



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216

César Ramos Pérez
Profesor de derecho penal
Universidad Adolfo Ibáñez

DICIEMBRE DE 2015

Consultas: udpj@dpp.cl

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS Y PROYECTOS
Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas

Informe en derecho
La pena mixta del artículo 33 de la Ley N° 18.216

César Ramos Pérez

Profesor de derecho penal
Universidad Adolfo Ibáñez

La Defensoría Penal Pública me ha solicitado un informe en derecho sobre la institución regulada en el artículo 33 de la Ley N° 18.216¹, introducida por la Ley N° 20.603, de 27 de junio de 2012, bajo el epígrafe denominado “*De las penas mixtas*” del Párrafo 2° del Título V de dicha Ley.

Con el objeto de informar sobre esta materia, el presente estudio se estructura según el esquema siguiente:

- I. Determinación de la naturaleza jurídica de la pena mixta;
- II. Aplicabilidad de la pena mixta a los condenados por hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia;
- III. Identificación del fundamento general de la Ley N° 20.603 y su relación con el fundamento específico de la pena mixta;
- IV. Análisis de los requisitos de procedencia de la pena mixta;
- V. Análisis del marco regulatorio del régimen de la libertad vigilada intensiva, en relación a las condiciones que impone, su forma de control, duración, cumplimiento e incumplimiento.

I. Naturaleza jurídica de la pena mixta

La Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, regula en su Título V “*Del reemplazo de la pena sustitutiva y las penas mixtas*”, en su Párrafo 2° “*De las penas mixtas*”, la posibilidad de disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva. Dicha institución se regula preferentemente en el artículo 33, disposición que, sin embargo, jamás alude en su texto a la expresión “*pena mixta*”. En general, en el texto de la ley,

¹ En adelante, toda referencia a una disposición sin identificación de su contexto regulativo, corresponde a la Ley N° 18.216.

además de los encabezados ya citados, sólo el artículo 23 bis A Ley N° 18.216 utiliza el término, aludiendo a él como “*régimen de pena mixta*”.

No ocurre lo mismo con las normas reglamentarias aplicables a esta materia. Tanto el artículo 33 del Decreto N° 1.120, del Ministerio de Justicia, de 10 de enero de 1984, Reglamento de la Ley N° 18.216, y como el artículo 12 del Decreto N° 515, del Ministerio de Justicia, de fecha 18 de enero de 2013, que aprueba el Reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, utilizan la expresión “*pena mixta*” para referirse a la institución regulada en el artículo 33 de la Ley n° 18.216.

El problema a resolver, en este contexto, consiste en determinar si la institución regulada en el artículo 33 constituye por sí misma una pena sustitutiva, o si su regulación indica que se trata de otra contenida en el catálogo general del artículo 1° inciso primero, o una institución de naturaleza distinta.

La alternativa interpretativa de atribuir a la “*pena mixta*” el carácter de una pena sustitutiva, propiamente tal, resulta descartada en el propio contexto regulativo de la Ley N° 18.216, en especial, en la definición normativa contenida en su artículo 1° inciso primero, que establece el catálogo de penas con las que el tribunal puede sustituir la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad, al momento de la imposición de la pena. Por el contrario, el régimen de “*pena mixta*” no se encuentra comprendido en dicha definición, y su referencia se encuentra en el inciso segundo del artículo 1°, que distingue alternativamente entre la facultad del inciso primero, esto es, la sustitución de la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad por alguna de las penas señaladas en dicho inciso, y la facultad del artículo 33, esto es, la interrupción de la ejecución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva.

Artículo 1°.- La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por alguna de las siguientes penas:

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

*No procederá **la facultad establecida en el inciso precedente ni la del artículo 33 de esta ley** [...] (énfasis agregado).*

En consecuencia, la “*pena mixta*” no es una pena sustitutiva autónoma².

² En este mismo sentido, CASTILLO, Ignacio. “El control judicial de la progresividad de la pena en Chile. Por ahora una tarea pendiente”, en AROCENA, Gustavo (director). *El control judicial de la cárcel en América Latina*. Buenos Aires, Ediar, 2014, p. 261.

Luego, la cuestión a resolver es si la “pena mixta” es una forma especial de referirse a la aplicación de una pena sustitutiva comprendida en el catálogo del artículo 1º inciso primero. En este sentido, la institución objeto de análisis sería una especie de alguna de las penas sustitutivas reguladas en la Ley N° 18.216, y en consecuencia, salvo regla especial, se debiera aplicar íntegramente el marco normativo que regula dicha pena sustitutiva en concreto.

Evidentemente, si la pena mixta importa la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva, el argumento anterior se vincula naturalmente a la pena sustitutiva contemplada en la letra d) del artículo 1º inciso primero, esto es la “*libertad vigilada intensiva*”.

La pretensión original del legislador, coincidía plenamente con el argumento expuesto, en tanto comprendía a la “pena mixta” como una de dos modalidades de libertad vigilada intensiva. Toda pena mixta, en consecuencia, era un caso de libertad vigilada intensiva, lo que se observa inequívocamente, en el artículo 23 bis del proyecto, según el texto introducido por la Indicación sustitutiva del Ejecutivo, de 18 de agosto de 2010.

Artículo 23 bis.- *Se entenderá por monitoreo telemático, toda supervisión por medios tecnológicos de las penas impuestas por la presente ley.*

*Dicho control podrá ser utilizado para la supervisión de las penas de reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva, ya sea que esta última se imponga de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 bis de la presente ley, o bien, según el régimen de pena mixta, previsto en el artículo 34 de esta misma ley (énfasis agregado)*³.

Sin embargo, la regulación finalmente aprobada y actualmente vigente, distingue entre la posible supervisión de la pena sustitutiva de *libertad vigilada intensiva* (artículo 23 bis) y la supervisión obligatoria del *régimen de pena mixta*, durante todo el periodo de la libertad vigilada intensiva (artículo 23 bis A).

Esta distinción entre la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, y el régimen de pena mixta, se encuentra expresamente referida en la Ley N° 18.216. Por una parte, el artículo 37 distingue entre la “*concesión de las penas sustitutivas que establece esta ley*” y la “*interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33*”, otorgando en ambos casos el recurso de apelación como vía de impugnación.

Art. 37.- *La decisión acerca de la **concesión, denegación**, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales (énfasis agregado).*

³ Historia de la Ley N° 20.603, p. 32.

Por otra parte, el mismo artículo 1º inciso segundo, ya referido, distingue expresamente entre la “*facultad establecida en el inciso precedente*”, esto es, la sustitución de la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por la pena de libertad vigilada intensiva, y la facultad del artículo 33 de la Ley N° 18.216, esto es, la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva.

En consecuencia, la pena mixta no es una pena sustitutiva propiamente tal, adicional a las reguladas en el artículo 1º inciso primero de la Ley N° 18.216. Pero tampoco la institución regulada en el artículo 33 es un caso especial de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva.

Por el contrario, la pena mixta constituye un *medio para poner término anticipado a la ejecución ya iniciada de una pena privativa de libertad*, que dispone su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva, es decir, por las condiciones de cumplimiento, duración y formas de control aplicables a dicha pena sustitutiva, teleológicamente orientada a la eficacia de una intervención psicosocial en los más diversos ámbitos del plan de vida del condenado⁴.

En este mismo sentido, el Ministerio de Justicia, ha señalado sobre la pena mixta lo siguiente:

“[...] en estricto rigor no constituye una pena sustitutiva en particular, sino un mecanismo para llegar a imponer la libertad vigilada intensiva, por consistir en **una forma adicional de poner término al cumplimiento de penas privativas de libertad, junto a las ya existentes**, tales como el cumplimiento efectivo de la pena, la obtención de la libertad condicional o de la rebaja de condena, o la aplicación de indultos generales y particulares”⁵.

“[...] la pena mixta constituye un mecanismo innovador en nuestro actual sistema, dentro de las posibilidades de **egreso anticipado** al cumplimiento normal de una pena privativa de libertad” (énfasis agregado)⁶.

Desde esta perspectiva, es plenamente aplicable la distinción categorial trazada por CESANO en Argentina, quien señala, respecto de la regulación de alternativas al encierro carcelario en la Ley 24.660, de ejecución de la pena privativa de libertad, que “[...] tal como están reguladas casi todas las alternativas [...] los institutos incorporados aparecen como mecanismos destinados a menguar o reducir el rigor en la ejecución del encierro carcelario clásico, sea ya como un medio de resguardar el denominado principio de “*atenuación o ejecución penitenciaria mínima*” (en los casos de la prisión discontinua y la semidetención) o el de humanidad (en las hipótesis de prisión domiciliaria) y no al de

⁴ En términos similares, vid. CASTILLO, op. cit., p. 261, quien afirma que la pena mixta es un mecanismo que permite ir avanzando en la progresividad de la pena, disminuyendo la intensidad de la sanción inicialmente impuesta. Vid. tb. en este sentido, GÓMEZ, FRANCISCO y JARA, FRANCISCO. *Las penas sustitutivas a las penas privativas de libertad restrictivas de libertad en el contexto del Derecho Penal y la política criminal chilena*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Social. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 190-191.

⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA. *Nuevo sistema de penas sustitutivas Ley N° 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603-Chile 2013*, p. 75.

⁶ *Ibidem*, p. 126.

*sustituir determinada categoría de penas (las privativas de libertad de corta duración), tal como ocurre con las sanciones autónomas que funcionan en el derecho comparado”*⁷. Subyace a este argumento, la distinción entre verdaderas penas alternativas, es decir, medidas diferentes al encierro que se deciden en el momento de imposición de la condena, de otras meras alternativas que se deciden como modificaciones en la forma de ejecución de penas ya impuestas, bajo la forma de alternativas especiales de cumplimiento⁸.

En tanto la aplicación de la pena mixta importa un medio para poner término anticipado a la ejecución de una pena privativa de libertad, adicional a los conocidos por la legislación chilena (libertad condicional, rebaja de condena, indulto y amnistía), es posible trazar una demarcación estricta entre normas configuradoras del marco regulatorio aplicable a la decisión de interrumpir la pena privativa de libertad y otras normas que rigen la ejecución del régimen de libertad vigilada intensiva consecuencial a la decisión anterior.

Desde un punto de vista operativo, el problema consiste en determinar, aplicando la tesis sostenida en este apartado, la aplicabilidad o inaplicabilidad de reglas contempladas en la regulación de la libertad vigilada intensiva, que carecen de una norma correlativa especial en el artículo 33, u otra disposición que expresamente afirme su aplicabilidad en esta materia.

Un ejemplo del problema al que se hace referencia, corresponde al marco regulatorio aplicable a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, en tanto establecimiento legal de requisitos de procedencia específicos en relación a la cuantía de la pena privativa o restrictiva de libertad sustituible, estableciendo como regla general una pena concreta de tres años y un día a cinco años de presidio menor en su grado máximo –artículo 15 bis letra a)–, sin perjuicio de la regla especial que extiende el ámbito de aplicación de la pena de libertad vigilada intensiva a las penas privativas o restrictivas de libertad superiores a quinientos cuarenta y un días de presidio menor en su grado medio, en los casos de ciertos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar y otros vinculados a algunos delitos sexuales –artículo 15 bis letra b)–.

Por supuesto, la regulación de la pena mixta establece expresamente un umbral superior distinto que la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues abarca también la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Sin embargo, se plantea la pregunta por el umbral mínimo: ¿puede aplicarse la pena mixta a una pena de tres años, sin estar en los casos especiales del artículo 15 bis b)? ¿Puede aplicarse la pena mixta a una pena privativa de libertad de 540 días de presidio menor en su grado mínimo? ¿Se aplican todas las hipótesis de exclusión general contempladas en el artículo 1º?

Si se estima correcta la tesis sustentada en este apartado, entonces la pena mixta no es una pena sustitutiva propiamente tal, ni tampoco corresponde a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Por el contrario, la pena mixta es una institución autónoma, cuyo efecto es la

⁷ CESANO, José Daniel. *Estudios de derecho penitenciario*. Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 126.

