

¿Los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos fallan con perspectiva de género en aplicación de la pena mixta?

Tesina de la Carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso

Tesistas:

Javiera Brito Casas-Cordero

Diana Burgos Guzmán

Profesora guía:

Rocío Sánchez Pérez

Diciembre 2023

Tabla de Abreviaturas:

Abreviatura	Significado
Modelo IGI	Instrumento Inventario para la Gestión de Caso e Intervención
CPP	Código Procesal Penal
I.C.A.	Ilustrísima Corte de Apelaciones
E.C.S.	Excelentísima Corte Suprema

Abstract:

En el presente trabajo se analiza si los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos fallan aplicando perspectiva de género, en virtud de que las mujeres privadas de libertad se encuentran en un contexto social y material distinto al de los reclusos. Para ello se realizará una conceptualización de la pena mixta, su regulación y requisitos, entregando especial atención al Informe de Gendarmería de Chile. Luego realizaremos una explicación de la perspectiva de género, y veremos cómo se aplica ello en los fallos de la Corte Suprema y Cortes de Apelaciones. Aquello se realizará a partir del método de análisis de sentencias desarrollado por Manuel Atienza. Se obtiene como resultado, que cuatro de los diez fallos analizados no aplican la pena mixta a la luz de las garantías establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales, de lo cual se concluye que parte de los tribunales Superior de Justicia no aplican la perspectiva de género.

Descriptores Generales: pena mixta, mujeres privadas de libertad, perspectiva de género, tribunales superiores de justicia chilenos.

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I	10
ACERCAMIENTO A LA PENA MIXTA	10
1. ¿QUÉ ES LA PENA MIXTA?.....	10
2. REGULACIÓN DE LA PENA MIXTA	13
3. GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL DERECHO CHILENO	16
3.1 <i>Constitución Política de la República</i>	16
3.2 <i>Normativa Internacional aplicable a las mujeres privadas de libertad</i>	18
4. ¿QUÉ ES EL INSTRUMENTO “INVENTARIO PARA LA GESTIÓN DE CASO E INTERVENCIÓN” (IGI)?	24
4.1 <i>¿Qué es lo que hace el instrumento?</i>	24
2. <i>Conceptualización de los factores de riesgos contenidos en el instrumento IGI</i>	25
3. <i>¿Cómo se relacionan las garantías con la valoración que hacen los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos del modelo IGI?</i>	27
CAPÍTULO II	28
ACERCAMIENTO A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO	28
1. ¿QUÉ ES LA PERSPECTIVA DE GÉNERO?	28
2. ¿QUÉ SIGNIFICA FALLAR CONFORME A PERSPECTIVA DE GÉNERO?	29
3. RELACIÓN DE LA PERSPECTIVA GÉNERO CON LAS GARANTÍAS ESTABLECIDAS EN EL DERECHO CHILENO Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL	33
4. ENFOQUE DE GÉNERO EN EL MODELO IGI.....	34
CAPÍTULO III	35
¿EXISTE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA EN LA APLICACIÓN DE LA PENA MIXTA?	35
1. SISTEMATIZACIÓN DE FALLOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CHILENOS	35
1.1 <i>Fallos de la Excelentísima Corte Suprema</i>	36
2. ANÁLISIS FALLOS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CHILENOS.....	39

2.1	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 150149-2020, Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 150173-2020 y Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 150175-2020</i>	39
2.1.1	Los hechos	39
2.1.2	Problema jurídico.....	40
2.1.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;	40
2.1.4	Las respuestas a esas cuestiones	40
2.1.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;.....	40
2.1.6	La solución del problema.....	40
2.1.7	La decisión	41
2.2	<i>Sentencia Excelentísima Corte Suprema Rol 1889.556-2023/ Corte de Apelaciones Rol 184-2023</i> 41	
2.2.1	Los hechos	41
2.2.2	Problema jurídico.....	41
2.2.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema	41
2.2.4	Las respuestas a esas cuestiones	42
2.2.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas	42
2.2.6	La solución del problema.....	42
2.2.7	La decisión	43
2.3.	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 5722-2015 y Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Rol 688-2015</i>	43
2.3.1.	Los Hechos	43
2.3.2	Problema Jurídico	43
2.3.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema	43
2.3.4	Las respuestas a esas cuestiones	44
2.3.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas	44
2.3.6	La solución del problema.....	44
2.3.7	La decisión	44
2.4	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 20904-2018/ Sentencia Ilustrísima de la Corte de Apelaciones Rol 156-2018</i>	45
2.4.1	Los hechos	45
2.4.2	Problema jurídico.....	45
2.4.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;	45

2.4.4	Las respuestas a esas cuestiones	45
2.4.5.	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;.....	46
2.4.6.	La solución del problema	46
2.4.7.	La decisión	46
2.5	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 52651-2021/ Sentencia Ilustrísima de la Corte de Apelaciones Rol 443-2021</i>	46
2.5.1	Los hechos	46
2.5.2	Problema jurídico.....	47
2.5.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;	47
2.5.4	Las respuestas a esas cuestiones	47
2.5.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;.....	47
2.5.6	La solución del problema.....	48
2.5.7	La decisión	48
2.6	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 63303-2020/ Sentencia Ilustrísima de la Corte de Apelaciones Rol 107-2020</i>	48
2.6.1	Los hechos	48
2.6.2	Problema jurídico.....	48
2.6.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;	49
2.6.4	Las respuestas a esas cuestiones	49
2.6.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;.....	49
2.6.6	La solución del problema.....	49
2.6.7	La decisión	50
2.7	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 90.798-2020/ Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Rol 656-2020</i>	50
2.7.1	Los hechos	50
2.7.2	Problema jurídico.....	51
2.7.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;	51
2.7.4	Las respuestas a esas cuestiones	51
2.7.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;.....	51
2.7.6	La solución del problema.....	52
2.7.7	La decisión	52

