicidio simple y calificado, art. 391
 - castración, art. 395
 - mutilación de miembro importante o menos importante, art. 396
 - lesiones graves gravísimas o simplemente graves, art. 397
 - lesiones graves cometidas por medio de sustancias o bebidas nocivas o abusando de la credulidad o flaqueza de espíritu de la víctima, art. 398
 - lesiones menos graves, art. 399;
- ii) Ciertos delitos sexuales:
 - estupro, art. 363
 - abuso sexual agravado, art. 365 bis,
 - abuso sexual propio, art. 366
 - abuso sexual impropio, art. 366 bis
 - involucramiento de menor a actos de significación sexual, art. 366 quáter
 - producción de material pornográfico infantil, art. 366 quinquies
 - promoción o facilitación de la prostitución de menores de edad, simple o calificada, art. 367
 - obtención de servicios sexuales por parte de menores de edad, art. 367 ter

¹²⁸ Art. 15 bis letra b), 23 bis Ley N° 18.216; arts. 1 y 2 Reglamento MT.

¹²⁹ El control mediante monitoreo telemático también es aplicable, en carácter de obligatorio y durante toda su extensión, en los casos que la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva se impone como pena mixta, conforme art. 33 de la ley, y según lo dispone el art. 23 bis A de dicho cuerpo legal.

¹³⁰ Vid. nota 21, *supra*.

- promoción o facilitación de la entrada o salida del país de personas para el ejercicio de la prostitución, art. 411 ter

Sin perjuicio de lo anterior, el control mediante monitoreo telemático no procederá respecto de penas iguales o inferiores a cuatro años, hasta transcurrido un año desde la publicación de las adecuaciones al Reglamento (27 de diciembre de 2014).

Para su otorgamiento, el tribunal debe tener en cuenta las circunstancias de comisión del delito y especialmente las necesidades de protección de la víctima. Además debe considerar la factibilidad técnica informada por Gendarmería de Chile.

Si la víctima consiente, y se estima conveniente, el tribunal puede disponer que ella también porte un dispositivo de control para su protección. Para ello, el tribunal requerirá previo a la entrega, dicho consentimiento.

La duración del monitoreo telemático es idéntica a la pena sustitutiva, sin perjuicio de la modificación o cesación de la medida, cuando hubieren variado las circunstancias consideradas al momento de imponer la supervisión, p. ej., si fallece la víctima o se encuentra en una localidad alejada. Lo anterior se resuelve en una audiencia, a solicitud del condenado. Para ello, el tribunal puede, si lo estima necesario (el Reglamento MT lo redacta implícitamente como obligatorio al momento de fijar la audiencia), requerir informe a Gendarmería de Chile, a través de su Departamento de Monitoreo Telemático, sobre el cumplimiento de las finalidades para las cuales se decretó el uso del monitoreo telemático, el cumplimiento del plazo de observación, las advertencias detectadas y los problemas técnicos no atribuibles al condenado que generen falsos incumplimientos. El informe se entrega al tribunal en un plazo no superior a quince días desde la recepción de la solicitud por el Departamento de Monitoreo Telemático¹³¹.

Si se ordena el cese, la resolución se comunica a Gendarmería a través del Departamento de Monitoreo Telemático y se procede al retiro como en el caso de cumplimiento¹³².

6. Procedimiento

6.1. Gestiones previas

6.1.1. *Aporte de antecedentes que justifiquen la imposición de la libertad vigilada o libertad vigilada intensiva*¹³³

Para el otorgamiento de la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva, los intervinientes deben aportar los antecedentes que fundamentan la eficacia de una

¹³¹ Art. 31 Reglamento MT.

¹³² Art. 29 Reglamento MT.

¹³³ Art. 15 y 15 bis Ley N° 18.216; arts. 17, 17 bis.

intervención individualizada en el caso concreto, para la efectiva reinserción social del condenado.

Los antecedentes deben ser aportados antes del pronunciamiento de la sentencia o en la audiencia del art. 343 CPP. Excepcionalmente, si no fueren aportados en dicha oportunidad, el juez puede solicitar informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo previsto en el art. 344 CPP.

Los antecedentes aportados por la defensa cobran especial relevancia en esta pena que involucra una intervención psicosocial al condenado. Por esa razón, la ley establece expresamente la necesidad de aportar antecedentes y la oportunidad para ello. Los antecedentes pueden ser de diversa índole, siendo el peritaje psicológico y social los más atingentes para dar cuenta de la situación actual del condenado y de los factores protectores, habilidades, competencias, potencialidades y posibilidades de reinserción en el medio libre. Sin perjuicio de lo anterior, se consideran relevantes también, dependiendo de las particularidades del caso concreto, los aportes de otras disciplinas tales como la antropología y la sociología.

Los antecedentes deben dar cuenta de aspectos psicosociales que permitan concluir que una intervención es eficaz en el caso específico, para la efectiva reinserción social del condenado, tales como la composición del grupo familiar, la existencia de red de apoyo y de pares, y las características de personalidad del condenado, junto a otros aspectos señalados por la ley: conducta anterior y posterior al hecho y naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito.

6.1.2. *Evaluación diagnóstica conducente a la imposición de la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol*¹³⁴

El tribunal sólo puede imponer esta obligación si efectivamente se ha realizado una evaluación que establece la presencia de un consumo problemático de drogas o alcohol del condenado. Para esto, durante la etapa de investigación, los intervinientes deben solicitar al tribunal que decrete la obligación del imputado de asistir a una evaluación diagnóstica realizada por un médico calificado por el Servicio de Salud correspondiente, contratado por el Servicio Médico Legal, para determinar si existe o no consumo problemático de drogas o alcohol, entendiéndose por tal, aquél detectado y confirmado por dicho profesional a través de la evaluación diagnóstica.

El juez sólo accede si existen antecedentes que permitan presumir dicho consumo problemático, los que deberán ser aportados por los intervinientes.

¹³⁴ Art. 17 bis Ley N° 18.216; arts. 40, 41, 42, 43 y 44 Reglamento.

Decretada la obligación de asistir a una evaluación diagnóstica, el tribunal lo comunica al Servicio Médico Legal, a efectos de que el médico realice la evaluación previa citación del imputado realizada por dicha institución.

Si el imputado se encuentra en prisión preventiva, el tribunal debe informar al Servicio Médico Legal y al establecimiento penal respectivo de Gendarmería de Chile a efectos de coordinar la realización de la evaluación diagnóstica.

Si el imputado se resiste o niega a esta evaluación o los exámenes correspondientes, ello puede considerarse como antecedente para negar la sustitución de la pena.

El diagnóstico se refiere únicamente a la existencia de consumo problemático de drogas y/o alcohol. No al contexto de los hechos que se imputan, ni vincular el consumo que se aprecie clínicamente con algún patrón de conducta delictual.

El resultado de la evaluación debe remitirse al Juzgado de Garantía solicitante dentro del plazo de cuarenta días desde la notificación al Servicio Médico Legal de la resolución que ordena la realización de la evaluación.

Recibido por el tribunal el resultado, queda a disposición de los intervinientes, quienes podrán aportar el resultado de la evaluación antes del pronunciamiento de la sentencia o en la audiencia del art. 343, para debatir la imposición de la obligación de asistir al programa de rehabilitación.

Se sugiere que tanto la solicitud de evaluación diagnóstica y el aporte de antecedentes válidos y confiables que funden la existencia de un consumo problemático, así como la decisión del tribunal que la ordena, consideren las distintas categorías existentes en este contexto, que señalan que para que exista un consumo problemático, se debe considerar un compromiso biopsicosocial moderado a severo. En otros términos, no basta con presentar el SAF del imputado con faltas por consumo, para concluir que este tiene un consumo problemático de drogas.

6.1.3. *Gestión previa para aplicación el monitoreo telemático*

Para la aplicación del monitoreo telemático, se requiere la elaboración de un informe de factibilidad técnica, el que debe ser solicitado a Gendarmería de Chile, a través del Departamento de Monitoreo Telemático, directamente por el fiscal o defensor, o en subsidio el tribunal, durante la etapa de investigación¹³⁵.

Dicha solicitud debe contener:

- a) Identificación del tribunal y de la causa

¹³⁵ Art. 23 bis Ley N° 18.216; art. 8 Reglamento MT.

- b) Individualización completa de la persona eventualmente controlada (RUN, nombre, domicilio, lugar de trabajo o estudio, teléfono del domicilio, teléfono celular, teléfono del trabajo, en su caso).
- c) Pena sustitutiva que se podría aplicar
- d) Toda otra información que el tribunal determine

Si se trata de la condición de permanecer un lugar, debe contener:

- a) Domicilio, residencia o establecimiento especial con inclusión de deslindes o perímetros, en el que se ejecutará la pena
- b) Horario en el que se debe permanecer.

Además, en su caso, debe contener:

- a) Descripción del perímetro de área de inclusión y/o exclusión¹³⁶ que eventualmente se puede establecer en la sentencia.
- b) Si hay víctima que deba ser monitoreada, datos para su identificación, incluyendo domicilio, lugar de trabajo o estudio, u otros lugares donde frecuentemente se encuentre.