⁸ *Ibidem*, pp. 124-127.

interrupción de una pena privativa de libertad ya impuesta y en ejecución, que es remplazada por el régimen de libertad vigilada intensiva, lo que se manifiesta en las condiciones a cumplir por el condenado en libertad, la duración y la forma de control correspondiente. En consecuencia, el marco regulatorio de la libertad vigilada intensiva sólo es aplicable, salvo regla expresa, a la ejecución de la libertad vigilada intensiva. Por el contrario, la decisión de interrumpir la pena privativa de libertad, responde a un marco regulatorio autónomo, compuesto por las siguientes reglas:

- a) Reglas de procedencia respecto de la pena interrumpida: artículo 33 inciso primero letras a) y c).
- b) Regla de procedencia respecto de la inexistencia de condenas por crimen o simple delito registradas: artículo 33 inciso primero, letra b).
- c) Regla de procedencia respecto de los méritos intrapenitenciarios del condenado y consideraciones preventivo-especiales: artículo 33 inciso primero letra d) e inciso tercero.
- d) Reglas de exclusión: artículo 1° inciso segundo.

Pena sustitutiva de LVI		Pena mixta	
Reglas de procedencia		Reglas de procedencia	
Cuantía de la pena sustituida:	15 bis a) y b)	Cuantía de la pena interrumpida:	33 inciso 1° a) y c)
Condenas anteriores	15 inciso 2°, n° 1	Otras condenas	33 inciso 1° b)
Consideraciones preventivo-especiales:	15 inciso 2°, n° 2	Consideraciones preventivo-especiales:	33 inciso 1° d); 33 inciso 3°
Regla de exclusión aplicable		Reglas de exclusión aplicable ⁹	
1 inciso 2°		1 inciso 2°	

⁹ En la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, en segundo trámite constitucional, la Subsecretaria de Justicia, Sra. Pérez, afirmó respecto de los casos excluidos de la pena mixta que “este beneficio no se extiende a las personas que hayan cometido delitos sexuales graves o perpetrado ilícitos en un contexto de violencia intrafamiliar” (Historia de la Ley N° 20.603, pp. 696-697). Sin embargo, esta opinión no tiene sustento en la regulación vigente. Los delitos a que se hace referencia –delitos sexuales graves o cometidos en un contexto de violencia intrafamiliar–, están excluidos de la pena sustitutiva de remisión condicional conforme lo dispone el artículo 4° inciso final de la Ley N° 18.216, si se satisfacen las condiciones que establece la regla a que se remite esta disposición, esto es, en lo pertinente, el artículo 15 bis letra b). Y en relación a la libertad vigilada intensiva, esta última regla en ningún caso excluye la aplicación de la libertad vigilada intensiva, por el contrario la extiende a casos que estaban excluidos de la regla general de la letra anterior, ampliando su aplicación también a las penas privativas o restrictivas de libertad superiores a quinientos cuarenta días y no superiores a cinco años. En consecuencia, no hay exclusión alguna respecto de estos delitos, en la regulación vigente, salvo los casos del artículo 1° inciso segundo.

La historia fidedigna del artículo 1º inciso segundo da cuenta de una decisión deliberada del legislador en los términos ya expuestos. En el contexto de la discusión en el primer trámite constitucional, en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, al discutirse los alcances del entonces artículo 34, la mayoría de los diputados consideró que no era suficientemente claro que el mecanismo de interrupción de la pena privativa de libertad no era aplicable a los delitos excluidos de las penas sustitutivas establecidas en este artículo 1º, razón por la que acordó, por unanimidad intercalar en el inciso segundo, entre las palabras “precedente” y “de esta ley” las expresiones “ni la del artículo 34”¹⁰.

En segundo trámite constitucional, en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se presentaron dos indicaciones cuya finalidad fue suprimir, de la disposición comentada, la frase “ni la del artículo 34 de esta ley” (indicación n° 1 de la H. Senadora Alvear e indicación N° 2, del H. Senado P. Walker), y en consecuencia, eliminar la exclusión de la pena mixta a los condenados por alguno de los delitos comprendidos en esa disposición.

Al respecto, en su intervención ante la Comisión, la entonces Subsecretaria de Justicia, Sra. Pérez, manifestó lo siguiente:

*“[...] el catálogo de delitos excluidos de las penas alternativas es parte del texto original del proyecto y que lo que la Cámara de Diputados hizo fue **excluir dicha nomina también del beneficio de la pena mixta**”¹¹ (énfasis agregado).*

En otros términos, la modificación introducida por la Cámara de Diputados, en la justificación expresada por la Sra. Subsecretaria, obedece a aplicar el catálogo de delitos excluidos para las penas sustitutivas, también para el caso del “beneficio de pena mixta”. Recordar que expresamente, el *leitmotiv* de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603, era privar del carácter de beneficio al catálogo de consecuencias jurídicas establecido en la Ley N° 18.216, naturaleza que expresamente se le atribuye en la frase citada.

Sin embargo, en ese mismo contexto, la opinión del entonces Jefe de la División de Defensa Social, Sr. Valenzuela, contradice la posición sostenida en este apartado, en los términos siguientes:

*El Jefe de la División de Defensa Social, señor Valenzuela, [...] señaló que el problema planteado por la proposición en estudio es que si se elimina la exclusión de la pena mixta, el condenado a uno de los delitos indicados en el catálogo del artículo 1º que cumpla con los requisitos para obtener el beneficio de la pena mixta, **quedaría en definitiva sujeto a libertad vigilada intensiva, que es una pena sustitutiva**. Sin embargo, el propio artículo 1º excluye a ese condenado de la aplicación de cualquiera*

¹⁰ Historia de la Ley N° 20.603, pp. 103-104.

¹¹ *Ibidem*, p. 522

de las penas sustitutivas, entre las que se comprende la libertad vigilada intensiva, por lo que, de aprobarse la indicación, sería necesario hacer una adecuación adicional para evitar esta inconsistencia¹² (énfasis agregado).

Frente al riesgo de incurrir en un subjetivismo extremo en la interpretación de la disposición recurriendo al elemento histórico, es posible excluir la opinión referida como expresión de la historia fidedigna de la disposición, en razón de un importante antecedente de la discusión parlamentaria. En el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución del Senado, el H. Senador Sr. H. Larraín, **propuso expresamente eliminar en el texto del artículo 33 de la Ley N° 18.216, la expresión “régimen de la libertad vigilada”, y en cambio, mencionar esta última como una pena**¹³. Esta modificación, clarificaba en un sentido contrario al sostenido en este apartado, la naturaleza jurídica de la pena mixta, en términos de atribuirle la naturaleza de pena sustitutiva, en el sentido de la propuesta original del Ejecutivo. Sin embargo, frente a esa posibilidad manifiesta y expresa, **el legislador rechazó esa solución**, manteniendo el texto a este respecto, en los mismos términos que actualmente se encuentra vigente: lo que remplaza a la pena privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta e interrumpida, es el régimen de la libertad vigilada intensiva, y no la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, como pretendió introducir el H. Senador Larraín, e interpretó el Jefe de la División de Defensa Social, Sr. Valenzuela.

Si la pena mixta, en consecuencia, no constituye una pena en sí misma, ni corresponde a un caso especial de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, sino por el contrario, es un mecanismo para poner término anticipado a la ejecución ya iniciada de una pena privativa de libertad, entonces, se debe analizar si esa forma más beneficiosa de anticipar la salida al medio libre del condenado puede ser aplicada a hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 18.216 modificada por la Ley N° 20.603.

II.- Aplicación retroactiva de la pena mixta a los condenados por hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigencia

El artículo 8° de la Ley N° 20.603, establece reglas especiales sobre la vigencia de las modificaciones que dicha ley introdujo en la Ley N° 18.216. En su letra c), el artículo 8° expresamente hace referencia a la pena mixta, disponiendo al respecto que “*entrará en vigencia transcurridos dos años desde la mencionada publicación*” (en el Diario Oficial, de las adecuaciones que debían ser incorporadas en el Decreto Supremo N° 1.120, de 1984, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley N° 18.216).

Sin perjuicio de la discusión sobre la aplicación retroactiva de disposiciones legales favorables con anterioridad a su entrada en vigencia en los casos en que la ley establece un periodo de

¹² *Ibidem*, p. 523.

¹³ *Ibidem*, p. 701.

vacancia legal, una vez cumplido el plazo fijado por la regla contenida en el artículo 8° letra c), esto es, el transcurso de un plazo de dos años desde la publicación de las modificaciones al Reglamento de la Ley N° 18.216, existe un problema de aplicabilidad de leyes penales en el tiempo, toda vez que los casos en que se discutirá la aplicación de la pena mixta, corresponden a hechos acaecidos (y condenados) con anterioridad a la entrada en vigencia de la institución, y en consecuencia, su aplicación dependerá de si es aplicable a su respecto, el principio de *retroactividad de la ley penal favorable*.

A este respecto, la jurisprudencia chilena ha conocido diversos casos en que lo discutido era la aplicación retroactiva de las modificaciones introducidas a la Ley N° 18.216, contenidas en la Ley N° 20.603. Pero en concreto, en relación específicamente con la pena mixta, tales decisiones judiciales se vinculaban al problema inicialmente referido, esto es, la aplicación retroactiva con anterioridad al vencimiento del plazo de vacancia legal establecido en el artículo 8° de la Ley N° 20.603.

Sin embargo, en los antecedentes analizados para la elaboración de este informe, es posible observar un fallo que se pronuncia sobre cuestiones vinculadas a la aplicabilidad retroactiva de la ley penal, sin depender del problema del plazo de la vacancia legal. El voto disidente en la SCA de Talca, causa Rol N° 37-2015, afirmó lo siguiente:

*3°) Que, a juicio del disidente, no es aplicable lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 18 del Código Penal, pues dicha norma se refiere al evento de dictación de una ley que exima el hecho punible de toda pena o le aplique una menos rigurosa, cual no es el caso pues la Ley N° 20.603, modificatoria de la Ley 18.216, **no modificó de manera alguna la sanción del delito cometido por el condenado y tan sólo estableció un beneficio respecto a la forma de cumplimiento de la pena impuesta.***

Como se observa, en relación a la pena mixta, asunto discutido en el caso resuelto por dicha sentencia, existe acuerdo respecto del problema analizado en el capítulo anterior en este informe: la naturaleza de la pena mixta no es ni la de una pena autónoma, ni tampoco corresponde a la pena sustitutiva, por el contrario, es un medio para poner término anticipado a la ejecución de una pena privativa de libertad, es decir, es una institución que se vincula al cumplimiento de esta pena, una vez que ya se ha iniciado, imponiendo como remplazo a la ejecución de la privación de libertad, el régimen de cumplimiento de la libertad vigilada intensiva.

Desde ese punto de vista, sin duda, el artículo 33 de la Ley N° 18.216, no exime al hecho de una pena. En consecuencia, debemos determinar si la pena mixta corresponde al caso en que se “*aplica una menos rigurosa*”, y segundo, si su efecto en la forma de cumplimiento es relevante desde la perspectiva del principio de favorabilidad.

Al respecto, es necesario precisar que desde un punto de vista constitucional, el principio de favorabilidad contenido en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, señala que “ningún

delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado". Desde esta perspectiva, la Constitución no restringe el alcance de aplicación el principio, pues lo relevante para afirmar su aplicación retroactiva es el carácter favorable de la disposición.

Desde una perspectiva legal, también es preciso recordar que el artículo 18 inciso 3° CP, regula la aplicación retroactiva favorable de una ley que *"exime el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa"* promulgada **después de ejecutoriada la sentencia**, incluso si se ha cumplido la condena impuesta. En consecuencia, el efecto de cosa juzgada tiene como excepción la modificación de la sentencia cuando una nueva ley favorable ha de aplicarse retroactivamente. En este sentido, el principio de favorabilidad excluye el efecto de cosa juzgada.