2.8	<i>Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 94189-2021/ Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Rol 139-2021</i>	52
2.8.1	Los hechos	52
2.8.2	Problema jurídico.....	53
2.8.3	Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;	53
2.8.4	Las respuestas a esas cuestiones	53
2.8.5	Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;.....	53
2.8.6	La solución del problema.....	53
2.8.7	La decisión	54
CONCLUSIÓN		55
BIBLIOGRAFÍA		59

Introducción

Los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos en aquellos casos que aplican la pena mixta en mujeres ¿fallan conforme a la perspectiva de género? Este es el cuestionamiento inicial al que intenta dar respuesta esta tesina, es por ello que el objetivo principal de esta investigación es analizar críticamente jurisprudencia de dichos tribunales.

Junto a lo anterior, es preciso señalar que el análisis jurisprudencial que se llevará a cabo tomará en consideración los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos, a saber, la Excelentísima Corte Suprema, pero en aquellas situaciones en que sea menester para el mejor entendimiento del caso, también se analizará la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones. Ahora, dicho método según Ana Milena Coral-Díaz consiste en “un espacio de reflexión que se da entre un investigador o intérprete frente a un grupo de sentencias emitidas por las altas cortes” (Coral-Díaz, 2012, p.19) lo cual, según la autora ya mencionada, es lo que nos permitirá entender la argumentación que llevan a cabo los jueces, respecto de un determinado problema (Coral-Díaz,2012) que en la presente investigación, versa sobre la utilización de perspectiva de género por nuestros Tribunales Superiores de Justicia Chilenos en la aplicación de la pena mixta.

Junto a ello se utilizará un método dogmático que implica su elaboración “con el derecho objetivo “puro” (no aplicado), por lo que su estudio es meramente teórico y se hace a base de abstracciones. En dichas abstracciones el investigador puede cuestionar las normas jurídicas anticipándose a posibles supuestos, proponiendo la dación, modificación o supresión de tales normas” (Tantaléan, 2016, p. 5). Lo anterior, debido a que será necesario realizar un estudio acerca de la pena mixta, sus requisitos y aplicabilidad, de modo tal que se pueda entender a cabalidad la aplicación que realiza tanto la Corte de Apelaciones, como la Corte Suprema de dicha institución.

En vista de lo expuesto, es menester comenzar señalando que en la actualidad la mujer ha tomado una preponderancia fundamental en distintos aspectos de la sociedad, uno de ellos es el sistema penitenciario, ya que la perspectiva de género comenzó a ser un concepto relevante, que lleva a poner en tela de juicio si debe ser aplicado también por Tribunales Superiores de Justicia Chilenos. Junto a ello, se debe tomar en consideración las falencias estructurales dentro del sistema que impiden que se verifique una igualdad en los términos señalados por la Constitución Política de la República, específicamente en su artículo 19 N°2 “Hombres y mujeres son iguales ante la ley”.

Siguiendo este mismo análisis debe tenerse a la vista la institución regulada en el artículo 33 de la Ley 18.216, 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 (Ramos, 2015, p.1).

En concreto, el artículo 33 de la Ley 18.216 establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y dentro de los requisitos para su aplicación se contempla: 1) un informe favorable de gendarmería; 2) 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; 3) 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; 4) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y; 5) Que el condenado hubiere observado un comportamiento calificado como "muy bueno" o "bueno" en los tres bimestres anteriores a su solicitud, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

Ahora bien, respecto al primero de ellos, relativo al informe favorable de gendarmería, incluye ciertos criterios como una opinión favorable que permita orientar los factores de riesgo de reincidencia, antecedentes sociales, características de la personalidad del condenado o condenada, un informe de comportamiento, factibilidad técnica de la aplicación del monitoreo telemático, entre otros, y es aquí donde surge el cuestionamiento de si ¿estos criterios son suficientes para la aplicación de la pena mixta en mujeres? ¿serán estos criterios muy restrictivos? ¿se toman en consideración las circunstancias en las que se encuentra inmersa la mujer?

Por ello, analizaremos si los factores que actualmente afectan a las mujeres privadas de libertad son examinados por parte de los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos; por ejemplo, las consecuencias de la prisionización de las mismas, la destrucción del vínculo familiar, la imposibilidad de realizar labores de cuidado, el Estado carente de oportunidades en el que quedan una vez salir de la cárcel, y constatar si por el contrario, se adecuan los criterios descritos en la ley y los aplican a mujeres, las cuales claramente no se encuentran en la misma situación o con las mismas posibilidades que un hombre al de salir del recinto carcelario, a saber: gran parte de las mujeres privadas de libertad, son madres, es decir, tienen hijos que cuidar y mantener, lo cual resulta ser un impedimento al momento

de reinsertarse laboralmente y encontrar una fuente de trabajo estable, que es un factor que suele ser preponderante a la hora de reincidir en la comisión de actos delictuales.