La forma y procedimiento para solicitar el informe de factibilidad técnica ha sido aprobada mediante Resolución Exenta N° 12.166, de 20 de diciembre de 2013, del Director Nacional de Gendarmería de Chile.

Las alternativas para solicitar el informe de factibilidad técnica son¹³⁷:

Mecanismo I. Para solicitar un informe de factibilidad técnica, el fiscal y/o defensor durante la etapa de investigación, en la eventualidad que no efectúen la solicitud a través del tribunal (interconexión) deberán acceder al portal web de Gendarmería de Chile, a saber: <http://www.gendarmeria.gob.cl/solicitudift/>, el cual cuenta con un link o vínculo denominado “Solicitud de informe de factibilidad técnica”, que contiene los formularios para su llenado, según corresponda. El informe se remitirá al solicitante al correo electrónico que haya señalado en el formulario respectivo.

Mecanismo II. En conformidad al “Convenio de colaboración entre la Corporación Administrativa del Poder Judicial, Ministerio de Justicia y Gendarmería de Chile, en comunicación electrónica validada”, los tribunales, durante la etapa de investigación realizarán solicitud de informe de factibilidad técnica a Gendarmería de Chile, a través de 1) Interconexión a través de web service entre los sistemas informáticos con que cuenta el Poder Judicial y Gendarmería de Chile y 2) Correos electrónicos para aquellas comunicaciones que no estén expresamente contempladas en el sistema de interconexión (tijemonitoreo.telematico@gendarmeria.cl).

¹³⁶ Según el art. 3 Reglamento MT, “área de inclusión” es el espacio geográfico en el cual el condenado está obligado a permanecer durante cierta cantidad de horas, y “área de exclusión” es el espacio geográfico al cual el condenado tiene prohibido acceder, por resolución judicial”.

¹³⁷ Art. 4º Resolución Exenta N° 12.166, de 20.12.2013, del Director Nacional de Gendarmería de Chile.

Mecanismo III. En forma excepcional y en la eventualidad que no pudiesen efectuar la solicitud a través de la Interconexión, como tampoco pudiesen acceder al Portal Web de Gendarmería de Chile, se podrá solicitar el Informe de Factibilidad Técnica a través del email: monitoreo.telematico@gendarmeria.cl.

El informe de Gendarmería de Chile, contiene lo siguiente¹³⁸:

- a) Identificación del tribunal y causa
- b) Individualización del condenado y víctima en su caso
- c) Resultado del análisis de factibilidad. Si es negativo, se deben indicar los fundamentos de dicho resultado.
- d) Datos del dispositivo (s) que es factible proporcionar
- e) Otra información.

El plazo para que el informe sea entregado es uno no superior a 15 días desde la recepción de la solicitud¹³⁹.

El informe debe ser presentado en la audiencia del art. 343 CPP mediante su simple lectura¹⁴⁰.

La ley omite referencia a los procedimientos que no contemplan la realización de esa audiencia, p. ej., procedimiento simplificado o procedimiento abreviado. Esta omisión no es irrelevante: al igual que la exclusiva referencia a la "etapa de investigación" como oportunidad para solicitar el IFT, el seguimiento literal de la regla implica que, p. ej., un procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad en audiencia de control de la detención no permitiría control con monitoreo telemático, pues no hubo etapa de investigación, post judicialización de la causa, para solicitarlo, ni audiencia del art. 343 para presentarlo. Se sugiere proceder analógicamente según el criterio establecido en el art. 15 inciso final, en relación a la presentación de antecedentes favorables a la sustitución por la pena de libertad vigilada, a efectos de suspender la determinación de la forma de control de la pena sustitutiva hasta contar con el IFT.

6.2. Imposición

La libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva pueden ser impuestas de oficio o a petición de parte por el tribunal. Debe ser ordenada en la sentencia condenatoria. Su concesión o rechazo debe expresar los fundamentos en que se apoya, y en el primer caso, los antecedentes que fundamentan su convicción¹⁴¹.

En el debate sobre la imposición de condiciones exclusivas de la libertad vigilada intensiva, se estima pertinente considerar el nivel de exigencia que implicará su

¹³⁸ Art. 10 Reglamento MT.

¹³⁹ Art. 9 Reglamento MT.

¹⁴⁰ Art. 23 bis Ley 18216; art. 11 Reglamento MT.

¹⁴¹ Art. 35 Ley N° 18.216

cumplimiento. Asimismo, se debe considerar la pertinencia de la derivación a determinados programas, en relación con el caso concreto.

En caso de delitos de acción penal privada o mixta, el tribunal debe citar a la víctima o a quien la represente a la audiencia del art. 343 CPP, para debatir sobre la procedencia de la pena sustitutiva¹⁴². No se requiere comparecencia efectiva, basta la citación¹⁴³.

Concesión y denegación son apelables en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia definitiva, pero si se impugna ella vía recurso de nulidad, la apelación se interpone conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario para el caso de que la resolución del recurso no altere lo decidido por el tribunal a quo. En ese caso, el plazo es el del recurso de nulidad¹⁴⁴.

Si se presentan uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronuncia de inmediato sobre la admisibilidad de ésta, pero sólo la concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto¹⁴⁵.

La imposición de la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva tiene mérito suficiente para la omisión de anotaciones en los certificados de antecedentes. A estos efectos, el tribunal debe oficiar al Registro Civil¹⁴⁶.

6.3. Ejecución

6.3.1. *Información a Gendarmería*

El tribunal tiene un plazo de cuarenta y ocho horas desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, para informar a Gendarmería de Chile la imposición de la pena sustitutiva¹⁴⁷.

Si hay monitoreo telemático el tribunal debe informar, dentro del mismo plazo, al Centro de Reinserción Social del lugar donde se cumplirá la pena, la orden que impone esta forma de control¹⁴⁸, por escrito, constando la identificación del proceso, del condenado,

¹⁴² Art. 35 Ley N° 18.216

¹⁴³ En este sentido, MINJUS, *Material...* op. cit., p. 148.

¹⁴⁴ Art. 37 Ley N° 18.216

¹⁴⁵ Art. 37 Ley N° 18.216

¹⁴⁶ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

¹⁴⁷ Art. 24 Ley N° 18.216.

¹⁴⁸ Art. 14 Reglamento MT.

fecha de inicio y término, y otros datos que el tribunal estime importantes para su correcta aplicación¹⁴⁹.

Gendarmería puede solicitar además la individualización del Centro de Reinserción Social; plazo del monitoreo telemático; determinación de calles, comunas, regiones y coordenadas pertinentes que fijen límites del área de inclusión; individualización completa de las personas respecto de las que hay prohibición de aproximarse; y determinación de la víctima en caso que deba ser monitoreada¹⁵⁰.

Si hay monitoreo telemático a la víctima, en el mismo plazo, el tribunal debe informar al Centro de Reinserción Social los antecedentes necesarios para ponerse en contacto con la víctima, a fin de coordinar la entrega del dispositivo¹⁵¹.

6.3.2. *Presentación del condenado*

El condenado debe presentarse ante el Centro de Reinserción Social dentro del plazo de cinco días desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, a fin que se le informe sobre la forma de cumplimiento de la pena sustitutiva¹⁵². Es recomendable aconsejar al condenado presentación a tercer día, para evitar una presentación cuando GENCHI carezca de información remitida por el tribunal¹⁵³.

En caso de no presentación, Gendarmería de Chile deberá informar al tribunal, quien puede despachar inmediatamente orden de detención con el mérito de esa comunicación (sin necesidad de solicitud previa del fiscal)¹⁵⁴.

En esa primera presentación, un funcionario del Centro de Reinserción Social programará una “reunión de ingreso”, la que debe efectuarse dentro de los siguientes cinco días hábiles, entregándole una citación en donde se establecerá día, hora y documentación requerida (documento que acredite residencia y ejercicio de actividad laboral formal y/o estudios¹⁵⁵).

El objetivo principal de esta reunión de ingreso es entregar el marco normativo y presentar al delegado designado. También se da a conocer al condenado los derechos y obligaciones que implica la pena y los procedimientos formales y de intervención que se llevarán a cabo¹⁵⁶.

¹⁴⁹ Art. 23 ter Ley N° 18.216; art. 15 Reglamento MT.

¹⁵⁰ Art. 15 Reglamento MT.

¹⁵¹ Art. 18 Reglamento MT.

¹⁵² Art. 24 Ley N° 18.216; art. 16 Reglamento MT.

¹⁵³ Si al presentarse Gendarmería no ha recibido la información, el condenado debiera exigir algún comprobante de su presentación.

¹⁵⁴ Art. 24 Ley N° 18.216.

¹⁵⁵ MINJUS. *Normas técnicas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva*, pp. 26-27. No especifica si el plazo de “días hábiles” corresponde a su regulación según la regulación administrativa o según las reglas del Código Civil.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 27.

Si el condenado no se presenta, el delegado debe consignar el hecho en el registro de actividades, contactar al condenado y programar una nueva cita, advirtiéndole que de no asistir, se enviará un informe de incumplimiento al tribunal¹⁵⁷.

Si hay monitoreo telemático, al momento de presentación o dentro de cinco días se debe instalar el mecanismo de monitoreo telemático al condenado. Si corresponde su instalación en su domicilio o residencia, personal de Gendarmería lo realizará en el plazo de quince días desde la fecha de presentación¹⁵⁸.