En consecuencia, el único problema para afirmar la aplicabilidad de la pena mixta a los casos acaecidos y resueltos con anterioridad a la entrada en vigencia dispuesta en el artículo 8° de la Ley N° 20.603, es determinar si la pena mixta constituye una *"pena menos rigurosa"*.

Desde ya, desde un punto de vista literal, la regla no exige que se aplique *"otra"* pena menos rigurosa. Basta con una modificación en la misma pena que se debe o se está cumpliendo. Desde esa perspectiva, afirmar que la pena mixta no es una pena autónoma, ni tampoco corresponde a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, carece de relevancia para el problema discutido.

Más bien, lo que debe resolverse, es si las condiciones de cumplimiento y término de la pena ya impuesta y en ejecución, se encuentran dentro del alcance del principio de favorabilidad. En otros términos, la pregunta es si la *"pena menos rigurosa"* comprende una modificación a la regulación aplicable en el modo de poner término anticipado y cumplir la pena privativa de libertad, como es, la institución de la pena mixta.

Según OLIVER, *"los cambios benignos en la regulación penitenciaria deben aplicarse retroactivamente, al menos aquellos que incidan en las disposiciones de naturaleza penal de este sector del ordenamiento jurídico"*¹⁴. Dicha opinión coincide con la posición de ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, quienes afirman que *"la ley penal más benigna no es sólo la que desincrimina o la que establece pena menor, pues (a) puede tratarse de una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, de un impedimento a la operatividad de la penalidad, etc.; b) puede provenir también de otras circunstancias, como el menor tiempo de prescripción, una distinta clase de pena, una nueva modalidad ejecutiva de la pena, el cumplimiento parcial de la misma, las previsiones sobre condena condicional, probation, libertad condicional, e incluso las consecuencias procesales"*¹⁵.

¹⁴ OLIVER, Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2007, p. 377.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio; ALIAGA, Alejandro; y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal Part General*, 2ª ed. Buenos Aires, Ediar, 2002, p. 121.

Tales argumentos, son consistentes con el fundamento de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Tal fundamento obedece a una exigencia de proporcionalidad, que se vincula a la aplicación de la valoración vigente que el legislador tiene respecto de un hecho y su sanción jurídica. Si el Estado aplicara en cambio, la ley penal derogada al caso, incurriría en infracción a la prohibición de exceso, en tanto manifestación de un rigor punitivo que ya no responde a la valoración actual del legislador¹⁶. En ese sentido, como afirma Oliver, “*la mantención del régimen penitenciario antiguo expresa un rigor innecesario y excesivo desde la perspectiva de la valoración actual*”¹⁷.

En consecuencia, al momento de cumplirse el plazo del artículo 8° de la Ley N°20.603, para la entrada en vigencia de la pena mixta, su aplicación retroactiva a los hechos acaecidos y resueltos con anterioridad a dicha fecha es indiscutida, pues el establecimiento de un mecanismo para interrumpir de forma anticipada la ejecución de una pena privativa de libertad, disponiendo como remplazo el régimen de la libertad vigilada intensiva, mecanismo alternativo a las instituciones tradicionales que conoce el derecho penitenciario chileno, tales como la libertad condicional y la rebaja de condena de la Ley N° 19.856, constituye una institución que favorece al condenado desde una perspectiva constitucional, no existiendo límite alguno a su aplicabilidad incluso por sobre el efecto de cosa juzgada, al importar la aplicación de una pena menos rigurosa, al modificar el régimen de cumplimiento de una pena privativa de libertad.

III. Fundamento de la pena mixta, en el contexto político criminal de la reforma a la Ley N° 18.216.

En general, la orientación político criminal del legislador en el contexto de la modificación a la Ley N° 18.216, se resume en la idea de intensificar el control efectivo de las consecuencias del delito distintas a la pena privativa de libertad, acorde a una perspectiva preventivo general y del carácter punitivo que se pretende asignar a ellas, sin renunciar por ello a una orientación preventivo especial positiva en la ejecución de las penas, en un marco general de diversificación de la respuesta penal y de uso racional de la cárcel¹⁸.

¹⁶ Vid. en este sentido, BASCUÑÁN, Antonio. “La ley penal”, en *Revista de derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, N° 1:2004. Comentario de la Jurisprudencia del año 2003, p. 212, quien señala que “*la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable no es una concreción del principio de legalidad, sino del principio de proporcionalidad. Su fundamento se encuentra en una exigencia de congruencia entre la reacción punitiva en el momento de la imposición de la pena (condena, sentencia) y la valoración social del merecimiento y necesidad de pena del delito por cuya comisión se condena, expresada en la ley [...]* Lo que busca el principio de favorabilidad es una congruencia material –y n formal- de la reacción punitiva judicial con la medida legal de merecimiento y necesidad de pena. Una modificación legal que despenaliza un comportamiento o reduce la pena aplicable, implica un reconocimiento de la total falta de merecimiento o necesidad de pena de ese comportamiento, o de un menor merecimiento o de una menor necesidad de pena. Ello conlleva una redefinición de la medida en que esa pena es un medio adecuado, necesario y proporcionado para lograr los fines que la legitiman. Bajo esa redefinición, una reacción punitiva judicial que sobrepase esa nueva medida debe ser considerada como excesiva. Ese exceso implica una infracción al principio de proporcionalidad”.

¹⁷ OLIVER, op. cit., p. 378.

¹⁸ Vid. al respecto, en detalle, MINISTERIO DE JUSTICIA, op. cit., pp. 14-29. Las razones de una orientación político-criminal estatal, dirigida al fortalecimiento de sustitutos penales, se expresa, en el comentario mismo del Ministerio, que señala que “*considerando el alto crecimiento de la población penal, las altas tasas de privación de libertad, la experiencia de otros países que acuden mayoritariamente a las medidas alternativas a la privación de libertad, los altos índices de*

La pena mixta, introducida en ese contexto, responde íntegramente a tales principios rectores de la nueva institucionalidad:

- a) Intensificación del control efectivo acorde a una perspectiva punitiva preventivo general

La pena mixta, en tanto implica la interrupción de la pena privativa de libertad y su remplazo por el régimen de la libertad vigilada intensiva, se sujeta a las condiciones de ejecución de dicha pena sustitutiva, lo que implica el sometimiento al control judicial, administrativo y telemático (obligatorio) de las condiciones que importa el tribunal al momento de otorgar la pena mixta.

- b) Orientación preventivo especial resocializadora

Sea por las exigencias preventivo-especiales requeridas para la procedencia de la pena mixta, como los criterios técnicos psico-sociales que rigen en la ejecución del régimen de libertad vigilada intensiva, la orientación preventivo especial resocializadora integra y confiere sentido a esta institución.

- c) Diversificación de la respuesta penal y uso racional de la cárcel

La pena mixta, en tanto mecanismo de interrupción de la ejecución de una pena privativa de libertad, para casos preventivo especialmente idóneos que justifican un trato distinto al encierro del condenado, en tanto sometimiento en libertad a las condiciones aplicables a la libertad vigilada intensiva, amplía en general el catálogo de alternativas a la pena privativa de libertad, y acentúa el énfasis en la reinserción social como orientación programática de la ejecución de la pena en Chile.

En especial, en la discusión parlamentaria, según se observa en la historia fidedigna del artículo 33, este último aspecto es el que se acentuó con mayor énfasis en el debate según se observa en la opinión del Ejecutivo sostenida en la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, cuyos representantes sostuvieron como finalidad de la pena mixta la *disminución de la población penal en casos justificados*¹⁹, y *dar una solución a los condenados que al momento de la imposición no reunían los requisitos para una pena sustitutiva, pero su excelente comportamiento intrapenitenciario permite la interposición del régimen de libertad vigilada intensiva*²⁰. Tales fines asignados a la institución, expresan inequívocamente su orientación a la reinserción social, en un contexto de diversificación de la respuesta penal, y uso de la cárcel para los casos más graves²¹.

reincidencia de las penas privativas de libertad en comparación a las medidas alternativas, y el diagnóstico y recomendaciones entregadas por los expertos y organismos internacionales, aparece manifiesta la necesidad y urgencia de modificar y fortalecer un sistema alternativo a la privación de libertad” (ibídem, p. 25).

¹⁹ Historia de la Ley N° 20.603, p. 102.

²⁰ Ibídem, p. 162.

²¹ “La búsqueda de racionalizar la privación de libertad ha llevado a incorporar un mecanismo innovador en nuestro sistema de medida alternativas para acceder a la libertad vigilada intensiva, que consiste en la incorporación de la

Sin perjuicio de ello, existe en la historia fidedigna de la disposición un fundamento especial de la pena mixta, en tanto mecanismo para interrumpir la privación de libertad. Sin perjuicio que ya en la Cámara de Diputados, en el seno de la Comisión de Constitución, los representantes del Ejecutivo aludieron a la pena mixta como una “*etapa de preparación para el total egreso del sistema penitenciario*”, fue el entonces Ministro de Justicia, Sr. Bulnes, en su intervención en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, quien se refirió a un fin específico de la pena mixta:

“*La reincorporación a la sociedad no pasaría desde la privación absoluta de libertad a la reinserción al día siguiente, como si fuera a verificarse en forma automática, sino que se trabajaría con un concepto de **gradualidad**. Esto es lo que hemos denominado “pena mixta” (énfasis agregado)*”²².

En consecuencia, la pena mixta encierra en su origen un programa que orienta su ejecución a la preparación del condenado hacia el objetivo de la recuperación de su libertad plena. De ese modo, la idea de *gradualidad* y *progresividad*, requieren expresarse en la ejecución misma del régimen de libertad vigilada intensiva, cuestión que analizaremos en concreto al estudiar *infra*, las condiciones de ejecución de la pena mixta.

IV.- Requisitos de procedencia de la pena mixta

Se debe distinguir dentro de la regulación del artículo 33, tres exigencias para la procedencia de la pena mixta: a) respecto de la pena privativa de libertad ejecutada; b) respecto de la inexistencia de registros por condenas de crimen y simple delito; y c) respecto de los méritos intrapenitenciarios del condenado.

1.- Respecto de la pena que se encuentra bajo ejecución y que se pretende interrumpir

El artículo 33 inciso primero, letras a) y c) disponen lo siguiente:

Artículo 33.- “El tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe favorable de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior;*
- c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, [...]”*

denominada pena mixta, mecanismo que permite que personas privadas de libertad por condenas de hasta cinco años y un día, cumpliendo ciertos requisitos, entre ellos, un tiempo mínimo de cumplimiento de 1/3 de condena, puedan egresar del establecimiento penitenciario para cumplir el saldo de su condena mediante la libertad vigilada intensiva” (MINISTERIO DE JUSTICIA, op. cit., p. 29).

²² Historia de la Ley N° 20.603, pp. 464-465.

En consecuencia, en relación a la pena que se encuentra en ejecución, se deben cumplir los siguientes requisitos:

a) La naturaleza de la pena interrumpida debe ser *privativa de libertad*.

En este punto, se observa una diferencia respecto de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues ésta también sustituye el cumplimiento de las penas *restrictivas* de libertad.

b) Debe existir un cumplimiento de forma efectiva de, a lo menos, un tercio de la pena *privativa de libertad*.

El tiempo de cumplimiento efectivo exigido difiere del requerido por el Decreto Ley N° 321, sobre Libertad Condicional, que por regla general corresponde a la mitad del tiempo de condena, sin perjuicio del establecimiento de tiempos mayores para casos excepcionales, según dispone su artículo 3°.