La metodología a desarrollar será aquella propuesta por Manuel Atienza, quien señala que “para entender cabalmente la motivación de un juez frente a un determinado caso, se deben distinguir una serie de elementos. Los fundamentales parecen ser los siete siguientes” (Atienza, 2013, p.429). A continuación, este autor nos señala un listado de siete aspectos que serán brevemente enunciados para luego ser desarrollados en el acápite de análisis de sentencias. Este listado corresponde al siguiente: 1) La narración, los hechos del caso; 2) El problema o los problemas jurídicos de donde arranca la argumentación; 3) Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema; 4) Las respuestas a esas cuestiones; 5) Las razones en las que se basan las anteriores respuestas; 6) La solución del problema y 7) La decisión.

En esta investigación, se intentará dar respuesta a dichas interrogantes y para ello se dividirá el trabajo en tres partes. Una primera parte está destinada a realizar un acercamiento a la pena mixta, centrándose en su definición y regulación. Junto a ello se expondrán las garantías que resguardan a las personas privadas de libertad considerando aquellas presentes en nuestra Constitución Política de la República y también considerando la normativa internacional, con la finalidad de tener un panorama completo al respecto. Además, se expondrá un breve análisis del instrumento Inventario para la Gestión de Caso e Intervención (en adelante Modelo IGI) para entender cómo este opera y si es aplicado o no por los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos.

La segunda parte del trabajo dice relación con un acercamiento a la perspectiva de género, para ello, primero se realizará una conceptualización de aquello que entendemos por género, teniendo presente que este es un concepto que ha mutado a lo largo de los años y, por tanto, se tendrá como base para su entendimiento aquello dispuesto por la autora Claudia Tobar, quien señala esta diferenciación entre aquello entendido por masculino y femenino, junto con aquello que entendemos por sexo.

Por último, la tercera parte estará destinada a realizar una breve sistematización de los fallos que serán desarrollados, para posteriormente identificar cómo es abordada la perspectiva de género en la aplicación de la pena mixta por los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos.

Finalmente, la importancia de realizar esta investigación recae sobre las barreras de entrada existentes para las mujeres privadas de libertad a la hora de intentar acceder a este tipo de pena sustitutiva, ya que, como se expondrá latamente a lo largo de este trabajo y como se enunció con anterioridad, los criterios y requisitos exigidos para optar a la pena mixta dejan fuera las circunstancias a las que se expone toda mujer privada de libertad.

CAPÍTULO I

ACERCAMIENTO A LA PENA MIXTA

1. ¿Qué es la pena mixta?

La pena mixta es “un mecanismo que transforma la pena de privación de libertad en una pena sustitutiva, específicamente la libertad vigilada intensiva, poniendo término al cumplimiento de la pena en reclusión” (Caffarena, Caamaño, Perano, Van Den Dooren, Espinoza, Salinero, Gómez, Lillo, Sadá, Eseverry, Bousquier, 2014, p.347). Aquello se traduce en la posibilidad de que aquellas personas condenadas a penas privativas de libertad que sean superiores a los 5 años de presidio menor en su grado máximo tengan la posibilidad de cumplir el resto de su pena en un recinto distinto al penitenciario, lo cual resulta innovador en el sistema chileno.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester precisar la naturaleza jurídica de la pena mixta, ya que ello ha sido muy discutido por la doctrina que ha estudiado esta institución. En relación con lo anterior, se debe tener presente que el artículo 1º de la Ley 18.216 no describe la pena mixta como una pena sustitutiva, “en cambio sí constituye una forma de modificar una pena privativa de libertad por libertad vigilada” (Caffarena, Caamaño, Perano, Van Den Dooren, Espinoza, Salinero, Gómez, Lillo, Sadá, Eseverry, Bousquier, 2014, p. 349) es decir, se trata de “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” (Ministerio de Justicia, 2012, p.65). Es por ello que, a diferencia de las penas sustitutivas, esta institución posee exigencias distintas que provocan que se entienda como un beneficio que se entrega al condenado, pero además “se trata de antecedentes que surgen del proceso mismo de ejecución penal” (Caffarena, Caamaño, Perano, Van Den Dooren, Espinoza, Salinero, Gómez, Lillo, Sadá, Eseverry, Bousquier, 2014, p.349).

En virtud de lo expuesto, se debe precisar que la Ley 20.603 establece una serie de requisitos para poder acceder a esta medida alternativa de cumplimiento de la pena, los cuales serán expuestos a continuación.

En primer lugar, en el artículo 33, del cuerpo normativo antes mencionado, establece que se necesitará previamente un informe favorable de Gendarmería de Chile, para la interrupción de la pena privativa de libertad.

En segundo lugar, el literal a) del artículo ya mencionado, exige que la “sanción que ha sido impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión menor en su grado mínimo y otra pena inferior”. Es por ello que del enunciado normativo podemos colegir que, “la naturaleza de la pena interrumpida debe ser privativa de libertad” (Ramos, 2015, p.14).

En tercer lugar, de acuerdo al literal b) del cuerpo legal enunciado, se dispone que, en la oportunidad de discusión de interrupción de la pena privativa de libertad, “el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito sin perjuicio lo dispuesto el inciso segundo del artículo 15 bis”.

En cuarto lugar, el literal c) prescribe que, “se haya cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva”. Este requisito es fundamental analizarlo en paralelo con lo exigido para optar a la libertad condicional, puesto que de acuerdo con lo dispuesto por el decreto 321, “la regla general es que para postular a este último mecanismo se requiere el cumplimiento de la mitad del tiempo de condena sin perjuicio de otros casos excepcionales donde se exige mayor tiempo” (Ministerio de Justicia, 2012, p.66).