Al momento de instalarse el mecanismo de monitoreo telemático, se debe informar al condenado, dejando registro en acta de la entrega de la información (puede ser entregada en una charla informativa, dejando constancia en el acta antes referida) lo siguiente¹⁵⁹:

- Obligaciones que debe cumplir, en especial, deber de adecuada utilización y custodia del dispositivo (cartilla informativa)
- Advertir que la destrucción por parte del condenado, constituye un incumplimiento de las condiciones de la pena sustitutiva, sin perjuicio de sanciones penales.
- Necesidad de mantener comunicación permanente con la Sección de Control telemático, indicándosele números telefónicos, y deber de informar paradero cada vez que la sección lo requiera, o cada vez que el sistema genera una advertencia o se aprecia funcionamiento anormal, debiendo seguir las instrucciones que se le indiquen de forma remota.
- Áreas de inclusión y/o exclusión en las que se desplaza y restricciones horarias.

6.3.3. *Elaboración y presentación del plan de intervención individual*¹⁶⁰

El delegado debe proponer al tribunal que dictó la sentencia en un plazo máximo de 45 días el plan de intervención individual.

La ley no se refiere expresamente en el inciso segundo del art. 16 al momento desde el cual comienza a transcurrir el plazo de cuarenta y cinco días. Sin embargo, interpretada en su contexto, el cómputo se inicia coincidentemente con el momento regulado en el inciso primero, esto es, el de la imposición de la pena, cuya eficacia exige ejecutoriedad de la sentencia¹⁶¹.

El delegado debe realizar un *diagnóstico* con el objeto de evaluar las necesidades y fortalezas que presente el condenado a su cargo, a fin de brindarle la intervención

¹⁵⁷ Ídem.

¹⁵⁸ Art. 16 Reglamento MT

¹⁵⁹ Art. 17 Reglamento MT

¹⁶⁰ Art. 16 Ley N° 18.216.

¹⁶¹ Vid. tb. en este sentido, MINJUS, *Material...* op. cit., pp. 43, 50.

psicosocial que precise, consignando en su plan de intervención individual las actividades que deberá realizar con el propósito de favorecer este proceso¹⁶².

El modelo contempla la utilización de un instrumento de recolección de información diagnóstica denominado Inventario para la Gestión de Caso/Intervención (IGI). Este instrumento integra intervención y monitoreo, considerando una serie de variables relativas a factores tanto de riesgo como personales que se consideran claves para el tratamiento.

Este cuestionario es completado por el delegado con información recopilada en una serie de entrevistas previas al condenado y evaluación de su entorno. Por ende, no se trata de un test psicológico convencional.

Toda la información recogida en este proceso, se materializa en la elaboración del plan de intervención individual que el delegado presenta al tribunal. Este plan ha sido definido por sus autores como una herramienta dinámica que guía el proceso de intervención, priorizando las acciones a implementar de acuerdo a las necesidades identificadas en un marco de motivación y retroalimentación permanente entre el condenado y el delegado.

De acuerdo a la revisión del instrumento, se sugiere prestar atención a los distintos criterios que los Centros de Reinserción Social establezcan para la implementación y ejecución de los planes de intervención, con el propósito de identificar posibles "sobreintervenciones" que afecten el normal cumplimiento del condenado y, por otro lado, intervenciones en áreas no vinculadas al concreto delito cometido.

El citado documento, considerado como principal instrumento de recolección de información por parte de los delegados, presenta a nuestro juicio, las siguientes desventajas:

- Modelo reduccionista, que aplica una medida escalar aritmética para comprender las dinámicas y cambios del comportamiento humano.
- Las características del individuo se estandarizan según patrones ya establecidos: el cuestionario arroja diagnóstico y tratamiento estandarizados sin considerar las particularidades y los aspectos cualitativos involucrados en cada caso.
- Penalización por biografía y trayectoria de vida del condenado.

Contenido del plan de intervención¹⁶³:

- Debe comprender la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción del condenado, tales como la nivelación escolar, participación en

¹⁶² Art. 28 Reglamento.

¹⁶³ Art. 16 Ley N° 18.216.

actividades de capacitación o inserción laboral, o de intervención especializada de acuerdo a su perfil.

- Debe indicar con claridad los objetivos perseguidos con las actividades programadas y los resultados esperados.
- Debe considerar el acceso efectivo a los servicios y recursos de la red intersectorial.

El tribunal puede ordenar, a propuesta del delegado, que el condenado sea sometido en forma previa a exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza, necesarios para la elaboración del plan. En tal caso, puede suspender el plazo para proponer el plan por un máximo de sesenta días.

Si se impuso la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación del consumo problemático de drogas y alcohol, el diagnóstico y el plan de tratamiento deben enmarcarse dentro del plan individual aprobado judicialmente. Debe referirse a las áreas que requieren ser abordadas para superar la adicción pesquisada. El plan de tratamiento debe complementarse y coordinarse permanentemente con las acciones de intervención destinadas a abordar los otros factores de riesgo criminógeno presentes en el condenado, que hayan sido diagnosticadas por el delegado encargado del caso respectivo, y que se encuentren contenidas en el plan de intervención aprobado judicialmente¹⁶⁴.

6.3.4. *Aprobación judicial del plan*

El plan de intervención individual propuesto por el delegado requiere aprobación judicial.

Para su aprobación se estima necesario tener presente la pertinencia del plan, la coherencia entre actividades, objetivos y resultados, en especial, la idoneidad de las actividades para el logro de objetivos en relación a factores de riesgo dinámicos, asociados a la concreta conducta delictiva del condenado.

Al respecto, es necesario considerar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas No Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), que establecen algunos principios de relevancia:

10. Régimen de vigilancia

10.1 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.

10.2 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.

10.3 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

¹⁶⁴ Art. 46 Reglamento.

ayudar al delincuente a enmendar su conducta delictiva. El régimen de vigilancia y tratamiento se revisará y reajustará periódicamente, cuando sea necesario.

10.4 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.

12. Obligaciones

12.2 Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente 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 delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima.

6.3.5. Rol del delegado en la ejecución del plan de intervención¹⁶⁵

El delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva deberá fomentar la participación y compromiso del condenado a los procesos de intervención individual o grupal, que sean necesarios para alcanzar estos fines, de acuerdo a la información obtenida en las evaluaciones de riesgo y necesidad.

Asimismo, a fin de cautelar la efectividad de la intervención, será competencia del delegado promover un contexto terapéutico que permita generar cambios internos en el condenado como parte de su proceso de responsabilización.

6.3.6. Tribunal competente

El tribunal competente es el que corresponde según las reglas generales, esto es, el juzgado de garantía que hubiese intervenido en el respectivo procedimiento penal¹⁶⁶. En casos excepcionales, el tribunal podrá declararse incompetente para que conozca el juez de garantía del lugar de cumplimiento de la pena cuando exista una distancia considerable entre el lugar donde se dictó la sentencia y el de ejecución¹⁶⁷.

6.3.7. Deberes estatales en relación al cumplimiento de la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva¹⁶⁸

- a) Deber del delegado de apoyar y articular el acceso del condenado a la red de protección el Estado, especialmente en las áreas de salud mental, educación, empleo y de desarrollo comunitario y familiar según se requiera.
- b) Deber de los organismos estatales de promoción y fortalecimiento de la formación educacional, la capacitación y la colocación laboral de los condenados, con el fin de permitir e incentivar su inserción al trabajo.

¹⁶⁵ Art. 28 Reglamento.

¹⁶⁶ Arts. 14 letra f) y 113 inc. 2° COT.

¹⁶⁷ Art. 36 Ley N° 18.216.

¹⁶⁸ Art. 18 Ley N° 18.216, 21 Regl.

- c) Deber de los organismos estatales y comunitarios que otorguen servicios de salud, educación, capacitación profesional, empleo, vivienda, recreación y otros similares, de considerar especialmente toda solicitud de los delegados para el tratamiento de las personas sometidas a su orientación y vigilancia.

6.3.8. Reglas especiales sobre monitoreo telemático

- a) Cambio de domicilio del condenado sometido a monitoreo telemático¹⁶⁹:

En los casos en que el tribunal impuso la condición de permanecer en el domicilio bajo control de monitoreo telemático¹⁷⁰, el tribunal debe solicitar un informe de factibilidad técnica favorable en relación al nuevo domicilio.

- Si es favorable, y el tribunal autoriza el cambio de domicilio, debe indicar al condenado la fecha de presentación al Centro de Reinserción Social correspondiente al nuevo domicilio.
- Si no es favorable, el tribunal debe pronunciarse acerca de la posibilidad de cumplir igualmente la pena sustitutiva en el nuevo domicilio, sin supervisión de monitoreo telemático o de mantener el condenado el actual domicilio, bajo monitoreo telemático.

- b) Desperfectos técnicos del monitoreo telemático (Avisos)¹⁷¹

Si el dispositivo quede inutilizado total o parcialmente, o sufre un desperfecto, el condenado debe informarlo a la brevedad a Gendarmería de Chile, que debe verificar los motivos del aviso e intentar solucionar inmediatamente el problema conjuntamente con el condenado, en forma remota. Si se logra solucionar, se registra el hecho y se continúa con el monitoreo.