Respecto al fundamento de esta anticipación del egreso al medio libre, en comparación a la libertad condicional, el MINISTERIO DE JUSTICIA ha señalado lo siguiente:

*“Las razones que llevan a establecer tiempos menores para acceder a la pena mixta, en comparación a la libertad condicional, se fundamentan en que ya siendo la libertad condicional un mecanismo de egreso desde los establecimientos penitenciarios que en general presenta satisfactorias cifras en cuanto a reincidencia y revocaciones, lo cierto es que no contempla un control y apoyo de la medida suficientemente adecuados para ampliar un sistema de egresos anticipados de la cárcel. Ello permite concluir entonces en la **necesaria ampliación de instituciones que, sobre la base de buenas conductas y otros requisitos adicionales, permiten anticipar los egresos desde establecimientos penitenciario, bajo un programa efectivo de control y apoyo a la reinserción, lo cual justamente se contempla en el contexto de la ejecución de la libertad vigilada intensiva [...]**” (énfasis agregado)²³.*

Al respecto, podría suscitarse la duda respecto de si el cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad excluye el efecto de los abonos que pudieran computarse a ese tiempo de cumplimiento. En este sentido, debemos distinguir el *abono del tiempo sometido a una medida cautelar personal privativa de libertad*, y el *abono de penas sustitutivas revocadas por incumplimiento o quebrantamiento*.

i) Abono del tiempo bajo medida cautelar privativa de libertad

La regulación del abono desde una perspectiva sustantiva se encuentra en el art. 26 del Código Penal (CP), que dispone lo siguiente:

²³ MINISTERIO DE JUSTICIA, op. cit., pp. 76-77.

“La duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del imputado”.

La regla, por tratarse de una definición sustantiva, constituye un principio fundamental *“atingente a los límites de las penas privativas de libertad en nuestro derecho”*, y en consecuencia las restantes reglas procesales no son más que un complemento²⁴.

Desde otra perspectiva, según los términos imperativos del citado art. 26 CP, es correcto negar que el abono constituya una concesión graciosa del Estado, sino que, por el contrario, es una manifestación del derecho de toda persona a no padecer privaciones de libertad excesivas o innecesarias, y del consecuente derecho a ser reparado si tal derecho se ve conculcado. En este sentido, HERNÁNDEZ, sostiene que la regla del art. 26 CP, y su amplitud, es una característica del carácter liberal y humanitario del código, con antecedentes claros en la regulación del Código Penal español de 1822 y el Código Penal belga de 1867²⁵, y en ese sentido, constituye una *“garantía explícita –no una vaga directriz– destinada a evitar la extensión ilegítima de la privación de libertad, o privaciones de libertad gratuitas”*²⁶.

Desde una perspectiva procesal, el artículo 348 inciso segundo del Código Procesal Penal (CPP) complementa lo dispuesto en el citado art. 26, en los siguientes términos (modificada por la Ley N° 20.603):

Artículo 348.- Sentencia condenatoria. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las penas sustitutivas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas, de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado.

En consecuencia, la ley imperativamente ordena que las penas temporales comiencen a contarse desde la privación de libertad del condenado, y que la sentencia condenatoria fije el tiempo de la privación de libertad (efectiva) que sirve de abono al cumplimiento (efectivo) de la pena²⁷.

²⁴ Vid. al respecto, HERNÁNDEZ, Héctor. *Abono de prisión preventiva en causa diversa*. Informe en derecho N° 4/2009. Departamento de Estudios, Defensoría Penal Pública, p. 2.

²⁵ *Ibidem*, pp. 2-3.

²⁶ CILLERO, Miguel. “Comentario (artículo 26)”, en HERNÁNDEZ, Héctor y COUSO, Jaime (directores). *Código Penal comentado Parte General Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Abeledo Perrot, 2011, p. 477.

²⁷ HERNÁNDEZ, Abono... *op. cit.*, p. 7.

Por ello, cuando se trata del abono de la medida cautelar según la regla del artículo 348 CPP, existe, desde un punto de vista material, efectiva privación de libertad. Luego la regla tiene utilidad respecto de la regla de conversión, no respecto de una definición sustantiva en relación al abono.

Desde esta perspectiva, el tercio de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad impuesta debe considerar el tiempo bajo una medida cautelar personal privativa de libertad, sea detención, prisión preventiva o la medida cautelar del artículo 155 letra a) CPP.

La historia fidedigna de la disposición recoge manifiestamente este criterio. El texto original discutido en el Congreso, exigía que “*el penado, con posterioridad a que la sentencia hubiese quedado ejecutoriada, hubiera cumplido un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva*”²⁸. En ese contexto, la entonces Subsecretaria de Justicia, Sra. Pérez, señaló que el texto, en esa redacción, no tomaba en cuenta que se imputan a la condena todos los días que el sentenciado estuvo privado de libertad durante el juicio, y en consecuencia, el Ejecutivo propuso la eliminación de la frase, lo que fue acordado durante el segundo trámite constitucional ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado²⁹. Desde esta perspectiva, sin duda, el tercio mínimo de cumplimiento efectivo comprende el tiempo de cumplimiento de una medida cautelar privativa de libertad total o parcial, en los términos definidos por el artículo 348 inciso segundo CPP.

ii) Abono del tiempo de cumplimiento de una pena sustitutiva

La regla que regula el cumplimiento de una pena sustitutiva es el artículo 26 de la Ley N° 18.216, que dispone lo siguiente:

Artículo 26.- La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas.

Tendrán aplicación, en su caso, las reglas de conversión del artículo 9° de esta ley.

La regla del artículo 26 es la más clara consecuencia del carácter punitivo de las consecuencias jurídicas establecidas en la Ley N° 18.216, a las que atribuye la naturaleza de penas sustitutivas en su artículo 1°. Desde esa perspectiva, en caso de revocación por incumplimiento o quebrantamiento, el tiempo de ejecución de una pena sustitutiva deberá ser abonado de forma proporcional al cumplimiento de la pena privativa o restrictiva de libertad sustituida.

²⁸ Historia de la Ley N° 20.603, p. 694.

²⁹ *Ibíd*em, p. 698.

Desde esa perspectiva, no hay duda que para efectos del cumplimiento de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, el artículo 26 ordena el abono del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva. Sin embargo, ello no es concluyente para resolver si, para efectos de interrupción de esa pena privativa de libertad, según el artículo 33, basta ese abono proporcional.

En tanto la regla del artículo 33 inciso primero, letra c), exige para la interrupción a lo menos un tercio de **cumplimiento efectivo** de la pena privativa de libertad, en principio, no correspondería considerar el tiempo abonado correspondiente al cumplimiento de la pena sustitutiva. En este sentido, el abono es pertinente para el cumplimiento de la pena privativa de libertad, pero la exigencia de efectividad en el cálculo del tercio mínimo, no consideraría ese abono.

Sin embargo, esa conclusión no es correcta desde una perspectiva material. Pues, al igual que las medidas cautelares personales detención, prisión preventiva, y la del artículo 155 letra a) CPP, la Ley N° 18.216 no es ajena a la privación de libertad efectiva sustitutiva de una pena privativa de libertad.

Ese fenómeno se observa en relación a dos penas sustitutivas, la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva. Ambas, según los artículos 7° y 17 ter de la Ley N° 18.216, respectivamente, disponen lo siguiente:

*“Artículo 7°.- La pena de reclusión parcial consiste en el **encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales.***

Artículo 17 ter.- En caso de imponerse la libertad vigilada intensiva deberán decretarse, además, una o más de las siguientes condiciones: [...]

*c) **Obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho horas diarias, las que deberán ser continuas**” (énfasis agregado).*

En ambos casos, sin duda, estamos frente a una pena sustitutiva, cuyo cumplimiento importa una efectiva privación de libertad parcial. En este sentido, esa afectación material del derecho a la libertad ambulatoria en nada se diferencia al cumplimiento de la medida cautelar del artículo 155 letra a) CPP, siendo incluso aún más lesiva, al estar asociado su cumplimiento, por regla general, al control vía monitoreo telemático.

Desde esa perspectiva, nos encontramos frente a una privación de libertad parcial, pero efectiva. En consecuencia, si ese tiempo en que el condenado se encuentra privado de libertad, es abonado al cumplimiento de la pena originalmente impuesta, por incumplimiento o quebrantamiento de la pena sustitutiva de reclusión parcial o libertad vigilada intensiva, se debe reconocer también para el cálculo del tercio de cumplimiento de la privación de libertad, pues se satisface íntegramente la exigencia de privación de libertad efectiva requerida por la regla,

en un contexto de reconocimiento como abono del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva, cualquiera sea ella.

Afirmado ello, sólo resta por determinar cuál es el cómputo que debe regir respecto de este abono. Al respecto, no corresponde invocar la regla aplicable a privaciones de libertad parcial del artículo 348 inciso segundo CPP, pues existe regla especial en el artículo 26 de la Ley N° 18.216, esto es, el abono proporcional, criterio que en el caso de la reclusión parcial y de la libertad vigilada intensiva, tiene regulación expresa en los artículo 9] y 16 de la Ley N| 18.216.

Artículo 9°.- Para los efectos de la conversión de la pena inicialmente impuesta, se computarán ocho horas continuas de reclusión parcial por cada día de privación o restricción de libertad.

Artículo 16.- Al imponer la pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, el tribunal establecerá un plazo de intervención igual al que correspondería cumplir si se aplicara efectivamente la pena privativa o restrictiva de libertad que se sustituye

En síntesis: si se revoca la pena sustitutiva, sea por incumplimiento o quebrantamiento, se debe abonar su tiempo de ejecución a la pena originalmente impuesta. Ese tiempo, en el caso de la reclusión parcial y de la libertad vigilada intensiva, será determinado según el artículo 26, en relación al artículo 9° y 16 de la Ley N° 18,216. Y esa cumplimiento será relevante para el cálculo del tercio requerido por el artículo 33, cuando haya importado privación de libertad efectiva, como es el caso de la reclusión parcial, cualquiera sea su modalidad, y la libertad vigilada intensiva cuando se ha impuesto la condición del artículo 17 ter letra c).

c) La cuantía de la pena impuesta no debe ser superior a los cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo.

La regla establece un **límite superior** mayor a la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, toda vez que se extiende a condenados a pena de crimen, a cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo.

En relación al límite inferior, tal como se sostuvo al inicio de este informe, no son aplicables las reglas de procedencia de la libertad vigilada intensiva, contenidos en los artículos 15 bis a) y b) de la Ley N° 18.216.

Sin embargo, implícitamente la regulación contiene un **límite inferior** respecto de la pena privativa de libertad que se pretende interrumpir. Este límite es consecuencia de la exigencia de la letra d) del inciso primero del artículo 33 de la Ley N° 18.216, que exige para la procedencia de la pena mixta “*un comportamiento calificado como “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud [...]*”. En consecuencia, necesariamente la pena que se pretende interrumpir exigirá un tiempo mínimo para dar cumplimiento a este requisito legal.

2.- Respeto de la inexistencia de otras condenas por crimen o simple delito

La letra b) del inciso primero del artículo 33, establece este requisito, en términos que *“al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”*.

En una simple comparación de este requisito de la pena mixta, con el de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, se observa que en el caso de la segunda, las condenas por crimen o simple delito deben ser anteriores, sin resolver expresamente si esa anterioridad es respecto del acaecimiento del hecho o del momento de la sentencia condenatoria, cuestión que debiera resolverse según el primer criterio, por inferirse implícitamente de la regla de omisión de condenas anteriores cumplidas y su forma de cómputo del plazo, desde el acaecimiento hecho sobre el que recae la nueva condena.

Por el contrario, al regla del artículo 33 expresamente se proyecta más allá del hecho, la condena e incluso el tiempo de ejecución de la pena privativa de libertad. A este respecto, lo importante es que **al momento de discutirse la interrupción**, el condenado no registre otras condenas por crimen o simple delito.

La regla remite a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis, remisión que ha planteado algunas dudas interpretativas, pues dicha disposición establece una nueva remisión, ahora, al artículo anterior: *“En los casos previstos en las dos letras anteriores, deberán cumplirse, además, las condiciones indicadas en ambos numerales del inciso segundo del artículo anterior”*.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 15, en su inciso segundo, dispone lo siguiente:

“En los casos previstos en las dos letras anteriores, deberá cumplirse, además, lo siguiente:

- 1.- *Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena, y*
- 2.- *Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social. Dichos antecedentes deberán ser aportados por los intervinientes antes del pronunciamiento de la sentencia o en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal. Excepcionalmente, si éstos no fueren aportados en dicha instancia, podrá el juez solicitar informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo previsto en el artículo 344 del Código Procesal Penal”*.