A partir de esto, es posible evidenciar que el tiempo exigido en el literal b) del artículo 33 es inferior al exigido para la libertad condicional puesto que esta institución a diferencia de la pena mixta permite un egreso de los recintos penitenciarios, pero no logra abarcar de manera suficiente con su regulación, las salidas anticipadas de dichos establecimientos. Es por ello que la institución de la pena mixta en este caso se vuelve fundamental, toda vez que permite anticipar el egreso de los establecimientos carcelarios a través del cumplimiento de ciertos requisitos, regulando un control efectivo y contemplando las posibilidades de reinserción de los condenados.

Por último, cabe destacar que bajo este requisito “el tiempo eventualmente transcurrido durante la prisión preventiva se abona para los cálculos que se requieran realizar para exigir el tercio de pena cumplido, en concordancia con el artículo 26 del Código Penal” (Ministerio de Justicia, 2012 p.67).

En quinto lugar, el literal d) exige que “el condenado hubiere observado un comportamiento que tenga la calificación de “muy bueno” o “bueno” en los tres bimestres anteriores a su solicitud, ello de conformidad al Decreto Supremo N°2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional”. Si bien, estos criterios de “bueno” y “muy bueno” debían ser evaluados conforme a la normativa señalada, es primordial destacar que aquella está derogada desde el 17 de septiembre de 2020. Sin perjuicio de ello, la calificación de esta conducta se encuentra regulada por el Decreto Ley N°321.

Una vez señalados los requisitos establecidos por el artículo 33 de la Ley 20.603 es posible advertir, que la Ley además establece lo que debe contener el informe de Gendarmería, exponiendo en el numeral primero la necesidad de una opinión técnica favorable que dé cuenta de las posibilidades de reinserción del condenado, tomando en consideración la personalidad y antecedentes sociales de este. Es decir, esta opinión técnica debe realizar un análisis de una diversidad de factores de riesgo. A su vez, el numeral segundo solicita un informe de comportamiento que reafirma la exigencia del numeral primero, y el numeral tercero establece la factibilidad técnica de la aplicación de monitoreo telemático.

A partir de estos últimos tres numerales es que, la institución de la pena mixta se convierte en punto de discusión, puesto que resulta lógico preguntarse si estas exigencias son adecuadas o abordan de manera suficiente la realidad vivida por las mujeres dentro de los recintos carcelarios.

Siguiendo este mismo análisis y como se mencionó con anterioridad, el informe favorable contempla el estudio de diversos factores de riesgos. Para ello se utiliza el método “Level of Service Case Management Inventory” diseñado en Canadá por Andrews, Bonta y Wormith el año 2004 y traducido al castellano el año 2012, por la División de Reinserción del Ministerio de Justicia como “Inventario para la Gestión de Caso e Intervención” (IGI)” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p.2). A partir de este método se toman en consideración factores que determinan la incidencia en la comisión de delitos y para esto se realiza “un análisis de las características individuales y sociales que son relevantes para la toma de decisiones relativa al proceso de intervención de una persona” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p.2).

Finalmente, este modelo considera ocho grandes factores de riesgo, historia delictual, educación/empleo, familia/pareja, uso del tiempo libre, pares, consumo de alcohol/drogas, actitud y orientación pro criminal, patrón antisocial, los cuales serán enunciados en el siguiente acápite.

2. Regulación de la pena mixta

La Ley 18.216 establece las penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de la libertad, modificando la Ley 7.821 que establecía como única alternativa la remisión condicional de la pena. Su fundamentación radica en que “sólo [se] recomiendan en forma muy reducida la aplicación de penas que suponen la privación o restricción continua de la libertad, impulsando, en cambio, el tratamiento del delincuente en el medio libre, con la activa participación de la comunidad” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1982, p.4). En otras palabras, lo que se busca es que la persona que ha cometido un delito, cumpliendo con determinados requisitos, acceda a una condena que puede ser cumplida en libertad sujeta a un control por parte de la administración y, “evitando además, los efectos nocivos de la prisionización, la desocialización de los condenados, el desarraigo familiar o la desintegración social que tienden a experimentar los condenados privados de libertad” (Ministerio de Justicia, 2012 p.9).

Dentro de los variados objetivos que busca cumplir la Ley 18.216 encontramos el favorecimiento de la reinserción social de la persona condenada, el control efectivo del cumplimiento de las nuevas penas sustitutivas, la protección a las víctimas y el uso racional de la privación de la libertad. Es por lo anterior que la nueva Ley tiene por objeto “introducir al sistema de ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad dos nuevas formas de alternativas a las que se ha denominado, respectivamente, Reclusión Nocturna y Libertad Vigilada o Probación” (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1982, p.4).

La Ley 18.216 fue publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo de 1983, fecha desde la cual ha sido objeto de diversas modificaciones. La más importante para el trabajo que se está desarrollando es la Ley 20.603 en la cual, entre otras cosas, “establece la pena mixta como mecanismo que anticipa la salida al medio libre, en plazos menores que los contemplados para la libertad condicional, bajo ciertos requisitos” (Cavada, 2016, p.3).