Si no se soluciona, se comunica al condenado y/o víctima que debe concurrir en un plazo de 36 horas, al Centro de Reinserción Social correspondiente, con el fin de reparar o reemplazar el dispositivo.

- c) Regla especial en situaciones de emergencia (catástrofe natural u otro imprevisto que afecte el correcto funcionamiento del sistema a nivel nacional o una parte de él)¹⁷²

Gendarmería de Chile a través de la Sección de Control de Monitoreo Telemático toma contacto con todos los condenados supervisados, para verificar la operatividad del sistema. Si no se establece comunicación, informa a Carabineros y/o PDI para que ubiquen al condenado conforme al protocolo de actuación.

¹⁶⁹ Art. 13 Reglamento MT

¹⁷⁰ En este sentido restrictivo, vid. AGUILAR, op. cit., p. 77.

¹⁷¹ Art. 21 y 22 Reglamento MT

¹⁷² Art. 26 Reglamento MT

6.3.9. *Reemplazo de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva*¹⁷³

Previo informe favorable de Gendarmería de Chile, una vez cumplida la mitad del período de observación de la pena sustitutiva, el tribunal, de oficio o a petición de parte puede reemplazar la pena sustitutiva, en los siguientes términos:

- La libertad vigilada intensiva puede ser reemplazada por la libertad vigilada
- La libertad vigilada puede ser reemplazada por la remisión condicional

La pena reemplazante se cumple por el tiempo que resta¹⁷⁴.

En el primer caso, puede existir un segundo reemplazo, de la libertad vigilada por remisión condicional, si el condenado hubiere cumplido más de dos tercios de la pena originalmente impuesta, y cuenta con informe favorable de Gendarmería de Chile.

Este reemplazo será decidido por el tribunal en audiencia, en la que se examinarán los antecedentes, se oír a los presentes y resolverá. La decisión acerca del reemplazo es apelable¹⁷⁵.

Si se rechaza el reemplazo, no puede volver a discutirse sino hasta transcurridos seis meses desde la denegación.

7. Incumplimiento y quebrantamiento

7.1. Casos

a) *Reglas especiales para la pena controlada por monitoreo telemático*¹⁷⁶

i.- Daños al dispositivo

El acto de arrancar, destruir, hacer desaparecer o inutilizar el dispositivo de monitoreo telemático, dolosamente, es calificado por el artículo 23 sexies de la Ley 18.216 como delito de daños. Además, la regla hace procedente tanto lo dispuesto para el incumplimiento de las condiciones impuestas por la pena sustitutiva, como la regla sobre quebrantamiento (que sólo debiera ser aplicable concurriendo sus presupuestos, esto es, que el daño se cometa durante el cumplimiento de la pena sustitutiva, que sea constitutivo a lo menos de simple delito y que exista condena por sentencia firme).

¹⁷³ Art. 32 Ley N° 18.216.

¹⁷⁴ MINJUS, *Material...* op. cit., p. 134.

¹⁷⁵ Art. 37 Ley 18216

¹⁷⁶ Art. 23 sexies Ley N° 18.216.

ii.- Infraacción al deber de informar

Si el dispositivo queda inutilizado o sufre un desperfecto, pudiendo advertirlo así el condenado, debe informarlo a Gendarmería. El incumplimiento de este deber, permite al tribunal dejar sin efecto la sustitución de la pena. La remisión al artículo 25 de la Ley N° 18.216 y el efecto asociado, permite inferir que la ley considera esta omisión como un incumplimiento del régimen de ejecución.

b) *Incumplimiento injustificado de las condiciones*¹⁷⁷

Si se trata de un incumplimiento injustificado *grave* o *reiterado*, el tribunal deberá revocar la libertad vigilada o libertad vigilada intensiva o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.

Si se trata de otra clase de incumplimiento injustificado (no grave ni reiterado), el tribunal deberá intensificar las condiciones, es decir, establecer un mayor control para el cumplimiento de la pena.

Finalmente, la revocación como consecuencia de la calificación del incumplimiento como grave o reiterado, debe ser entendido como la última alternativa, si se considera el objetivo general de la reforma a la Ley N° 18.216, orientada a la estimulación del cambio conductual y a la evitación de los efectos perniciosos de las penas privativas de libertad. Desde esa perspectiva, una revocación como primera reacción al incumplimiento no se orienta hacia la consecución de esos objetivos.

c) *Quebrantamiento*¹⁷⁸

Las penas sustitutivas se consideran quebrantadas por el sólo ministerio de la ley, dando lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado comete un nuevo crimen o simple delito, y fuere condenado por sentencia firme.

Desde esta perspectiva, se advierte la relevancia de verificar la existencia de penas sustitutivas vigentes al momento de aceptar responsabilidad en un procedimiento simplificado, o la realización de un procedimiento abreviado, en razón del efecto que esa condena tiene para la pena sustitutiva anterior.

7.2. Procedimiento

Si el condenado incumple alguna de las condiciones impuestas, Gendarmería lo informará al tribunal competente¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Art. 25 Ley N° 18.216.

¹⁷⁸ Art. 27 Ley N° 18.216.

¹⁷⁹ Art 28 Ley N° 18.216; art. 22 Reglamento.

En el caso de la pena de libertad vigilada intensiva controlada por monitoreo telemático, la alarma será informada al tribunal y al jefe del Centro de Reinserción Social correspondiente, en un plazo máximo de 12 horas, indicando fecha y hora en que se produjo, hechos acaecidos y actuaciones registradas por Gendarmería, a través del Departamento de Monitoreo Telemático¹⁸⁰.

En caso de control con monitoreo telemático de la libertad vigilada intensiva, la alarma es informada inmediatamente a Carabineros de Chile y/o la Policía de Investigaciones, a fin de que tomen las medidas correspondientes según un protocolo de actuación y en conformidad a la ley¹⁸¹. Los operadores de la Sección de Control Telemático de Gendarmería de Chile deben tomar contacto con Carabineros o la Policía de Investigaciones a fin de que adopten las medidas correspondientes en los siguientes casos¹⁸²:

- Cuando el condenado transgreda los límites de una zona de inclusión o exclusión
- Cuando el condenado manipule, altere, intervenga, o desprenda el dispositivo
- Cuando el dispositivo deje de funcionar por cualquier circunstancia
- Cuando el condenado no haya seguido las instrucciones entregadas por Gendarmería de Chile a través del Departamento de Monitoreo Telemático.
- Cuando el condenado no haya respondido tres intentos de comunicación realizados por Gendarmería de Chile a través del Departamento de Monitoreo Telemático.

El art. 129 CPP modificado por la Ley 18.216 dispone que los funcionarios policiales deben detener, sin orden judicial previa, al que fuere sorprendido infringiendo cualquiera de las condiciones específicas de la libertad vigilada intensiva.

Informado del incumplimiento, el tribunal cita por cédula al condenado a una audiencia que se realizará dentro del plazo de quince días, en la que se discutirá si efectivamente se produjo un incumplimiento de condiciones, o en su caso, un quebrantamiento. Si se trata de un incumplimiento, el tribunal deberá decidir, atendidas las circunstancias del caso, si intensifica las condiciones, reemplaza por otra pena sustitutiva más intensa o la revoca, disponiendo el cumplimiento del saldo de la pena inicialmente impuesta. Si se trata de un quebrantamiento, ello da lugar a su revocación¹⁸³.

El condenado tiene derecho a asistir con un abogado, y si no dispusiere de uno, el Estado le designa un defensor penal público. Las audiencias se rigen por lo dispuesto en el CPP, pero en todo caso, si fuese necesario presentar prueba para acreditar algún hecho, se procede desformalizadamente¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Art. 24 Reglamento MT.

¹⁸¹ Art. 23 Reglamento MT.

¹⁸² Art. 25 Reglamento MT.

¹⁸³ Arts 27 y 28 Ley N° 18.216; art.22 Reglamento.

¹⁸⁴ Art. 28 Ley N° 18.216.

Tanto la revocación, remplazo e intensificación son apelables según las reglas generales¹⁸⁵.

Si se ordena revocación, y hay monitoreo telemático, la resolución se comunica a Gendarmería a través del departamento de monitoreo telemático y se procede al retiro como en el caso de cumplimiento¹⁸⁶.

7.3. Abono

En caso de dejarse sin efecto la pena sustitutiva impuesta, sea como consecuencia del incumplimiento o del quebrantamiento, el condenado se somete al cumplimiento del saldo de la pena inicialmente impuesta, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas¹⁸⁷.

Consta en la historia fidedigna de la ley que la introducción del término “proporcional” obedece al posible exceso en la duración de la pena sustitutiva respecto de la pena originalmente impuesta. Por esta razón, el abono proporcional en el caso de la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva corresponde al tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva, día por día¹⁸⁸.