La interpretación correcta de las disposiciones citadas, permite entender que el artículo 33 exige, como requisito de la pena mixta, que el condenado no registre otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de la excepción establecida en el inciso segundo del artículo 15 (regla a la que se refiere el inciso segundo del artículo 15 bis). En otros términos, la única excepción pertinente a la exigencia de tal requisito vinculado a los antecedentes del condenado, es el numeral primero de dicho inciso, que establece que no se consideran las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena.

Por el contrario, la regla del numeral segundo es impertinente. Dicha regla establece el requisito subjetivo de la pena sustitutiva de la libertad vigilada y reglas de procedimiento (oportunidad, carga de presentar antecedentes, y solicitud a Gendarmería en su defecto). Ninguna de ella es pertinente en el caso de la pena mixta: el artículo 33 establece reglas específicas respecto del requisito subjetivo (inciso primero letra d) e inciso tercero) y en relación a su regulación procedimental (inciso primero y tercero a quinto).

La historia fidedigna del artículo 33, confirma lo señalado precedentemente. En su redacción original, según el texto introducido por la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo de fecha 18 de agosto de 2010, se establecía como requisito de la pena mixta, en la letra b) de dicha disposición, *“que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registre otra condena por crimen o simple delito”*³⁰.

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en Primer Trámite Constitucional, se modificó la disposición, según las razones que se observan en la historia de la ley:

*“Por último, la Comisión acordó precisar en la letra b) del inciso primero, que se refiere al requisito para la procedencia del reemplazo de la pena privativa de libertad, consistente en que el penado no registre otra condena por crimen o simple delito, **que tal exigencia es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 15 bis, es decir, que no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes de la comisión del nuevo delito**, como también que la factibilidad técnica a que hace referencia el inciso segundo, se refiere a la aplicación del sistema del monitoreo telemático*³¹.

En el contexto de la formulación de indicaciones en segundo trámite constitucional, se presentaron dos indicaciones al inciso primero:

- a) La indicación N° 59, del Presidente de la República, que pretendía reemplazar en la letra b) la expresión “15 bis” por “15 N° 1”.

³⁰ Ibídem, p. 38.

³¹ Ibídem, p. 163.

- b) La indicación número 60, de la Senadora Alvear, que pretendía sustituir en la misma letra b) la expresión “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”, por la frase “en todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito”³².

Ambas indicaciones, tenían por objetivo clarificar la confusa la remisión del artículo 34 (del proyecto) al artículo 15 bis, y luego al artículo 15, para expresar sencillamente que la remisión debía entenderse realizada al 15 N° 1, o más claramente, estableciendo la excepción en el mismo art. 34³³.

En este sentido se manifestaron la senadora Alvear y la Subsecretaria de Justicia Sra. Pérez:

La Honorable Senadora señora Alvear (Presidenta) explicó que con la remisión al artículo 15 bis o al artículo 15 N° 1, no queda meridianamente claro que no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes, dependiendo de si se trata de un crimen o simple delito, respectivamente. Por ello, estimó necesario aclararlo en los términos propuestos por la indicación número 60.

La señora Subsecretaria de Justicia expresó que la indicación número 60 apunta en el mismo sentido que la signada con el número 59, por lo que ambas podrían subsumirse. En todo caso, consideró más clara la indicación número 60³⁴.

En el devenir de la discusión en la Comisión, el debate se orientó posteriormente a otros temas vinculados con la pena mixta, en especial, la necesidad de imponer el monitoreo telemático obligatoriamente. Finalmente, las indicaciones fueron aprobadas con enmiendas, lo que significó sólo cambios formales a la misma redacción aprobada en la Cámara de Diputados³⁵.

En consecuencia, se observa que la historia fidedigna del artículo 33 confirma que la exigencia de no registrar otra condena por crimen o simple delito, “sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis”, es una referencia a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15, configurando en consecuencia una excepción a tal requisito, si dicha condena debiese ser omitida por el transcurso del plazo a que alude dicha norma³⁶.

Tanto la regla que exige que el condenado no registre condenas, y la regla de omisión de condenas anteriores cumplidas, por el transcurso del tiempo, refieren a las categorías de crimen

³² *Ibíd*em, p. 695.

³³ En este mismo sentido, vid. la intervención de Ana María Morales, Directora del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana, quien “en relación con las penas mixtas, observó que en la letra b) del artículo 34 la redacción que no queda clara, al hacer una remisión al artículo 15 bis. Señaló que lo que se quiso decir en ese caso es que no se considerarán las condenas anteriores, tratándose de crímenes o simples delitos, respectivamente, lo que no se entiende con la escueta remisión que se hace al artículo 15 bis” (*ibíd*em, p. 407).

³⁴ *Ibíd*em, p. 696.

³⁵ *Ibíd*em, pp. 696 y ss.

³⁶ Vid. también en este sentido, MINISTERIO DE JUSTICIA, op. cit., p. 76.

y simple delito, lo que plantea el problema de resolver si el plazo determinado por ley de diez o cinco años según se trate, se determina según la naturaleza del hecho según la pena conminada y el artículo 3° CP, o en concreto, según la cuantía de la pena impuesta por el tribunal, en relación a la escala general del artículo 21 CP.

La tesis interpretativa que afirma la relevancia de la pena en abstracto, es compatible con el tenor literal de la regla, que menciona la condena **por** crimen o simple delito. En este sentido, no es descartable semánticamente que se esté refiriendo al hecho punible según su calificación abstracta dependiente de la pena conminada en el tipo.

Sin embargo, existen argumentos para desarrollar una interpretación distinta. La regla que establece como requisito negativo para la procedencia de la pena mixta, la inexistencia de condenas por crimen o simple delito, no puede ser comprendido sin su necesario complemento del artículo 15 bis, que en los términos expuestos se refiere a la regla que establece la omisión de condenas anteriores, a efectos de conceder la pena sustitutiva, si aquéllas, en concreto, se encuentran cumplidas y hubiese transcurrido el tiempo que la ley dispone.

Es a raíz de la introducción de esta regla de omisión de condenas anteriores, con carácter general en el artículo 1° inciso final de la Ley N° 18.216, y no circunscrita a penas en concreto, que la historia fidedigna de la disposición cuestiona la primera interpretación. Su incorporación a la Ley N° 20.603 tuvo por origen la indicación N° 6 de la entonces senadora Soledad Alvear, que agregaba la siguiente oración final al artículo 1°: “*en todo caso, no se consideraran para estos efectos las condenas cumplidas diez años antes de la comisión del nuevo ilícito.*”. En cuanto a su fundamento, la senadora explicó lo siguiente:

“[...] esta proposición se funda tanto en los **principios generales sobre prescripción de la pena** como en aquellos establecidos por el proyecto en materia de concesión de diversas sanciones alternativas, que consideran como primerizos a quienes **han cumplido penas con mucha anterioridad al caso que se está tratando**”³⁷ (énfasis agregado).

Es cierto que previamente, a raíz de una opinión del entonces diputado Sr. Jorge Burgos, se introdujo la diferencia entre crimen y simple delito respecto del plazo necesario para la omisión de la condena anterior, “*de acuerdo a los plazos de la prescripción penal, los tiempos aplicables a crímenes y simples delitos*”³⁸. Pese a que la expresión “*de acuerdo a los plazos de la prescripción penal*”, puede hacer referencia tanto a la prescripción de la acción penal como de la pena, es expreso el fundamento de la regla general del artículo 1°, en el sentido de la justificación sustentada por la entonces Senadora Alvear, en tanto referencia a los “**principios generales de prescripción de la pena**”. Desde esta perspectiva, la historia fidedigna de la disposición confirma dos puntos: a) que el plazo se vincula al establecido para la prescripción de la pena; b) que en

³⁷ Historia de la Ley N° 20.603, p. 526.

³⁸ *Ibidem*, pp. 107-108, 274.

consecuencia, lo que se omite y fija su cómputo es la condena impuesta, esto es, la pena concreta.

En concreto, originalmente, la regla de omisión de condenas anteriores fue introducida en la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo, de fecha 18 de agosto de 2010, restringida exclusivamente a la pena sustitutiva de remisión condicional, sin exigencia de cumplimiento, referida exclusivamente a la condena por simple delito³⁹. El fundamento de la regla fue expresada por los representantes del Ejecutivo, en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados:

“[...] los representantes del Ejecutivo explicaron que, a su parecer, carecía de sentido, para los efectos de la reincidencia y en lo que se refiere al otorgamiento de la remisión condicional, considerar la incidencia negativa que tenía la comisión de delitos cometidos mucho tiempo atrás antes del nuevo ilícito, razón por la cual, para evitar esta descalificación permanente, se establecía un plazo de diez años para el caso de los simples delitos en que no se hubiera incurrido en nuevos ilícitos, el que si bien era arbitrario, se vinculaba con el establecido para la prescripción de la acción penal y de la pena.

Agregaron, asimismo, que coincidían con la idea de extender este criterio también respecto de los crímenes, para lo cual acogieron una proposición del Diputado señor Burgos para diferenciar, de acuerdo a los plazos de la prescripción penal, los tiempos aplicables a crímenes y simples delitos”⁴⁰.

El fundamento de la regla, como se observa en la cita anterior, se vincula a excluir la incidencia negativa de condenas anteriores, en atención al tiempo transcurrido, distinguiendo según los plazos de prescripción. Si el plazo se vincula a la condena, y ella se gradúa según la magnitud del injusto culpable cometido, entonces, es evidente que el plazo dependerá de la gravedad del hecho anterior, en concreto y no en abstracto. Ello se manifiesta expresamente en la regla de *prescripción de la pena*, que considera la condena en concreto, criterio que es perfectamente aplicable a la regla de omisión de condenas anteriores, y a la referencia de crimen y simple delito en el artículo 33 inciso primero letra b).

Desde esta perspectiva, sistemáticamente considerada, la referencia a la inexistencia de “condenas” como requisito de la pena mixta tiene un límite relacionado con su cumplimiento y con el transcurso de un plazo que está determinado según se trate de un crimen o simple delito. Dicho límite corresponde al efecto de omisión de la condena previa cumplida, por ello, si lo relevante es la condena como elemento a ser omitido, entonces, la referencia al crimen o simple delito que determina el transcurso del plazo respectivo debe estar vinculado a la pena impuesta (y cumplida), es decir, a la pena concreta, que es aquello que, según la regla, puede ser omitido.

³⁹ *Ibidem*, p. 24. “[...] Tratándose de simple delito, solo se considerarán las condenas dictadas dentro de los diez años anteriores a la comisión del nuevo ilícito”.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 107-108.

En este sentido resolvió la SJG de Lautaro, RIT N° 97-2013, confirmada por la SCA de Temuco Rol N° 144-2014:

“Que, así las cosas, para los efectos de determinar qué plazo computar para saber si se cumplen con los requisitos de la letra b) del artículo 4 de la Ley 18.216, se debe estar a la pena impuesta por sentencia ejecutoria, y habiéndose impuesto una pena de 817 días de presidio menor en su grado medio, que es pena de simple delito, el término es de cinco años, y no se debe considerar para estos efectos la pena abstracta que pudo tener el ilícito, que en este caso era un robo con fuerza en las cosas en lugar destinado a la habitación, ya que si el sujeto -del mérito del proceso respectivo- fue objeto de un bajo reproche jurídico penal, al imponerle en definitiva una pena de simple delito, no resulta lógico someterlo a un mayor plazo para determinar la procedencia del beneficio en cuestión, en circunstancias que ha presentado un bajo compromiso delictual, al no haber sido condenado en un plazo superior a cinco años”⁴¹.