La Ley en cuestión estableció un periodo de vacancia legal, puesto que el artículo 8 de la misma señala que las normas de esta Ley entrarán en vigor gradualmente, estableciendo la letra c) que para el caso de la institución de la pena mixta regulada en el artículo 33 de la Ley 18.216, entrará en vigor 2 años desde su publicación, la cual fue realizada el 27 de julio de 2017.

Ahora bien, este mecanismo alternativo de control se encuentra regulado en el Título V “Del reemplazo de la pena sustitutiva y las penas mixtas” párrafo 2º “De las penas mixtas” con un solo

artículo referido a ella, a saber, el artículo 33. Esta disposición señala que previo cumplimiento de los requisitos dispuestos “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”.

En aquellos casos en que efectivamente se interrumpa la pena privativa de libertad, para ser interpuesta la pena mixta, y por tanto, que pase a cumplir un régimen de libertad vigilada intensiva, el inciso 6 del artículo 33 señala que “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”. En otras palabras, la libertad vigilada intensiva será interpuesta por todo aquel tiempo que reste de la condena. En concordancia con lo expuesto, el inciso en cuestión establece que el juez deberá determinar las condiciones a las cuales deberá quedar sujeto el condenado según lo establecido por los artículos 17, 17 bis y 17 ter, precisamente porque estamos pasando a un régimen de libertad vigilada intensiva, lo que trae como consecuencia que se debe aplicar todo lo referido a ella, de tal forma “la libertad vigilada intensiva se ejecuta por aplicación de la pena mixta” (Caffarena, Caamaño, Perano, Van Den Dooren, Espinoza, Salinero, Gómez, Lillo, Sadá, Eseverry, Bousquier, 2014, p.350).

Entre dichos artículos, el más significativo para efectos del trabajo que se está desarrollando, es el artículo 17 el cual establece 4 condiciones que se impondrán en aquellos casos que se decrete la libertad vigilada intensiva, a saber:

En la letra a) de dicho artículo se solicita tener una residencia en un lugar determinado, la cual debe corresponder a alguna de las ciudades en las que preste funciones un delegado de libertad vigilada intensiva y solo podrá ser modificada en casos calificados por el tribunal y previo informe del delegado.

En la letra b) se señala la sujeción a la vigilancia y orientación del delegado, por lo que la persona condenada deberá cumplir con todas las normas de conducta e instrucciones impartidas por el mismo, las cuales pueden versar sobre educación, trabajo, cuidado del núcleo familiar, o cualquier otra que pueda ser pertinente.

Por último, en la letra c) se solicita “Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, [...] si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”.

Por su parte, el artículo 17 bis establece aquellas condiciones que se deben interponer, cuando la persona condenada presente un consumo problemático de drogas o alcohol y el artículo 17 ter otra serie de condiciones para aquellos casos en que se aplique la libertad vigilada intensiva.

Continuando con el análisis del artículo 33, debemos aludir al inciso 7 el cual señala que en aquellos casos en que no sea otorgada la pena mixta, no podrá volver a discutirse su procedencia hasta transcurrido 6 meses desde su denegación.

El inciso 8 establece cuándo se entenderá el cumplimiento satisfactorio de la libertad vigilada intensiva, de lo cual es posible señalar que “Al cumplirse la libertad vigilada intensiva, señala la Ley que se debe reconocer en una resolución fundada, y que el saldo de la pena privativa de libertad, que se encontraba suspendido, se remite, teniéndose por cumplida la pena con el mérito de dicha resolución” (Caffarena, Caamaño, Perano, Van Den Dooren, Espinoza, Salinero, Gómez, Lillo, Sadá, Eseverry, Bousquier, 2014, p.350).

Por último, el artículo 25 de la Ley 18.216 establece los supuestos de incumplimiento de las penas sustitutivas en general, diferenciándolas entre dos tipos: en su numeral 1 aquellos incumplimientos graves o reiterados, para lo cual “el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o reemplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad”. En su numeral 2 aquellos otros incumplimientos injustificados, según los cuales el “tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva. Esta intensificación consistirá en establecer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena”.

El artículo 37 de la Ley 18.216 modificada por la Ley 20.603, establece la posibilidad de que ante la “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 posible una apelación ante el tribunal de alzada respectivo.

Ahora, el inciso final del artículo 33 establece una prohibición respecto de la aplicación establecida en el artículo 32 según el cual “tratándose de la libertad vigilada intensiva, previo informe favorable de Gendarmería, dicha pena sustitutiva puede reemplazarse por la libertad vigilada (simple)” (Ministerio de Justicia, 2012, p.71). Por tanto, aquellas personas que sean beneficiadas con la pena mixta no podrán a su vez, beneficiarse con la institución de reemplazo regulada en el artículo 32.