Finalmente, la ley no resuelve explícitamente el caso del remplazo de pena sustitutiva por otra de mayor intensidad, a efectos de determinar la procedencia del abono. Sin embargo, el artículo 26 establece un principio aplicable tanto a la revocación como al remplazo. En relación a la primera, si se entiende que la sustitución es una pena y no un beneficio, el cumplimiento de la sanción inicial debe reconocer como abono el tiempo de cumplimiento de la pena sustitutiva. Y por la misma razón, si se remplace una pena sustitutiva por otra, la nueva pena deberá reconocer el tiempo de cumplimiento de la anterior. En otras palabras, siguiendo los términos empleados por el artículo 26, “dejada sin efecto” la pena sustitutiva, se somete al condenado al cumplimiento del tiempo restante de duración (saldo) de la pena originalmente impuesta, sea respecto de una revocación, o bien, respecto de otra sustitución por otra pena de la Ley N° 18.216 de mayor intensidad.

8. Cumplimiento

En el caso de personas no condenadas anteriormente por crimen o simple delito, el cumplimiento de la pena sustitutiva tiene mérito suficiente para la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios para todos los efectos legales y administrativos. El tribunal

¹⁸⁵ Art. 37 Ley N° 18.216

¹⁸⁶ Art. 30 Reglamento MT.

¹⁸⁷ Art. 26 Ley N° 18.216; art. 6° Reglamento.

¹⁸⁸ Vid. al respecto, RAMOS, César. *Revocación de pena sustitutiva y exigencia de proporcionalidad del abono*. Consulta N° 7/2013. DEP, Junio, 2013. La Corte Suprema confirmó tal criterio en los roles N° 11.995-13 y 11.996-13.

que declare cumplida la pena sustitutiva, debe en consecuencia oficiar al Registro Civil, el que practica la eliminación¹⁸⁹.

El artículo 38 inciso tercero de la Ley 18.216 no hace referencia a la omisión de condenas anteriores cumplidas como antecedente que permita la eliminación definitiva. En consecuencia, debe aplicarse la regla del inciso segundo, que establece que para los efectos del inciso primero, esto es, determinar quienes no hubieren sido condenados anteriormente, no se consideran las condenas cumplidas en los plazos que la disposición señala.

Si hay monitoreo telemático, Gendarmería debe ponerle término inmediatamente, para lo cual se comunicará de inmediato con el condenado para retirar el dispositivo, y con la víctima, para que haga devolución del mismo. Si se instaló un mecanismo en el domicilio, se debe acordar con el condenado el día y hora en que Gendarmería, o la empresa proveedora, concurrirá a retirar el dispositivo. Una vez retirado, al condenado y en su domicilio, Gendarmería lo comunica al tribunal a cargo de la ejecución¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal

¹⁹⁰ Arts. 27 y 28 Reglamento MT

Prestación de servicios en beneficios de la comunidad

1. Concepto¹⁹¹

La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile

El trabajo es facilitado por Gendarmería de Chile, pudiendo establecer convenios con organismos públicos o privados sin fines de lucro, denominados “entidad beneficiaria”.

2. Requisitos¹⁹²

- a) Que la pena originalmente impuesta sea igual o menor a trescientos días.
- b) Que la condena no sea por crímenes o simples delitos contemplados en las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403¹⁹³.
- c) Que no sea aplicable otra pena sustitutiva en razón de los antecedentes penales anteriores del condenado.

Es decir, la subsidiariedad de esta pena obedece únicamente a la improcedencia de las restantes penas en razón de los antecedentes penales previos, no por incumplimiento de otros requisitos¹⁹⁴.

- d) Que concurra la voluntad del condenado de someterse a esta pena. El juez debe revocarla cuando lo solicita el condenado¹⁹⁵.

En consecuencia, diferenciándose de los trabajos forzados¹⁹⁶, la voluntariedad es condición de imposición y ejecución de esta pena. En este contexto, cobra mucha relevancia la información que el defensor le entregue al condenado para que éste acepte o no su imposición. Asimismo, se le debe indicar que durante la ejecución, sea por motivos laborales, personales u otros insalvables, podrá voluntariamente poner término a los trabajos comunitarios, para lo cual se solicitará una audiencia

¹⁹¹ Art. 10 Ley N° 18.216; art. 2° y 16 del DS N° 552, de 27 de diciembre de 2013, del Ministerio de Justicia (en adelante, Reglamento PSBC), que aprueba reglamento de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, como sustituto de la pena de multa según dispone el art. 49 CP o como pena sustitutiva.

¹⁹² Art. 11 Ley N° 18.216. Estos requisitos de la pena de PSBC corresponden a los exigidos para su imposición como pena sustitutiva de una pena privativa o restrictiva de libertad de la Ley N° 18.216, no como sustitución de la pena de multa según el art. 49 y ss. CP.

¹⁹³ Art. 1° Ley N° 18.216.

¹⁹⁴ Con referencias a la historia fidedigna de la ley, vid. MINJUS, *Material...* op. cit., p. 82.

¹⁹⁵ Art. 30 Ley N° 18.216.

¹⁹⁶ Vid. al respecto, Convenio 29 OIT sobre el trabajo forzoso.

denominada de “revocación por solicitud del penado”, rigiendo al respecto la regla sobre abono (*infra*).

- e) Que existan antecedentes laborales, educacionales o similares que justifiquen la pena, o si los antecedentes personales, conducta anterior y posterior al hecho, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.

Se sugiere en la audiencia presentar toda aquella información de relevancia en materia laboral, educacional y familiar, a fin de fundamentar la sustitución. Relevante es señalar que, a diferencia de la regulación de la reclusión parcial, los antecedentes laborales, educacional o similares que justifican la pena, son alternativos a los antecedentes que permiten presumir la idoneidad disuasiva de la pena. Desde este punto de vista, p. ej., si se rechaza la reclusión parcial, por no existir antecedentes laborales, pero afirmada la idoneidad disuasiva de la pena por otras vías, lo procedente es la imposición de la PSBC.

- f) Que no se haya impuesto anteriormente al condenado la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

3. Duración¹⁹⁷

La duración de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad se determina considerando cuarenta horas de trabajo por cada treinta días de privación de libertad. Si la pena excede treinta días, se debe realizar un cálculo proporcional. En todo caso, el trabajo diario no puede exceder las ocho horas diarias. La norma técnica agrega que tampoco puede consistir en menos de dos horas diarias efectivas de labores¹⁹⁸.

El tribunal, en la determinación de la duración de esta pena, debe compatibilizarla con el régimen de estudio o trabajo del condenado, si éste aporta antecedentes suficientes que permitan afirmar que trabaja o estudia regularmente. De este modo, se evita forzar al condenado a poner término a una actividad orientada a fortalecer su reinserción.

4. Características de los servicios prestados

El tipo de servicio que prestan los condenados corresponde a actividades que involucran la ejecución de obras, faenas, servicios, o labores, que sin mediar ejecución de esta pena, implicarían un costo por su ejecución a la comunidad beneficiaria o destinataria de los mismos¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Art. 12 Ley N° 18.216; art. 6° Reglamento PSBC.

¹⁹⁸ MINJUS, *Norma técnica de Prestación...* pp. cit., p. 26.

¹⁹⁹ Art. 4 Reglamento PSBC.

Estas actividades serán entre otras, el mantenimiento del ornato y aseo, la reparación de bienes y espacios públicos, labores de cooperación con organizaciones públicas o privadas reconocidas por el Estado que desempeñan actividades asistenciales, labores de reforestación, instalación de señalética vial, cooperación en actividades administrativas en las Municipalidades, y toda otra labor que tenga por objetivo mejorar la calidad de vida o las condiciones de los servicios a la comunidad o a parte de ella²⁰⁰.

Los costos de transporte y alimentación serán de cargo del condenado, sin perjuicio de ello, Gendarmería o la entidad beneficiaria podrán asumir el costo total o parcial si existieren recursos para ello²⁰¹. Si la actividad requiere medidas de seguridad, serán de cargo de la entidad beneficiaria. Gendarmería podrá asumir el costo total o parcial si existieren recursos para ello²⁰². Gendarmería podrá contratar seguros contra accidentes ocurridos en el marco de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, si existieren recursos destinados para ello²⁰³.

Es importante revisar el plan de actividades en conjunto con el condenado, a fin de exigir las medidas de seguridad que se requieran y la contratación de los seguros correspondientes, de modo tal que, ante la eventualidad de ocurrir un accidente, la atención y recuperación del condenado esté cubierta. Un estándar mínimo aplicable es la regulación protectora del trabajador según las normas laborales. En caso contrario y bajo ese fundamento, es recomendable solicitar el cambio de actividad o de entidad beneficiaria.

5. Supervisión

5.1. Supervisión del delegado

El delegado de prestación de servicios en beneficio de la comunidad es el funcionario dependiente de Gendarmería de Chile, que está encargado de supervisar la correcta ejecución de la pena, confeccionar el plan de trabajo e informar al tribunal el cumplimiento total y efectivo de la pena. No realiza intervención a diferencia del delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva²⁰⁴.

5.2. Supervisión judicial

El tribunal puede, de oficio o a solicitud del condenado, controlar las condiciones del cumplimiento de la pena, citando al efecto, a una audiencia de seguimiento²⁰⁵.

²⁰⁰ Art. 4 Reglamento PSBC.

²⁰¹ Art. 14 Reglamento PSBC.

²⁰² Art. 14 Reglamento PSBC.

²⁰³ Art. 15 Reglamento PSBC.

²⁰⁴ Art. 12 ter Ley N° 18.216

²⁰⁵ Art. 13 bis Ley N° 18.216.