En consecuencia: a) La interpretación de la regla que requiere la inexistencia de condenas anteriores por crimen y simple delito, no puede ser entendida sin referencia a su complemento y límite, esto es, la omisión de dichas condenas transcurridos ciertos plazos según se trate de crímenes o simples delitos. Si el efecto de esta regla es la omisión de la condena impuesta, lo relevante es la pena en concreto, pues es ella la que en definitiva es susceptible de ser omitida; b) La historia fidedigna de la disposición que establece la omisión (en general) de las condenas anteriores da cuenta de un fundamento vinculado a los plazos de prescripción de la pena, que se vinculan a la pena en concreto, no a su conminación abstracta; c) Finalmente, si la diferencia entre los plazos establecidos dependen de la gravedad del hecho cometido previamente, lo relevante es su expresión en la pena en concreto, y no el marco abstracto fijado por ley.

Problema distinto es determinar si la exigencia de cumplimiento de condena, cumple una función excluyente de otras consideraciones extintivas de la responsabilidad penal, o por el contrario, expresa una razón aplicable a otras causales de extinción de la responsabilidad penal reguladas en el art. 93 CP.

En concreto, se debe resolver si existen razones para afirmar que conforme a la legislación vigente, por ejemplo, la prescripción de una pena, el indulto o la amnistía, equivale al cumplimiento de la condena, a efecto de dar aplicación a la regla de omisión de condenas anteriores.

Desde un punto de vista semántico, la respuesta es sin duda negativa. La regla de omisión de condenas anteriores hace referencia, como requisito copulativo al transcurso de un plazo, a la necesidad de cumplimiento de la condena anterior. La expresión “cumplida”, institucionalmente hace referencia a una de las causales de extinción de la responsabilidad penal, esto es, el numeral

⁴¹ Vid. tb. SCA de Valdivia, Rol N° 183-2015.

segundo del artículo 93 CP. Y en circunstancias que la prescripción de la pena, el indulto y la amnistía, constituyen causales distintas de extinción de la responsabilidad, la consecuencia es que la omisión de condenas anteriores exige una específica forma de extinción, no cualquiera de ellas.

Sin embargo, esta aparente conclusividad del argumento literal debiera tener correspondencia con la finalidad que la regla persigue al establecer la omisión de condenas anteriores, a efectos de conceder penas sustitutivas. Ese fundamento, fue expresado reiteradamente en la tramitación legislativa que dio origen a la Ley N° 20.603, y se vincula, como se señaló, con la idea de excluir condenas anteriores de larga data, a efectos de impedir la procedencia de una pena sustitutiva. La idea, era excluir dicha condena como razón de una “*descalificación permanente*”.

No hay, sin embargo referencia al cambio de redacción, entre la exigencia de “*condena dictada*”, y “*condenas que se encontraran cumplidas*”. La única referencia existente por parte de los representantes del Ejecutivo, es que la no consideración de “*condenas cumplidas*” diez años antes de la comisión del nuevo delito, constituía “*un factor de disminución del encarcelamiento*”⁴².

En la discusión en Sala, el diputado Araya, informante del proyecto, reafirmó lo señalado en el sentido que la regla de omisión de condenas anteriores obedece a que “*la Comisión estimó que no parecía ajustado estigmatizar a una persona considerándola reincidente a consecuencia de hechos delictuales cometidos tanto tiempo antes*”⁴³.

El principio general, respecto a la omisión de condenas anteriores, fue extendido posteriormente como requisito general en el art. 1º, y en las penas de reclusión parcial y libertad vigilada, en los arts. 8º y 15, respectivamente.

En consecuencia, subyace a la regla un fundamento vinculado a la omisión de condenas anteriores de larga data, para no incurrir en una descalificación o estigmatización permanente del condenado, y de ese modo, disminuir el nivel de encarcelamiento, pues la omisión de la condena anterior permite una mayor aplicación de sustitutos penales.

Si la razón de la omisión de tales condenas es evitar la estigmatización por condenas de larga data, y consecuencialmente, incentivar la imposición de penas sustitutivas, esa razón no es exclusiva ni privativa del cumplimiento de la condena. Ella también es predicable de la prescripción de la pena, del indulto, y de la amnistía, pues respeta también a extensos plazos la omisión de la condena anterior, y con ello evita una estigmatización respecto de una condena prescrita, indultada o amnistiada, haciendo posible la imposición de sustitutos penales.

⁴² Historia de la Ley N° 20.603, p. 102.

⁴³ *Ibidem*, p, 274.

En consecuencia, no hay obstáculo en argumentar una aplicación analógica *in bonam partem*, de la regla de omisión de condenas anteriores, a los casos en que la extinción de la responsabilidad no ha operado por cumplimiento de condena, sino por prescripción, indulto o amnistía de ella.

Lo único que podría contradecir la corrección de lo señalado, es que la finalidad de la regla de omisión de condenas anteriores exija cumplimiento de ellas, desde un punto de vista de exigencia de efectividad del castigo impuesto. Desde ese punto de vista, la ley, habría establecido la necesidad, para efectos de eliminar la condena anterior, de una irrogación efectiva de la pena anterior. Pero no es ese el caso, la finalidad perseguida por la ley coincide con el fundamento de la prescripción de la pena: las condenas de larga data no deben estigmatizar a futuro al individuo. Cualquier otra consideración, escapa a los fundamentos de esta modificación legal.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación al denominado “cumplimiento insatisfactorio” de los beneficios o medidas alternativas de la Ley N° 18.216, derogado de su texto por la Ley N° 20.603, al tratarse de una forma de cumplimiento de dichas medidas, satisface la exigencia de cumplimiento de la regla de omisión de condenas anteriores en los casos que corresponda su aplicación en atención al artículo 28 de la antigua ley.

En este sentido, la SCA de Antofagasta, Rol N° 300-2014, señaló lo siguiente:

“QUINTO: Que prescindiendo absolutamente de la trascendencia y consecuencias que supone determinar el verdadero sentido y alcance del vocablo “cumplimiento” empleado en el citado artículo 1° de la Ley N° 18.216, [...] lo cierto es que de los antecedentes fluye que el beneficio de remisión condicional concedido al sentenciado F.H. en el fallo [...] –y la consiguiente suspensión de la pena privativa impuesta- lo fue al amparo de la Ley 18.216 vigente a esa época, cuyas disposiciones –a los efectos del asunto a que está llamada la Corte- resultan más favorables que el texto actual de esa Ley;

SEXTO: Que, en tal orden de ideas, habrá de recordar que el antiguo artículo 28 consagraba el llamado “cumplimiento insatisfactorio” [...]

En consonancia con la presunción que fluye dicha norma, la pena privativa impuesta a F.H. en la causa ya aludida, se entendió cumplida con más de una década de antelación a la fecha de la decisión judicial que la declaró prescrita.

Y por efecto de ello, concurre en su favor la exigencia de cumplimiento que el fallo en estudio echaba de menos, lo que se tradujo en el rechazo de la petición de sustituir la pena privativa impuesta a F.H.”⁴⁴.

⁴⁴ Vid. tb. SCA Talca Rol N° 120-2013

3.- Respeto de los méritos intra-penitenciarios y consideraciones preventivo-especiales aplicables

Según el artículo 33 inciso primero letra d), e inciso segundo, números 1 y 2, desde un punto de vista subjetivo, son dos los requisitos que deben concurrir para la procedencia de la pena mixta:

1.- Una **opinión técnica favorable**, contenida en el informe de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los **factores de riesgo de reincidencia** para conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse en la sociedad en libertad.

Al respecto, según dispone el mismo artículo 33 de la Ley n° 18.216, así como el artículo 33 del Reglamento, dicha opinión técnica contiene lo siguiente:

- a) Deberá referirse a los *factores de riesgo, factores protectores* y a todos los *antecedentes sociales y características de personalidad* del condenado que permitan orientar las acciones que deben tomarse para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas.

En especial, es relevante destacar que la regla comentada establece un criterio distinto al requisito de la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, pues el artículo 33 no menciona circunstancias que el artículo 15 inciso segundo número 2° considera pertinentes para el diagnóstico de eficacia de una intervención individualizada para una efectiva reinserción social, esto es, la *conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito*.

En este sentido, en el contexto de la pena mixta, la opinión técnica de Gendarmería de Chile no está obligada a considerar aquellas circunstancias vinculadas directamente con el hecho punible, sino que, por el contrario, deberá orientarse preferentemente a la determinación de factores de riesgo y factores protectores, según los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado.

- b) Deberá considerar la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado. Esta regla tuvo por origen una propuesta del H. Senador Espina, quien la justificó argumentando que *“si ello no se toma en consideración, es posible que por esta vía queden liberados delincuentes habituales”*⁴⁵.

Es importante destacar que este antecedente, además de ser problemático desde la perspectiva de la regla de trato derivada del principio de inocencia, y además de ello, superfluo, pues en caso de ser relevante, es materia del informe de riesgo, la regulación no establece que la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes sea un impedimento para una opinión técnica favorable, sino que sólo establece del deber de considerar, como antecedente de dicha

⁴⁵ Historia de la Ley N° 20.603, p. 704.

opinión, la existencia de tales antecedentes, los que, por cierto, pueden ser compensados por la concurrencia de factores protectores, como es propio del modelo de riesgo, necesidad y responsividad al que se orienta la regulación de la Ley N° 18.216 y su Reglamento.

2.- Una **calificación del comportamiento del condenado como “muy bueno” o “bueno”**, en los tres bimestres anteriores a la solicitud, según dispone el Decreto Supremo N° 2.442, de 1926 del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, expresada en el informe de comportamiento que deberá contener, a su vez, el informe de Gendarmería de Chile.

V. Procedimiento para el otorgamiento de la pena mixta

El artículo 33 de la Ley N° 18.216 establece que *“el tribunal podrá, de oficio o a petición de parte, previo informe de Gendarmería de Chile”*, interrumpir la pena privativa de libertad y remplazarla por el régimen de libertad vigilada intensiva.

A este respecto, es esencial, según dispone el artículo 33 de la Ley N° 18.216 y el artículo 33 de su Reglamento, el informe previo favorable de Gendarmería de Chile, el que, según dispone el inciso tercero del artículo 33 de la Ley N° 18.216, deberá contener tres elementos:

- a) La opinión técnica favorable sobre los factores de riesgo de reincidencia y posibilidades de reinserción social en cumplimiento de una pena en libertad;
- b) Informe de comportamiento, remitido por la unidad penal (artículo 33 letra b) del Reglamento);
- c) Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, que deberá incluir aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado.

El procedimiento conducente para la elaboración de este informe, se rige según las siguientes consideraciones:

1.- El procedimiento podrá iniciarse en Gendarmería de Chile, o a solicitud del condenado ante el Juez de Garantía. En este segundo caso, el tribunal debe remitir la solicitud a la unidad penal respectiva, para continuar con el procedimiento descrito en el Reglamento.

2.- La unidad penal deberá remitir al Centro de Reinserción Social la nómina de internos que cumplen los requisitos enumerados en el artículo 33 y que hubieren postulado a la pena mixta y sus respectivos informes de comportamiento (artículo 33 del Reglamento).

Al respecto, los “requisitos enumerados” son aquellos descritos en el inciso primero, letras a, b, c y d, esto es, los requisitos relativos a la cuantía de la pena privativa de libertad, la inexistencia de otras condenas por crimen o simple delitos, el cumplimiento efectivo de un tercio de la

condena, a lo menos, y la calificación de comportamiento intrapenitenciario. En consecuencia, no es parte del análisis que deberá realizar la unidad penal, la determinación del riesgo de reincidencia ni la factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático.

Por cierto, pese a su naturaleza en principio formal, como se señaló anteriormente, tales requisitos pueden ser objeto de discrepancia interpretativa. En este sentido, si Gendarmería no remite al Centro de Reinserción Social los antecedentes, por estimar que alguno de tales requisitos no concurre, por ejemplo, por estimar que no es procedente el abono de la prisión preventiva, deberá ser en definitiva el juez de garantía quien resuelva la correcta interpretación de los requisitos establecidos en la ley. En especial, si el informe ha sido solicitado por el tribunal, Gendarmería de Chile está obligada a su elaboración⁴⁶.