3. Garantías establecidas en el derecho chileno

3.1 Constitución Política de la República

Para comenzar, la Constitución Política de la República consagra a todas las personas una serie de derechos y garantías las cuales deben ser respetadas por los distintos órganos del Estado y particulares, en tal sentido el artículo 6 de la carta magna establece que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella” para luego señalar en su inciso 2 que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo” de lo que se sigue que, la Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía que establece derechos y garantías a las personas y que además lo hace sin establecer distinciones, por ejemplo entre su sexo, género o condiciones sociales en las que se encuentre envueltas, ya que, según lo señalado por su artículo 1 “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Por lo tanto, el argumento recién expuesto nos permite aclarar que utilizaremos dichas garantías y derechos que se encuentran consagrados en la Constitución, debido a que ella es la norma de mayor jerarquía existente en nuestro país y además, porque al no establecer distinciones, salvo las señaladas por la misma, hace aplicables dichos derechos y garantías que se expondrán a continuación, también a las personas privadas de libertad y en específico, a las mujeres privadas de libertad. Lo anterior, debido a que “la dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano, [...] Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden Jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a alguna persona por el ordenamiento jurídico” (Nogueira, 2010, p. 14)

Estos derechos y garantías se encuentran consagrados en los primeros artículos de la Constitución, a saber, artículo 1 numeral 4, artículo 19 numeral 2 y 3, como también en los artículos mencionados en los párrafos anteriores. Así las cosas, el inciso 4 del artículo 1 establece que el Estado está al servicio de la persona humana “para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible”. Así, nuevamente, el precepto señalado se refiere a la persona humana sin establecer distinciones y además de ello, hace hincapié en crear condiciones sociales para la realización espiritual y material de todos y cada una de las personas de la comunidad.

Es en tal contexto que en el capítulo tercero “de los derechos y deberes constitucionales” el artículo 19 N°2 establece la igualdad ante la ley, señalando específicamente que “Hombres y mujeres son iguales ante la ley” y en su inciso 2 que “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Luego, el numeral 3 del ya mencionado artículo 19 consagra entre otras cosas, que “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” pero ¿Qué podemos entender por un proceso previo y legalmente tramitado? un primer acercamiento sería señalar que debemos estar en presencia de un proceso racional y justo, en el cual tengamos un juez independiente tanto respecto de otros órganos públicos, como también respecto de tribunales de jerarquía superior, un proceso en que las partes se encuentren en igualdad de condiciones, ya sea a nivel acceso a la justicia y de imparcialidad objetiva, es decir, que el juez no tenga vínculo con el objeto litigioso y subjetiva, que el juez no tenga vinculación con alguna de las partes o alguna inclinación por un rasgo o posición del litigante. La segunda parte del numeral 3 del artículo 19 señala que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

En consecuencia, cada uno de los derechos y garantías establecidos en la Constitución deben ser aplicables a cada una de las personas de la comunidad nacional, sin realizar distinciones por sexo, por género o por las condiciones materiales y sociales en las que se encuentre la persona, como, por ejemplo, privada de libertad, porque es la propia Constitución la que no establece diferencias, precisamente porque estamos hablando de seres humanos dignos y “la dignidad del ser humano es el *mínimum invulnerable* que todo ordenamiento y operador jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna” (Nogueira, 2010, p. 16).

Ahora bien, este conjunto de garantías y derechos son necesarios para efectos de contar con un proceso ajustado a la Constitución y a las leyes. Sin embargo, dichos derechos y garantías establecidos en la Constitución ¿Son suficientes para afrontar las condiciones estructurales y sociales en las que se encuentran envueltas las mujeres privadas de libertad? quizás una primera respuesta sería señalar que son suficientes, ya que nuestra carta magna habla de personas sin establecer distinción por sexo o por género y luego, sin establecer distinción entre si la personas se encuentra privada de libertad o no, en otras palabras, la persona se encuentra resguardada por esos derechos y garantías, sea hombre, mujer, este privado de libertad o no.

Una segunda respuesta importaría señalar, que al parecer nuestra propia Constitución acepta que puede que no abarque lo suficientemente los derechos y garantías de aquellas personas que se ven afectadas por distintos estereotipos, en específico, los estereotipos de género que sufren las mujeres privadas de libertad.

De este modo, el artículo 5 inciso 2 de la Constitución establece que “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes” de lo que es posible concluir que “los atributos que integran un derecho esencial o fundamental y sus garantías asegurados por el derecho convencional internacional forman parte del plexo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución y constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como asimismo, el respeto y promoción de tales derechos constituye un deber de todos los órganos estatales” (Nogueira, 2010, p. 33)

En tal sentido debemos preguntarnos, ¿Existen tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes que abarquen suficientemente los derechos y garantías de las mujeres privadas de libertad? Estos se señalarán a continuación.

3.2 Normativa Internacional aplicable a las mujeres privadas de libertad

Si bien es cierto que la normativa internacional se compone de una gran cantidad de tratados internacionales sobre diversas materias, por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o bien, la Convención Americana de Derechos Humanos, en los cuales encontraremos preceptos que podremos hacer aplicables a las mujeres privadas de libertad, por el contenido propio de esta tesina y con la finalidad de dar una mayor relevancia a los tratados internacionales que versan sobre los derechos y garantías de las mujeres en general y también los derechos y garantías de las mujeres privadas de libertad, es que solo nos centraremos en los cinco que se analizarán a continuación, los cuales a su vez, sólo serán expuestos en lo pertinente a lo analizado en la presente tesina.

3.2.1 La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)

Según el artículo 1 de la CEDAW se entiende por discriminación en contra de la mujer “toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o

anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En tal sentido, el artículo 2 señala que los Estados se comprometen entre otras cosas a “Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” (letra c) y asimismo a “Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación” (letra d).