6. Procedimiento

6.1. Imposición

La pena de PSBC puede ser impuesta de oficio o a petición de parte por el tribunal, si el condenado consiente a ello. Debe ser ordenada en la sentencia condenatoria. Su concesión o rechazo debe expresar los fundamentos en que se apoya, y en el primer caso, los antecedentes que fundamentan su convicción²⁰⁶.

En caso de delitos de acción penal privada o mixta, el tribunal debe citar a la víctima o a quien la represente a la audiencia del art. 343 CPP, para debatir sobre la procedencia de la pena sustitutiva²⁰⁷. No se requiere comparecencia efectiva, basta la citación²⁰⁸.

Concesión y denegación son apelables en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia definitiva, pero si se impugna ella vía recurso de nulidad, la apelación se interpone conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario para el caso de que la resolución del recurso no altere lo decidido por el tribunal a quo. En ese caso, el plazo es el del recurso de nulidad²⁰⁹.

Si se presentan uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronuncia de inmediato sobre la admisibilidad de ésta, pero sólo la concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto²¹⁰.

6.2. Ejecución

5.2.1. *Información a Gendarmería*

Una vez impuesta la pena, el tribunal tiene un plazo de cuarenta y ocho horas desde que la sentencia se encuentra firme y ejecutoriada, para informar a Gendarmería de Chile²¹¹.

5.2.2. *Presentación al condenado*

El condenado debe presentarse ante el Centro de Reinserción Social más cercano a su domicilio, dentro del plazo de cinco días desde que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada²¹². Es recomendable aconsejar al condenado presentación a tercer día,

²⁰⁶ Art. 35 Ley N° 18.216

²⁰⁷ Art. 35 Ley N° 18.216

²⁰⁸ En este sentido, MINJUS, *Material...* op. cit., p. 148.

²⁰⁹ Art. 37 Ley N° 18.216

²¹⁰ Art. 37 Ley N° 18.216

²¹¹ Art. 24 Ley N° 18.216

²¹² Si se establece la pena de PSBC como sustitutiva de la pena de multa, la presentación del condenado deberá efectuarse en el plazo que establezca el juez, el que no podrá ser menor a 3 ni superior a 7 días

para evitar una presentación cuando GENCHI carezca de información remitida por el tribunal²¹³. En caso de no presentación, Gendarmería de Chile deberá informar al tribunal, quien puede despachar inmediatamente orden de detención, con el mérito de esa comunicación (sin necesidad de solicitud previa del fiscal)²¹⁴.

Presentándose el condenado al Centro de Reinserción Social, se realizará una reunión de ingreso, en la que se le informará sobre las condiciones para el cumplimiento de la pena, los procedimientos formales y de supervisión que se llevarán a cabo. En dicha instancia o en una posterior se le aplicará una pauta semiestructurada para la elaboración del plan de actividades y se hace entrega de una cartilla informativa. Tal pauta tiene por finalidad conocer las características y condiciones del condenado que faciliten la asignación de la plaza de servicio comunitario considerando convenios y plazas existentes. Si no se puede realizar dicha reunión el día de presentación, se cita al condenado a un día y hora posterior, dentro de diez días. No pueden ser más de dos entrevistas²¹⁵.

Los antecedentes que se recabarán en dicha entrevista son personales, mórbidos, académicos, ocupacionales, habilidades e intereses, participación comunitaria y antecedentes penales. El delegado deberá poner atención a todas aquellas circunstancias que pueda dificultar el cumplimiento, por ej. la falta de recursos para locomoción, que el condenado sea un miembro conocido en la comunidad y por tanto no quiera ejecutar sus servicios en su barrio, que considere que la plaza de servicio asignada vaya en contra de su dignidad o prestigio profesional, entre otros²¹⁶.

5.2.3. *Confeción del plan de trabajo*

El delegado, en el plazo de treinta días siguientes a la fecha de ejecutoriedad de la condena, debe informar al tribunal que dictó la sentencia, el lugar donde se realizará el trabajo, el tipo de servicio que prestará y el calendario de su ejecución. Dicho tribunal notifica lo anterior al Ministerio Público y al defensor²¹⁷.

El plan de actividades del condenado contendrá²¹⁸:

- a) Individualización del condenado.
- b) Individualización del delegado.
- c) Copia de la parte resolutive de la sentencia que ordena la pena.
- d) Duración de la pena.
- e) Descripción del servicio a ejecutar.
- f) Centro de cumplimiento de prestación de servicios comunitarios donde deba realizarse, entidad beneficiaria y el responsable del centro.

²¹³ Si al presentarse Gendarmería no ha recibido la información, el condenado debiera exigir algún comprobante de su presentación.

²¹⁴ Art. 24 Ley N° 18.216; art. 7 Reglamento PSBC.

²¹⁵ MINJUS, *Normas técnicas de Prestación de Servicios en Beneficio de la Comunidad*, p. 24.

²¹⁶ ídem.

²¹⁷ Art. 12 bis Ley N° 18.216.

²¹⁸ Art.10 Reglamento PSBC

- g) Calendario de su ejecución, especificando días de actividades programadas y los horarios.
- h) Copia del convenio de colaboración celebrado entre Gendarmería de Chile y la entidad beneficiaria.
- i) Descripción de enfermedades, discapacidades, impedimentos físicos parciales o cualquier otra circunstancia relevante que se deba considerar para la ejecución de los servicios.
- j) Compromiso por escrito del penado de conocer dicho plan y de responsabilizarse por el cumplimiento satisfactorio de la pena impuesta.

5.2.4. *Presentación del condenado en dependencias de la entidad beneficiaria*

Una vez comunicado el plan de actividades al tribunal, se deberá efectuar la presentación del condenado en las dependencias de la entidad beneficiaria, según lo instruido por el respectivo delegado.

Realizada la presentación, el condenado estará en condiciones de comenzar con el cumplimiento efectivo de la pena, el cual deberá ser, por regla general, inmediato. Sin perjuicio de ello cabe considerar que atendido los fines de esta pena en cuanto a no afectar la vida laboral o educacional diaria del penado, el delegado podrá excepcionalmente diferir el inicio del cumplimiento hasta períodos cercanos de vacaciones o feriados. De este hecho deberá informar al tribunal de manera oportuna²¹⁹.

5.2.5. *Traslados*²²⁰

El condenado puede solicitar traslado del cumplimiento de pena a otro Centro de Reinserción Social, exponiendo las causas y adjuntando los documentos respectivos (contrato de trabajo, certificado de estudios, prescripción médica, etc.). Tal solicitud debe ser visada por el encargado de gestión técnica, y remitida por el delegado al tribunal, quien autoriza o no el traslado, ejecutándose el plan de actividades mientras tanto.

Si se autoriza, el delegado deriva al condenado al nuevo Centro de Reinserción Social, que lo ubicará en una plaza en el nuevo lugar de cumplimiento, garantizando su continuidad. En este sentido, el Centro debe dar continuidad al plan de actividades, pero puede adaptarlo conjuntamente con el condenado, informando al tribunal.

5.2.6. *Salida al extranjero*²²¹

Durante el cumplimiento de la pena, el condenado puede solicitar al tribunal autorización para salir del país. El delegado debe entregar un documento que señale el estado de cumplimiento de la condena.

²¹⁹ MINJUS, *Norma técnica de Prestación...* op. cit., p. 25.

²²⁰ *Ibidem*, p. 29.

²²¹ *Ídem*.

5.2.7. Tribunal competente

Durante la ejecución, el tribunal competente es el que corresponde según las reglas generales, esto es, el juzgado de garantía que hubiese intervenido en el respectivo procedimiento penal²²². En casos excepcionales, el tribunal podrá declararse incompetente para que conozca el juez de garantía del lugar de cumplimiento de la pena cuando exista una distancia considerable entre el lugar donde se dictó la sentencia y el de ejecución²²³.

7. Incumplimiento y quebrantamiento

En caso de incumplimiento existe regla especial en la Ley N° 18.216. En relación al quebrantamiento, rige la regla general.

7.1. Casos

7.1.1. Causales de incumplimiento de la pena sustitutiva

a) Si se ausenta injustificadamente del trabajo al menos durante dos jornadas laborales.

La regla no establece si las jornadas deben ser consecutivas o dispersas. Sin perjuicio de ello, el tribunal siempre puede valorar la gravedad de un incumplimiento, y por tanto, no revocar la pena²²⁴.

Según la norma técnica respectiva, “se entenderá por inasistencia justificada aquella respecto de la cual el condenado exhiba documentos tales como: certificado médico, laboral, educacional, de defunción de familiar cercano y otros, que den cuenta del motivo. Las ausencias justificadas no podrán ser contabilizadas para efectos de invocar la causal de revocación establecida en el artículo 30 literal a) de la Ley N° 18.216, y no podrá exceder de una durante el período de cumplimiento de la pena”²²⁵.

En este punto es necesario considerar que la norma técnica, cuyo destinatario es el funcionario de GENCHI, no puede obligar al tribunal a una determinada interpretación de un término legal, ni tampoco válidamente limitar a “una vez” la justificación, ya que el condenado podría enfermarse durante varias jornadas, podría fallecer un familiar en más de una oportunidad, etc. La regla técnica, no puede limitar los casos en que el tribunal pueda considerar como justificada una inasistencia.