3.- El delegado de libertad vigilada del Centro de Reinserción Social debe elaborar el informe. Según dispone la letra a) del artículo 33 del Reglamento, el informe debe contener una evaluación respecto al riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena en libertad. Deberá referirse a los factores de riesgo, a los factores protectores y a todos los antecedentes sociales y personales del condenado que permitan orientar las acciones que deben adoptarse para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas. El delegado deberá efectuar la evaluación y remitir el informe al tribunal.

Si la evaluación es favorable, según dispone el artículo 33 de la Ley N° 18.216 y el artículo 33 del Reglamento, el delegado deberá remitir además la elaboración de un plan de intervención individual sobre las actividades que deberá cumplir en libertad el condenado. Al respecto, es aplicable el artículo 16 de la Ley N° 18.216, que dispone que el plan de intervención *“deberá comprender la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción social del condenado, tales como la nivelación escolar, la participación en actividades de capacitación o inserción laboral, o de intervención especializada de acuerdo a su perfil. El plan deberá considerar el acceso efectivo del condenado a los servicios y recursos de la red intersectorial, e indicar con claridad los objetivos perseguidos con las actividades programadas y los resultados esperados”*.

El plan deberá incorporar además, según establece el Reglamento, un acta de compromiso del condenado en que se expresa su voluntad de realizar las actividades del plan y una certificación de que el condenado ha tomado conocimiento de la posibilidad de revocación de la *“pena sustitutiva”*, en el caso de que no cumpliera las exigencias de la libertad vigilada intensiva, cuestión que, según ya hemos señalado anteriormente, se refiere únicamente al régimen de ejecución de ella.

Si la evaluación es desfavorable, el Reglamento señala que el delegado evacúa un informe a la unidad penal respectiva, acompañando los antecedentes que sustentan dicha evaluación. Sin

⁴⁶ Vid. al respecto, SCA La Serena, Rol N° 13-2015.

perjuicio de ello, se debe recordar que la letra a) del artículo 33 del Reglamento, en su primer párrafo, establece la obligación del delegado de realizar la evaluación y remitir el informe al tribunal, sin distinguir si se trata de un informe favorable o desfavorable.

4.- El informe remitido por Gendarmería de Chile, al tribunal, debe contener, según exigencia del artículo 33 de la Ley N° 18.216 y el artículo 33 de su Reglamento, la evaluación de la factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático. Sin embargo, el artículo 12 del Decreto N° 515, de 18 de enero de 2013, Reglamento de monitoreo telemático de condenados a penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, confiere una oportunidad adicional correspondiente al momento de citar a la audiencia.

5.- Recibido el informe de Gendarmería de Chile, el tribunal cita a una audiencia a los intervinientes, en la que se discutirá y resolverá la interrupción de la pena privativa de libertad y su remplazo por el régimen de libertad vigilada intensiva (artículo 33 inciso cuarto, Ley N° 18.216).

Al momento de citar a la audiencia, si no consta en el informe recibido, el tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá solicitar a Gendarmería de Chile, Departamento de Monitoreo Telemático, el informe de factibilidad técnica, el que se acompañará antes de la audiencia para pronunciarse acerca del remplazo (artículo 12 del Reglamento de Monitoreo Telemático).

6.- En la audiencia se examinan los antecedentes y los argumentos de los presentes, y se resuelve el otorgamiento o denegación de la pena mixta. El tribunal puede asimismo requerir a Gendarmería de Chile mayores antecedentes respecto a la factibilidad técnica del monitoreo (artículo 33 inciso quinto, Ley N° 18.216), por ejemplo, en los casos en que además de la condición de permanecer en el domicilio, el tribunal considere la imposición de una prohibición de acercamiento a personas o lugares⁴⁷.

En caso de disponerse la interrupción de la pena privativa de libertad, el tribunal fijará el plazo de observación de la libertad vigilada intensiva por un período igual al de duración de la pena que al condenado le restare por cumplir y determinará las condiciones a que éste quedará sujeto conforme a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de esta ley (artículo 33 inciso sexto, Ley N° 18.216). También deberá aprobar el plan de intervención individual⁴⁸.

Si el tribunal no otorgare la interrupción de la pena, no podrá discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación (artículo 33 inciso séptimo, Ley N° 18.216).

Finalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley N° 18.216, la decisión referida a la interrupción de la pena privativa de libertad es apelable. En este sentido, no debe entenderse que el recurso sólo se concede para el caso de otorgamiento, en tanto interrupción

⁴⁷ En este sentido, vid. MINISTERIO DE JUSTICIA, op. cit., p. 79.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 78.

expresamente aludida. Por el contrario, la regla indica que es apelable la decisión referida a la interrupción regulada en el artículo, entendida como una materia distinta a las otras decisiones expresamente señaladas, que se vinculan a las penas sustitutivas, y en consecuencia, se refiere, en este punto, tanto al otorgamiento como a la denegación⁴⁹.

VI. El régimen de libertad vigilada intensiva: condiciones de ejecución, formas de control, duración, cumplimiento e incumplimiento

Según dispone el artículo 33 inciso sexto de la Ley N° 18.216, si se ordena la interrupción de la pena privativa de libertad, y su remplazo por el régimen de la libertad vigilada intensiva, esto es, las condiciones de ejecución, control, duración, cumplimiento e incumplimiento de la libertad vigilada intensiva, el tribunal debe determinar las condiciones a que quedará sujeto el condenado conforma a lo prescrito en los artículos 17, 17 bis y 17 ter de la Ley N° 18.216:

1.- Condiciones obligatorias comunes a la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva (artículo 17 letras a) y b):

- a) Residencia en lugar determinado, que debe corresponde a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada intensiva. El lugar puede ser propuesto por el condenado y ser cambiado en casos especiales calificados por el tribunal, previo informe del delegado.
- b) Sujeción a la vigilancia y orientación permanente de un delegado por el periodo fijado. El condenado tiene la obligación de cumplir las normas de conducta e instrucciones del delegado en materia de educación, trabajo, morada, cuidado de la familia, empleo del tiempo libre y otras que sean pertinentes para una eficaz intervención individualizada.

2.- Condiciones eventuales, comunes a la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva:

- 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 estudiante (artículo 17 letra c).
- b) *Obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol*, si el condenado presenta un consumo problemático de drogas o alcohol (artículo 17 bis).

3.- Condiciones exclusivas de la libertad vigilada intensiva. Al respecto, debe el tribunal imponer a lo menos una (artículo 17 ter):

⁴⁹ “Por último, de conformidad al art. 37 de la nueva ley, cualquiera sea la decisión del tribunal en esta audiencia, es susceptible de apelación” (ibídem, p. 79).

- a) Prohibición de acudir a determinados lugares;
- b) Prohibición de aproximarse 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 lapso máximo de ocho horas diarias, las que deberán ser continuas;
- d) Obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares.

En relación al control efectivo de las condiciones del régimen de libertad vigilada intensiva, la Ley N° 18.216 establece tres formas de control:

- a) Control administrativo

Corresponde al control realizado por el delegado de libertad vigilada, que consiste en medidas de supervisión, aprobadas por el tribunal, que deben incluir la asistencia obligatoria a encuentros periódicos con el delegado y la asistencia obligatoria a programas de intervención psicosocial (artículo 17 quáter).

- b) Control judicial

Se realiza mediante dos vías. Primero, a través de informes del delegado de periodicidad, a lo menos trimestral, sobre la evolución y cumplimiento del plan. Segundo, mediante la realización de audiencias de seguimiento, a lo menos semestral, en la que comparece el condenado, su defensor, el delegado si así el tribunal lo requiere, y el fiscal cuando lo estime procedente (artículos 16 y 23). Si se impusiere además la obligación de someterse a tratamiento de consumo problemático de drogas o alcohol, la periodicidad de los informes es mensual y las audiencias bimestrales, sin perjuicio de las audiencias de seguimiento general (artículo 17 bis).

- c) Control mediante monitoreo telemático.

El artículo 23 bis define monitoreo telemático como “*toda supervisión por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley*”. En relación a la pena mixta, la Ley N° 18.216 ha establecido una supervisión obligatoria mediante monitoreo telemático, exigiendo además que la factibilidad técnica sea contenido necesario del informe previo de Gendarmería de Chile. Esta decisión se expresa en los artículos 23 bis A y 33 inciso 2° y 3° N° 3 de la Ley N° 18.216, 33 letra c) del Reglamento de la Ley N° 18.216 y 2° inciso final del Reglamento de Monitoreo Telemático:

Artículo 23 bis A Ley 18.216.- “*Tratándose del régimen de pena mixta, previsto en el artículo 33 de esta ley, la supervisión a través de monitoreo telemático será obligatoria durante todo el período de la libertad vigilada intensiva*” (énfasis agregado).

Artículo 33 inciso 2° Ley 18.216.- *“En el caso que el tribunal dispusiere la interrupción de la pena privativa de libertad, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático. Para estos efectos, el informe de Gendarmería de Chile a que se refiere el inciso primero, deberá contener lo siguiente:*

3) *Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la cual incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto”* (énfasis agregado).

Artículo 33 Reglamento Ley N° 18.216.- *“En relación a la pena mixta, una vez que el Centro de Reinserción Social ha recibido la nómina de los internos que cumplen con los requisitos enumerados en el artículo 33 de la Ley N° 18.216, y que hubieren postulado a la pena mixta, el delegado de libertad vigilada deberá elaborar el informe que contendrá:*

c) *Factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, la que incluirá aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto”*.

Artículo 2° inciso final Reglamento de Monitoreo Telemático.- *“Asimismo, el juez deberá disponer el uso de monitoreo telemático para el cumplimiento de la libertad vigilada intensiva, con posterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria, en el caso previsto en el artículo 33 de la misma ley”* (énfasis agregado).

Originalmente, la Indicación Sustitutiva del Ejecutivo, de 18 de agosto de 2010, establecía este control en términos facultativos, en la redacción original del artículo 23 bis. Sin embargo, en el segundo trámite constitucional, en el contexto de la discusión en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, el H. Senador Espina sostuvo críticamente que *“tal situación abre este sistema para que personas que cometieron ilícitos tan graves como para merecer una pena de presidio mayor, salgan en libertad, habiendo cumplido apenas un tercio de la sanción y sin ninguna medida efectiva de control”* agregando que estaría dispuesto a aprobar la introducción de la pena mixta *“sólo en la medida en que la imposición del monitoreo electrónico para estos casos se establezca como una obligación a todo evento para el juez. De no haber disponibilidad técnica, estimó que simplemente no podría otorgarse el beneficio”*⁵⁰. Esta propuesta fue compartida por la Sra. Subsecretaria de Justicia y el profesor Julián López, quien propuso además que la factibilidad técnica favorable constituyera un requisito adicional para el otorgamiento de la pena mixta, en una nueva letra e) del inciso primero (junto a la cuantía de la pena, la inexistencia de otras condenas por crimen y simple delito, el cumplimiento de un tercio de pena efectiva y la calificación del comportamiento)⁵¹.

⁵⁰ Ibídem, p. 697.

⁵¹ Ibídem, p. 698.

En contra, la entonces Directora Ejecutiva de la Fundación Paz Ciudadana, Sra. Blanco, observó críticamente la idea de establecer la factibilidad técnica como requisito, pues en los casos en que no existiera factibilidad técnica, se incurría en discriminación arbitraria, lo que implicaba un déficit desde el punto de vista constitucional⁵².

El texto aprobado por la Comisión, y posterior ley vigente, establece que el régimen de libertad vigilada intensiva debe ser siempre controlado mediante monitoreo telemático (inciso segundo), y establece la necesidad de que el informe de Gendarmería contenga un análisis de factibilidad técnica (inciso tercero número 3). Asimismo, haciendo frente a la crítica de Fundación Paz Ciudadana, el inciso quinto establece la posibilidad de que el tribunal, en audiencia, solicite a Gendarmería de Chile mayores antecedentes respecto de la factibilidad técnica del monitoreo telemático. En ese sentido, la Sra. Subsecretaria de Justicia, sostuvo lo siguiente:

*“[...] la proposición en debate faculta al juez para solicitar otros antecedentes sobre este punto en la audiencia, teniendo en consideración la **nueva información que puedan aportar los comparecientes, como un nuevo domicilio en el que el candidato al beneficio podría hacer efectivo el monitoreo o un cambio de morada de la víctima.** Expresó que esta instancia es muy importante, pues, de lo contrario, con el solo mérito del informe negativo sobre el monitoreo debería desecharse la pena mixta” (énfasis agregado)*⁵³.