El artículo 5 señala que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para “Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

Cómo es posible observar, la CEDAW establece un estatuto general relacionado con la eliminación de las discriminaciones que sufren las mujeres en las distintas esferas de su vida, incluyendo por tanto a las mujeres privadas de libertad, ya que, aun cuando se encuentre privadas de su libertad ambulatoria, de todas maneras, se les deben respetar todos aquellos derechos que sean consistentes con la situación especial en la que se encuentran. Así las cosas, “aunque no este explicado en su articulado, los Comités de seguimiento vienen considerando que puede haber discriminación en casos que los estados no hayan prestado atención específica a la necesidades de las mujeres en situación de detención o prisión” (Criminología Feminista, 2021, p. 22)

3.2.2 Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia con la Mujer “Convención Belem Do Para”.

Se señala por parte de la Convención Belem Do Para que la violencia contra la mujer “es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1955) y que ella constituye “una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales

derechos y libertades”(Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1955).

Así las cosas, el artículo 4 de la Convención establece que “Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos”. Dichos derechos son, entre otros, según la letra f) y g) del artículo mencionado, el derecho a igualdad de protección ante la ley y, de la ley y el derecho a un recurso sencillo y rápido. De la misma manera, el artículo 5 de la Convención Belem Do Para señala que la mujer contará con total protección de todos sus derechos y los podrá ejercer libre y plenamente.

Por último, el artículo 7 de la Convención establece que “Los Estados Parte condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, [...]políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia”. Para lo anterior deberán llevar a cabo una serie de medidas, dentro de las cuales son de nuestro interés dos.

En primer lugar, la letra a) del artículo ya mencionado establece “abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación”.

En segundo lugar, la letra c) del artículo 7 señala que se debe “incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso”.

3.2.3 Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Las Reglas Nelson Mandela).

Las Reglas de Nelson Mandela “se aplican a todos ellos sin discriminación, por lo que en su aplicación se deben tener en cuenta las necesidades y la situación concretas de todas las personas privadas de libertad, incluidas las mujeres” (Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, 2011, p.5). Estas reglas en específico

establecen el principio de no discriminación, el cual según la regla 2.1 consiste en que “Las presentes reglas se aplicarán de forma imparcial. No habrá discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”, señalando luego la regla 2.2 que “Con el propósito de aplicar el principio de no discriminación, las administraciones penitenciarias tendrán en cuenta las necesidades individuales de los reclusos, en particular de las categorías más vulnerables en el contexto penitenciario”.

En consecuencia, las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos establecen un marco general de actuación para los Estados miembros en relación con las personas privadas de libertad. Sin embargo, de ellas solo nos referimos al principio de no discriminación, porque estas reglas regulan el tratamiento que se le deben dar a los reclusos y “hay pocas referencias a las mujeres: sobre la separación de hombres y mujeres en los diferentes establecimientos penitenciarios (R.8) [...] y sobre el control y limitación del acceso de los funcionarios hombres a la sección de mujeres en los establecimientos mixtos (R. 53.1, 2 y 3)” (Criminología Feminista, 2021, p. 21) en contraposición a las Reglas de Bangkok, en las cuales si bien utiliza como modelo fundante las Reglas Nelson Mandela, se regulan todas aquellas materias relacionadas con las mujeres privadas de libertad y sus necesidades.

3.2.4 Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).

Las Reglas de Tokio señalan en su primera parte que invitan “a los Estados Miembros a que señalen las Reglas de Tokio a la atención de, por ejemplo, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, fiscales, jueces, funcionarios encargados de la libertad condicional, abogados [...] así como de los miembros del poder ejecutivo, la legislatura y el público en general” (Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, 1990, p.3). Tiene por objeto “promover medidas no privativas de libertad, incrementar la participación comunitaria y fomentar las medidas educativas para que el delincuente no vuelva a reincidir” (Criminología Feminista, 2021, p. 21)

Luego establecen en la regla 1.1 que “Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad” y que, además, dentro de los alcances de las medidas no privativas de la libertad, según la regla 2.2 ellas se aplicaran “sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias”.

Se señala que en la fase de juicio y sentencia la autoridad judicial podrá valerse de informes sociales, los cuales según la regla 7.1 “contendrá[n] información sobre el entorno social del delincuente que sea pertinente a la modalidad de conducta delictiva del individuo y a los delitos actuales”. Por último, la regla 8.1 señala que “La autoridad judicial, que tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad, al adoptar su decisión deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima”.

3.2.5 Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

Las Reglas de Bangkok comienzan señalando que la Asamblea de las Naciones Unidas “Invita a los Estados Miembros a que tengan en consideración las necesidades y circunstancias específicas de las mujeres reclusas al elaborar la legislación, los procedimientos, las políticas y los planes de acción correspondientes, y a que utilicen, según proceda, las Reglas de Bangkok” (Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, 2011, p.4) para luego agregar que, las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos “se aplican a todos ellos sin discriminación [...] Sin embargo, en esas reglas aprobadas hace más de 50 años no se hacía suficiente hincapié en las necesidades especiales de las mujeres” (Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, 2011, p.5).

Así la regla 1 establece que “se deben tener en cuenta las necesidades especiales de las reclusas” para aplicar “el principio de no discriminación consagrado en el párrafo 6 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos”. Luego se señalan reglas respecto al ingreso de las reclusas, su registro, lugar de reclusión, higiene personal, servicios de salud, seguridad y vigilancia, y contacto con el mundo exterior, para posteriormente establecer una serie de reglas referidas a los métodos de clasificación de las reclusas para su rehabilitación, tratamiento y reinserción, señalando la regla 40 que “Los administradores de las prisiones elaborarán y aplicarán métodos de clasificación centrados en las necesidades propias del género y la situación de las reclusas” y para poder efectuar una evaluación de los riesgos y por tanto una clasificación de las reclusas se deberá tener en cuenta las siguientes tres hipótesis.