Para la justificación de las inasistencias, el condenado o un adulto significativo deberá comunicarse con el delegado para informar y coordinar la entrega de la

²²² Arts. 14 letra f) y 113 inc. 2° COT.

²²³ Art. 36 Ley N° 18.216.

²²⁴ MINJUS. *Material...* op. cit., p. 140.

²²⁵ MINJUS, *Norma técnica de Prestación...* op. cit., p. 27

documentación que avale su inasistencia. A su vez, el delegado será quien informe a la entidad beneficiaria²²⁶.

Cuando la ausencia es justificada, el saldo de horas se agregará al final del cumplimiento y se informará al tribunal el término de la condena en su oportunidad²²⁷.

En cambio, si existieran atrasos por parte del condenado respecto de la jornada diaria establecida en el Plan de Actividades, estos lapsos de tiempo se agregarán y deberán cumplirse en su totalidad al final de la jornada. La forma de cumplimiento antes señalada deberá ajustarse siempre a la jornada laboral que prime en la entidad beneficiaria.

- b) Si su rendimiento en la ejecución de los servicios es sensiblemente inferior al mínimo exigible, a pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo.

Según la norma técnica, el estándar respecto a la eficiencia del condenado en su servicio comunitario, que se relaciona con su rendimiento en la ejecución de los servicios, no puede ser estático. Quedará definido por las exigencias que la entidad beneficiaria solicite al condenado al momento que éste llegue a cumplir su pena. Sin perjuicio de ello, se debe tener claro por parte del operador de la entidad beneficiaria que los dos factores a considerar serán la cantidad y calidad del servicio comunitario encomendado y el tiempo diario durante el cual el penado cumple la pena, el que se encuentra establecido en su Plan de Actividades²²⁸.

- c) Si se opusiere o incumpliere en forma reiterada y manifiesta las instrucciones dadas por el responsable del centro de trabajo.

Este comportamiento rebelde debe ser inequívoco y al menos en dos oportunidades²²⁹.

7.1.2. *Quebrantamiento*

Las penas sustitutivas se consideran quebrantadas por el sólo ministerio de la ley, dando lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado comete un nuevo crimen o simple delito, y fuere condenado por sentencia firme²³⁰.

Desde esta perspectiva, se advierte la relevancia de verificar la existencia de penas sustitutivas vigentes al momento de aceptar responsabilidad en un procedimiento simplificado, o la realización de un procedimiento abreviado, en razón del efecto que esa condena tiene para la pena sustitutiva anterior.

²²⁶ Ídem.

²²⁷ Ibídem, p. 28.

²²⁸ Ibídem, pp. 30-31.

²²⁹ MINJUS. *Material...* op. cit., p. 141.

²³⁰ Art. 27 Ley N° 18.216.

7.2. Procedimiento²³¹

En caso de incumplimiento, el delegado debe informar al tribunal competente.

El tribunal cita a una audiencia para resolver sobre la mantención o revocación de la pena. En relación a la oportunidad y forma de notificación, se estima aplicable la regla general del artículo 28 de la Ley 18.216, es decir, el tribunal cita por cédula al condenado a una audiencia que se realizará dentro del plazo de quince días, en la que se discutirá si efectivamente se produjo un incumplimiento de condiciones, o en su caso, un quebrantamiento.

Si existe quebrantamiento, el tribunal revoca²³². Si existe incumplimiento, el tribunal debe decidir la revocación u ordenar que el cumplimiento se ejecute en un lugar distinto a aquel en que el trabajo originalmente se desarrollaba²³³. La regla por tanto, contempla situaciones en la que, p. ej., la naturaleza del servicio concreto, el lugar donde se desarrolla o la persona a cargo, no facilitan adecuadamente el cumplimiento correcto de la pena.

El condenado tiene derecho a asistir con un abogado, y si no dispusiere de uno, el Estado le designa un defensor penal público. Las audiencias se rigen por lo dispuesto en el CPP, pero en todo caso, si fuese necesario presentar prueba para acreditar algún hecho, se procede desformalizadamente²³⁴.

La decisión sobre revocación es apelable según las reglas generales²³⁵.

7.3. Abono

En caso de revocación, se abona al tiempo de reclusión un día por cada ocho horas efectivamente trabajadas. Este abono también es procedente en el caso de disponerse que el cumplimiento se ejecute en lugar distinto²³⁶.

8. **Cumplimiento**

El delegado responsable, al concluir el periodo de duración de la pena, debe remitir un informe al tribunal sobre la ejecución efectiva de la pena²³⁷.

²³¹ Arts. 27, 28, 29 y 31 Ley N° 18.216.

²³² Arts. 27 y 30 Ley N° 18.216.

²³³ Art. 31 Ley N° 18.216.

²³⁴ Art. 28 Ley N° 18.216.

²³⁵ Art. 37 Ley N° 18.216.

²³⁶ Art. 31 Ley N° 18.216.

²³⁷ Art. 13 bis Ley N° 18.216.

Expulsión²³⁸

1. Concepto

Consiste en la expulsión de un condenado extranjero del territorio nacional, sin residencia legal en el país, con prohibición de regresar a él en un plazo de diez años contados desde la fecha de la sustitución de la pena.

Esta pena sustitutiva pretende anticipar una eventual expulsión administrativa al término de una condena, ejecutada por el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior, respecto de una persona extranjera cuya falta de arraigo familiar, laboral y social impide una intervención orientada a su reinserción social²³⁹.

2. Requisitos

- a) Que la pena sea igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

El artículo 34 Ley N° 18.216 restringe la aplicación de la expulsión de extranjeros a personas condenadas a pena de presidio o reclusión, excluyéndose en consecuencia, las penas restrictivas de libertad.

- b) Que el condenado sea un extranjero que no residiera legalmente en el país.

Extranjero: Se refiere a personas que poseen una única nacionalidad no chilena, y en consecuencia, no comprende a personas chilenas que tienen además otra nacionalidad.

Residente ilegal: La Ley N° 18.216 no define la expresión “extranjero que no residiera legalmente en el país”. El problema es que, pese a la referencia a la “legalidad” de la residencia, el Decreto Ley N° 1.094, que establece normas sobre extranjeros en Chile, no contiene una categoría con ese nombre. Por esta razón, es necesario resolver que personas quedan comprendidas en la “residencia legal” del artículo 34 de la Ley N° 18.216, dentro de las diferentes categorías que establece el DL N° 1.094.

Si lo que pretende el legislador es la expulsión de aquellos que carecen de algún permiso de residencia en Chile, y que toda residencia reconocida por ley satisface plenamente el sentido literal de la expresión “residente legal”, entonces, debemos entender por tales a las personas comprendidas en el Párrafo 4 del Decreto Ley N° 1.094, “De los Residentes Oficiales y demás Residentes”, que comprende en sus artículos 18 y ss., al “residente oficial”, al “residente sujeto a contrato”, al “residente

²³⁸ Art. 34 Ley N° 18.216; art. 49 Reglamento.

²³⁹ Vid. Historia de la Ley N° 20.603, pp. 1007, 1038 y 1039.

estudiante”, “al residente temporario” y a los “asilados políticos y refugiados”. Además, como un caso comprendido en el concepto de “residente legal”, se debe incorporar al extranjero que tiene “permanencia definitiva”, según disponen los artículos 41 y ss, esto es, quienes tienen un permiso concedido para radicarse indefinidamente en el país y desarrollar cualquier clase de actividades sin otras limitaciones que las legales y reglamentarias, otorgado a quienes cuentan con ciertos plazos de residencia en el país.

En consecuencia, es plausible entender que extranjeros “que no residen legalmente en el país”, son quienes tienen calidad de “turista” (no son residentes y se regulan en el Párrafo 6°, título I, DL. N° 1.094) y quienes se encuentren en el país de forma irregular (no residen en Chile conforme a la ley).

En relación a las personas que permanecen en Chile de forma irregular, es necesario dar cuenta de las críticas que ha recibido la expulsión de extranjeros en el derecho comparado. En primer lugar, se acusa el carácter discriminatorio de esta pena, respecto de personas en situación irregular, pero con proyecto migratorio en el país. Y en segundo lugar, derivado de lo anterior, el carácter trascendente de la pena de expulsión del extranjero que cuenta con un grupo familiar, pero que resulta obligado a terminar su proyecto de vida, acarreando consecuencias perniciosas para todos los integrantes de su grupo.

Ambos problemas deben ser enfrentados teniendo especial cuidado respecto del riesgo de extensión de las consecuencias lesivas a personas no responsables y la eventual destrucción de proyectos migratorios de individuos con arraigo en el país. En este sentido, se requiere enfatizar el **carácter facultativo** de la expulsión como pena sustitutiva, y en consecuencia, si ella se observa inadecuada en el caso concreto, por existir una situación de arraigo social en el país o proyecto migratorio vigente, el tribunal deberá preferir otra pena sustitutiva, según corresponda a la pena originalmente impuesta²⁴⁰.