En consecuencia, en el contexto de la Comisión, se consideró que la regulación propuesta recogía la idea de establecer la factibilidad técnica del monitoreo como *presupuesto de la pena mixta*, en términos tales que era parte del contenido del informe favorable de Gendarmería de Chile, requisito inicial de procedencia⁵⁴. Esa interpretación es correcta: pese a que el texto aprobado no establece expresamente que la factibilidad técnica (favorable) sea un requisito de procedencia, si establece que para efectos de disponer la interrupción, la factibilidad técnica debe estar contenida en el informe de Gendarmería de Chile, el que debe ser, según exige el inciso primero, *favorable*.

Sin embargo, sin perjuicio de la decisión de establecer la obligatoriedad del control mediante monitoreo telemático durante todo el periodo de libertad vigilada intensiva, *no existe en la Ley N° 18.216 una obligación expresa de imponer una condición que sea controlable vía monitoreo telemático*. En este sentido, si su objeto es “*supervisar, a través de medios tecnológicos el cumplimiento de la obligación de un condenado de permanecer en un determinado lugar, durante cierta cantidad de horas o de no aproximarse a una persona o lugar determinado*” (artículo 1° del Reglamento de Monitoreo Telemático), el monitoreo telemático no puede comprender la condición de la letra d) del artículo 17 ter, esto es, la obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares. Y

⁵² Ídem.

⁵³ Ibídem, p. 705.

⁵⁴ Ibídem, pp. 703-705.

si se considera que la factibilidad técnica exigida como contenido necesario del informe de Gendarmería de Chile, debe incluir aspectos relativos a la *conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado*, la factibilidad técnica debiera vincularse normalmente a la condición establecida en la letra c) del artículo 17 ter, esto es la obligación de mantenerse en el domicilio durante un lapso máximo de ocho horas diarias continuas.

Por ello, a riesgo de incurrir en discriminación arbitraria, constitucionalmente prohibida, la regla debe ser interpretada en términos de otorgar *siempre* la posibilidad de otorgar la pena mixta *aunque el domicilio del condenado no permita el control vía monitoreo telemático*. En este sentido, si el informe referido al domicilio es desfavorable, en la misma audiencia el tribunal puede requerir mayores antecedentes respecto de la factibilidad técnica del monitoreo. Esos nuevos antecedentes podrán referirse a *cualquiera de las condiciones del artículo 17 ter controlables por monitoreo telemático*. En consecuencia, no sólo es pertinente un nuevo domicilio, sino que lo es también cualquier lugar que permita mantenerse en él durante ocho horas diarias continuas. Asimismo, siempre podrá requerirse antecedentes para controlar vía monitoreo telemático la condición de la letra a) del artículo 17 ter, esto es, la prohibición de acudir a determinados lugares que, a diferencia del domicilio, sí cumplan con la favorable factibilidad técnica requerida.

En relación a la **duración** del período en que el condenado deberá sujetarse al régimen de libertad vigilada intensiva, según dispone el artículo 33, corresponde a un plazo de observación equivalente a la duración de la pena privativa de libertad interrumpida que le resta por cumplir.

En este régimen de cumplimiento, por expresa disposición del artículo 33 inciso, está excluido el remplazo de la libertad vigilada intensiva del artículo 32, esto es, la posibilidad de remplazar la libertad vigilada intensiva por la libertad vigilada simple al cumplirse la mitad del plazo de observación, previo informe favorable de Gendarmería de Chile.

La exclusión del remplazo del artículo 32 es ampliamente criticable, toda vez que contradice la finalidad de la pena mixta, de establecer una etapa previa al total egreso del condenado del sistema penitenciario, regido por los principios de gradualidad y progresividad, dotando en consecuencia a la institución de una rigidez político-criminalmente inadecuada, lo que sumado a la obligatoriedad del monitoreo telemático, durante toda la ejecución de la pena mixta, dificulta seriamente la progresividad del proceso de reinserción social del condenado.

La única excepción en el marco regulatorio del régimen de libertad vigilada intensiva, que rompe la rigidez configurada por el legislador, es la regla del artículo 16 inciso final, que dispone lo siguiente:

“[...] el delegado podrá proponer al juez la reducción del plazo de intervención, o bien, el término anticipado de la pena, en los casos que considere que el condenado ha dado cumplimiento a los objetivos del plan de intervención”.

En consecuencia, la pena mixta contempla una única regla que flexibiliza y orienta el devenir del régimen de libertad vigilada intensiva, al progreso del condenado en el proceso de intervención psicosocial. Dicha regla es el artículo 16 inciso final, que habilita al delegado, frente al cumplimiento de los objetivos del plan de intervención, a proponer al juez la reducción del plazo o el término anticipado del régimen de libertad vigilada intensiva. En esos términos, la norma realiza el principio contenido en la regla 11.2. de las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)*⁵⁵, que establece que “*estará prevista la interrupción anticipada de la medida en caso que el delincuente haya reaccionado positivamente a ella*”⁵⁶.

Finalmente, según dispone el inciso penúltimo del artículo 33 de la Ley N° 18.126, si el penado cumple satisfactoriamente la pena de libertad vigilada intensiva –lo que debemos entender logrado al cabo del transcurso íntegro del periodo de observación fijado o habiéndose dado lugar a lo dispuesto en el artículo 16 inciso final–, el tribunal lo reconocerá en una resolución fundada, **remitiendo el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida y teniéndola por cumplida** con el mérito de esta resolución.

Por el contrario, el incumplimiento y quebrantamiento de la libertad vigilada intensiva, según las reglas generales de los artículos 24 a 28 del Párrafo 1° “Disposiciones generales” del Título IV “Del incumplimiento y quebrantamiento”, de la Ley N° 18.216, importa dejar sin efecto la ejecución del régimen de libertad vigilada intensiva, sometiendo al condenado, como dispone el artículo 26 de la Ley N° 18.216, al cumplimiento del *saldo* de la pena privativa de libertad originalmente impuesta e interrumpida su ejecución, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de la libertad vigilada intensiva de forma proporcional a la duración de ambas.

La referencia a la proporcionalidad, como criterio rector del abono del tiempo de ejecución de la pena sustitutiva al cumplimiento de la pena privativa de libertad, a riesgo de quedar entregado al libre arbitrio judicial, requiere algún criterio legal para determinar el alcance de dicha expresión. En el contexto de la regla del art. 26, la proporcionalidad constituye un test comparativo entre dos intervenciones estatales lesivas de derechos fundamentales. En abstracto, la asignación de esa intensidad o peso específico puede responder a dos criterios: naturaleza del derecho fundamental afectado y/o duración de la afectación. Sin embargo, el

⁵⁵ Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/10, de 14 de diciembre de 1990.

⁵⁶ En relación al “*principio de progresividad de la pena y ejecución de la intervención*”, el MINISTERIO DE JUSTICIA, op. cit., p. 52, considera, en los mismos términos sostenidos en el texto, que “*el plazo de ejecución de una pena que conlleva una intervención y apoyo al condenado, debe necesariamente ser factible de ser revisado, pues, dependiendo del éxito del proceso de intervención y del cumplimiento de los objetivos del plan de intervención aprobado judicialmente, puede tornarse inadecuada, excesiva o ineficiente la pena. En consecuencia, debe contemplarse la posibilidad de disminuirse el tiempo originalmente impuesto, o incluso, de terminar anticipadamente el cumplimiento de la pena. Es por ello que la reforma, tal cual hoy lo contempla la ley N° 18.216, permite que, a propuesta del delegado, el tribunal decrete la disminución del tiempo de cumplimiento de la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva, o incluso el término anticipado de la pena. Esto procederá, en aquellos casos en que se hubiese cumplido con los objetivos del plan de intervención*”.

propio art. 26 se circunscribe exclusivamente a uno de ellos: sólo el tiempo transcurrido es un criterio válido para determinar la proporcionalidad del abono.

En el caso de la reclusión parcial, el propio inciso segundo (“tendrán aplicación, en su caso, las reglas de conversión del artículo 9° de esta ley”) resuelve expresamente el problema. Es decir, la proporcionalidad entre la duración de la pena sustitutiva de reclusión parcial y la pena privativa de libertad, se resuelve según un criterio definido por la ley en el artículo 9° de la Ley N° 18.216. Misma conclusión es posible afirmar en relación a la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, según lo dispuesto en el art. 31 de la Ley N° 18.216. Es decir, la proporción entre la reclusión parcial/prestación de servicios en beneficio de la comunidad, y la pena privativa o restrictiva de libertad, se resuelve legalmente, según el siguiente criterio: un día de pena privativa o restrictiva de libertad equivale a ocho horas de reclusión parcial continua u horas efectivamente trabajadas, según corresponda. En otros términos: 1/3 de día de pena sustitutiva equivale a 1 día de privación de libertad.

El problema es determinar el criterio con que evaluar la proporcionalidad entre la duración de la ejecución de la pena sustitutiva p. ej., la libertad vigilada y la remisión condicional de la pena, y la duración de la pena privativa de libertad. Al respecto, la ley sólo entrega el criterio “proporcional a la duración de ambas”, pero no entrega elementos adicionales.

Al respecto, en la historia fidedigna de la Ley N° 20.603, consta que fue la entonces Subsecretaria de Justicia, Sra. Pérez, quien explicó a la Comisión de Constitución del Senado, la finalidad de introducir el criterio de proporcionalidad a la regla de abono:

“Informó que el propósito de esta propuesta es que la persona que fue sometida a una pena sustitutiva, que cumplió parte de ella y que posteriormente la quebrantó, vuelva a la cárcel, pero a cumplir el saldo no cumplido de la sanción original y no el total.

*Añadió que el término "proporcional" empleado en la parte final del inciso primero obedece a que **en el caso de la remisión condicional es posible imponer al condenado un período de observación muy superior a la pena, por lo que si en definitiva la situación se retrotrae a la sanción privativa de libertad original, es necesario que el abono se haga de manera proporcional entre la parte efectivamente cumplida de la pena sustitutiva y la sanción original de privación de libertad sustituida** (énfasis agregado)”⁵⁷.*

Es decir, la **expresión proporcional obedece exclusivamente a un problema detectado en la regulación de la duración de la remisión condicional de la pena**: el posible exceso temporal de la pena sustitutiva respecto de la pena sustituida, toda vez que el plazo de la remisión condicional de la pena (un año a tres años) puede ser mayor que el plazo de la pena originalmente impuesta

⁵⁷ Historia de la Ley N° 20.603, pp. 680-681

(pena privativa o restrictiva de libertad no superior a tres años). En consecuencia, el criterio de proporcionalidad expresamente, según consta en la historia fidedigna de la Ley N° 20.603, sólo pretende ser aplicado a casos en que la pena sustitutiva excede el tiempo de la pena sustituida.

En el caso de la libertad vigilada intensiva, el artículo 16 de la Ley 18.216, establece expresamente que el **plazo de intervención debe ser igual al que correspondería cumplir si se aplica efectivamente la pena sustituida, y en el caso del artículo 33 el plazo de observación será igual a la duración de la pena que al condenado le resta por cumplir**. Desde esa perspectiva, el abono en el caso de revocación de la pena mixta, debe ser efectuado en términos que un día de ejecución de la libertad vigilada intensiva se imputa a un día de cumplimiento del saldo de la pena privativa de libertad interrumpida.

Es cuanto puedo informar en derecho sobre lo que se me ha requerido.

CÉSAR RAMOS PÉREZ
Universidad Adolfo Ibáñez