²⁴⁰ Sobre este punto, es interesante observar en la historia fidedigna de la disposición, que el requisito de “arraigo familiar, social o el desarrollo permanente de un trabajo remunerado” se exigía en la propuesta original, pero que fue eliminado bajo el argumento de estar en presencia de una expulsión que “de todas maneras dicta el Ministerio del Interior y de Seguridad Pública para aquellos extranjeros que habiendo sido condenados no tienen el permiso de permanencia definitiva”, es decir “aun probándose este arraigo no tenía sentido prescindir de la expulsión, toda vez que igualmente luego del cumplimiento de la pena la persona sería trasladada hasta su país de origen en virtud de una expulsión administrativa” (MINJUS, *Material...* op. cit., p. 97).

Este argumento es un ejemplo de decisiones legislativas orientadas en base a premisas incorrectas. La expulsión administrativa de un condenado no es una decisión necesaria según el derecho vigente. No se aplica para ilícitos de cualquier gravedad, y los tribunales superiores la han revocado por consideraciones vinculadas a la existencia de arraigo, la producción de consecuencias lesivas para sujetos distintos al condenado o por la existencia de proyectos migratorios (Vid. al respecto, en detalle y con referencias a la reciente jurisprudencia, UNIDAD DE DEFENSA PENAL JUVENIL Y DEFENSAS ESPECIALIZADAS (UDPJDE). *Guía básica: Derechos de las personas extranjeras y migrantes ante el sistema penal*. DEP, Enero de 2014, pp. 13 y ss.). En consecuencia, siendo incorrecta la premisa, es falsa la conclusión de irrelevancia de estos elementos, y por tanto, su exposición ante el tribunal al momento de sustituir la pena es fundamental para persuadirlo de no imponer la expulsión.

Finalmente, los extranjeros no pueden ser expulsados en ningún caso donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de opiniones políticas, según dispone el art. 22.8 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁴¹.

3. Duración

Diez años, contados desde la fecha de sustitución de la pena.

4. Efectos

- a) Obligación de abandonar el territorio nacional
- b) Prohibición de regresar al territorio nacional

5. Procedimiento

5.1. Imposición

La imposición de la pena de expulsión requiere de una “audiencia de pena de expulsión”, a la que debe ser citado el Ministerio del Interior a fin de ser oído sobre la conveniencia de la sustitución. Su opinión no es vinculante para la decisión del tribunal.

La pena de expulsión puede ser impuesta de oficio o a petición de parte por el tribunal. Debe ser ordenada en la sentencia condenatoria. Su concesión o rechazo debe expresar los fundamentos en que se apoya, y en el primer caso, los antecedentes que fundamentan su convicción²⁴².

En caso de delitos de acción penal privada o mixta, el tribunal debe citar a la víctima o a quien la represente a la audiencia del art. 343 CPP, para debatir sobre la procedencia de la pena sustitutiva²⁴³. No se requiere comparecencia efectiva, basta la citación²⁴⁴.

La imposición de esta pena sustitutiva tiene mérito suficiente para la omisión de anotaciones en los certificados de antecedentes, respecto de quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito (sin perjuicio de la aplicación de la regla de omisión de condenas anteriores cumplidas). A estos efectos, el tribunal debe oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación²⁴⁵.

²⁴¹ Vid. voto de prevención de los ministros Vodanovic, Viera-Gallo y García, STC Rol N° 2.230.

²⁴² Art. 35 Ley N° 18.216

²⁴³ Art. 35 Ley N° 18.216

²⁴⁴ En este sentido, MINJUS, *Material...* op. cit., p. 148.

²⁴⁵ Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

Concesión y denegación son apelables en un plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia definitiva, pero si se impugna ella vía recurso de nulidad, la apelación se interpone conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario para el caso de que la resolución del recurso no altere lo decidido por el tribunal a quo. En ese caso, el plazo es el del recurso de nulidad²⁴⁶.

Si se presentan uno o más recursos de nulidad, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronuncia de inmediato sobre la admisibilidad de ésta, pero sólo la concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena substitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto²⁴⁷.

Ordenada la expulsión, el tribunal debe oficiar al Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a efectos de ejecutar la pena. El tribunal ordenará la “internación” del condenado en un establecimiento penitenciario de Gendarmería de Chile, hasta la ejecución de la pena.

En consecuencia, esta “internación” en un establecimiento penitenciario es una privación de libertad, y por tanto, debe someterse a todas las condiciones de legitimidad que la autorizan. Y en ese sentido, la previsión legal de esta medida y el carácter jurisdiccional de su concesión no impiden que la regla sea criticable: su formulación aparentemente obligatoria priva al tribunal del análisis de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto en relación al caso. Pues, es probable que respecto de un extranjero interesado en ser expulsado, no exista mérito para justificar peligro de fuga e incluso es altamente factible que exista una actitud colaborativa. ¿Por qué en este caso debe ordenarse una privación de libertad, sin plazo explícito, en circunstancias que precisamente es la privación de libertad lo que debe ser sustituido?

La respuesta es simple: las exigencias de necesidad de cautela, ultima ratio, y proporcionalidad son condiciones vinculantes para el tribunal, y en consecuencia, la internación ordenada por el tribunal debe respetarlas si pretende ser legítima²⁴⁸.

Finalmente, la ley omite determinar el tribunal competente respecto de estas dos gestiones. Sin embargo, siendo expresa la referencia a que la ejecución se realiza por la autoridad administrativa, y que ella es posterior a la internación, es claro que el tribunal que oficia al Departamento de Extranjería y ordena la internación es el tribunal que dicta la sentencia.

²⁴⁶ Art. 37 Ley N° 18.216

²⁴⁷ Art. 37 Ley N° 18.216

²⁴⁸ Vid. tb. UDPJDE, op. cit., p. 25.

5.2. Ejecución

La expulsión se ejecuta por el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

La ley no estableció plazo para hacer efectiva la expulsión. La reciente SCS Rol N° 70-2014, estableció, conociendo apelación a un recurso de amparo, que respecto de esta pena, que *“para que la norma sea eficaz, la sustitución debe materializarse en un término razonable, de modo que no se torne en una situación más gravosa que la pena privativa de libertad que viene a remplazar, lo que es coherente con el principio de celeridad contenido en la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, cuestión que esta magistratura no advierte que se haya acatado, pues ninguna de las razones administrativas que se han esgrimido parecen atendibles ni justifican la excesiva dilación que se ha constatado avalada en trámites tan burocráticos”* (considerando segundo). Agrega que *“en tales circunstancias, la privación de libertad que afecta a los amparados producto del retardo infundado en la ejecución de la pena sustitutiva de expulsión, afecta ilegítimamente su libertad ambulatoria conculcando de forma manifiesta la garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 7 del Constitución Política de la República, por lo cual la presente acción constitucional será acogida en los términos que se dirá en lo resolutivo”*. Finalmente, acoge el recurso de amparo declarándose que deberá darse cumplimiento a la pena sustitutiva en el plazo de diez días contados desde la notificación del cúmplase de esta sentencia, y que *“en lo sucesivo, los tribunales con competencia en lo criminal de Iquique y Pozo Almonte deberán requerir a la autoridad administrativa correspondiente que la pena sustitutiva de expulsión se cumpla dentro del plazo de treinta días desde que la resolución que así lo determina quede ejecutoriada, el que sólo admitirá prórroga en casos claramente fundados”*.

6. Incumplimiento y quebrantamiento

En caso de incumplimiento, esto es, el regreso del condenado al territorio nacional dentro del plazo de diez años ya señalado, se revoca la pena de expulsión, debiendo cumplir el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta (regla especial, artículo 34 inciso final).

Además, según la regla general, la pena de expulsión se considera quebrantada por el sólo ministerio de la ley, dando lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado comete un nuevo crimen o simple delito, y fuere condenado por sentencia firme²⁴⁹. Esta situación ocurriría si el condenado comete algún delito respecto del cual existe jurisdicción penal del Estado de Chile, según el principio de extraterritorialidad, y es condenado por él.

²⁴⁹ Art. 27 Ley N° 18.216.

La revocación de la pena de expulsión es apelable según la regla general²⁵⁰.

En caso de dejarse sin efecto la expulsión, el condenado se somete al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas²⁵¹.

7. Cumplimiento

En el caso de personas no condenadas anteriormente por crimen o simple delito, el cumplimiento de la pena sustitutiva tiene mérito suficiente para la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios para todos los efectos legales y administrativos. El tribunal que declare cumplida la pena sustitutiva, debe en consecuencia oficiar al Registro Civil, el que practica la eliminación²⁵².

El artículo 38 inciso tercero de la Ley 18.216 no hace referencia a la omisión de condenas anteriores cumplidas como antecedente que permita la eliminación definitiva. En consecuencia, debe aplicarse la regla del inciso segundo, que establece que para los efectos del inciso primero, esto es, determinar quienes no hubieren sido condenados anteriormente, no se consideran las condenas cumplidas en los plazos que la disposición señala.

²⁵⁰ Art. 37 Ley N° 18.216

²⁵¹ En contra AGUILAR, op. cit., p. 68, considera que la expresión “saldo” hace referencia exclusivamente a la existencia de abonos por privación de libertad durante el proceso. Sin embargo, al respecto es aplicable la regla general del artículo 26, que establece para todas las penas sustitutivas, el abono proporcional entre la duración de la pena sustitutiva y la pena originalmente impuesta.

²⁵² Art. 38 Ley N° 18.216. Se exceptúan los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.