En primer lugar, la letra a) de la regla 41 señala que se deberá tener en cuenta “que las reclusas plantean un menor riesgo para los demás en general, así como los efectos particularmente nocivos que pueden tener las medidas de alta seguridad y los grados más estrictos de aislamiento”.

En segundo lugar, la letra b) de la regla 41 establece que se deberá “Posibilitar que a efectos de la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena se tenga presente información fundamental sobre sus antecedentes, como las situaciones de violencia que hayan sufrido, su posible historial de inestabilidad mental y de uso indebido de drogas, así como sus responsabilidades maternas y de otra índole relativas al cuidado de los niños”.

En último lugar, la letra c) de la regla 41 señala que se deberá “Velar por que en el régimen de cumplimiento de condena de las reclusas se incluyan programas y servicios de rehabilitación que satisfagan las necesidades propias de su género”.

En efecto, las Reglas de Bangkok establecen una serie de reglas que buscan poner en manifiesto las necesidades propias del género, como también, señalar reglas que ayuden a los Estados miembros lograr la reinserción de las reclusas, rehabilitación y tratamiento.

Para finalizar, es posible señalar que “el reconocimiento del carácter fundamental de los derechos y su carácter internacional y supraestatal, reconocido por los estados al ratificar los diversos tratados, lleva a estos a la obligación de respetar, garantizar y promover los derechos contenidos en las normas de derecho internacional vigentes en la materia” (Nogueira, 2010, p. 36). Es por ello, que revisamos distintos instrumentos internacionales que eran atingentes a la investigación tratada en esta tesina y que nos permitieron visualizar normativas mucho más específicas, que resguardan de mejor manera los derechos y garantías de las mujeres privadas de libertad.

La aplicación de estas reglas “permite contar con un valioso instrumento para la atención de las mujeres presas que considera las particularidades de género e incorpora una visión universal e integral de los derechos humanos”(Criminología Feminista, 2021, p. 32) por lo que la aplicación de estas garantías a la hora de juzgar o determinar la aplicación de la pena mixta nos permitirá acercarnos a un procedimiento que aplique perspectiva de género pero, ¿Cómo se relaciona lo antes expuesto con el modelo IGI? aquello lo analizaremos explicando el instrumento en el acápite siguiente, teniendo en consideración que es el que establece los parámetros para la aplicación de esta pena sustitutiva, el cual por tanto debería ser aplicado y valorado por el tribunal a la luz de las garantías antes expuestas y a su vez, de la realidad de las mujeres privadas de libertad.

4. ¿Qué es el Instrumento “Inventario para la Gestión de Caso e Intervención” (IGI)?

Como bien se expuso en los acápites introductorios, uno de los requisitos regulados en el artículo 33 de la Ley 20.603 es el informe favorable de Gendarmería de Chile, el cual deberá contener:

1. una opinión técnica favorable,
2. un informe de comportamiento de conformidad al decreto supremo 2.442 y,
3. factibilidad técnica de la aplicación de monitoreo telemático.

En atención a estos tres elementos, el instrumento dice relación con en el primero ellos, es decir, el Modelo IGI, tiene por objetivo ayudar a medir estos factores, a saber, historial delictual; factor educación y empleo; factor familia y pareja; factor tiempo libre; factor de consumo de alcohol y drogas; factor de patrón antisocial; factor pares y factor actitud y orientación pro criminal.

Es preciso señalar que “El Ministerio de Justicia y Derechos humanos establece implementar en el año 2010 de manera formal el modelo RNR [modelo de riesgo, necesidad y responsividad] como marco comprensivo para orientar los procesos de reinserción social, y con ello, la incorporación de instrumentos de evaluación del riesgo de reincidencia” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 1). Ahora bien, “Esta decisión de política pública se fundamenta en las recomendaciones formuladas por los principales estudios licitados por el Ministerio, los cuales establecían la importancia de generar programas de intervención diferenciados según riesgo de reincidencia y de incorporar instrumentos estructurados para orientar la toma de decisiones” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 1).

4.1 ¿Qué es lo que hace el instrumento?

Si bien el objetivo de este trabajo es el análisis crítico de jurisprudencia de Tribunales Superiores de Justicia de Chile, creemos que es relevante realizar una breve revisión del instrumento, entender cómo opera, para luego relacionarlo con la perspectiva de género y de tal manera evaluar si es que las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema a la hora de aplicar la pena mixta, fallan tomando en cuenta este instrumento de la mano de la perspectiva de género.

Teniendo a la vista lo anterior, resulta fundamental explicar en qué consiste este instrumento. De acuerdo con lo dispuesto por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos-el modelo “IGI es un instrumento que se desarrolló como resultado de un proceso de investigación de más de veinte años, en el cual los autores han identificado aquellos factores estáticos y dinámicos que inciden en mayor y

menor medida la comisión de delitos” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, p. 2). Dichos factores se deben analizar a través de un “Formulario de Puntuación IGI” que, según lo descrito en el propio instrumento el formulario se compone de 8 secciones, pero sólo se otorga puntaje a la sección 1 “Factores Generales de Riesgo/Necesidad. [...] Los ítems de la Sección 2 a la 5 deben usarse como insumo para la gestión de caso y la toma de decisiones en situaciones especiales. Las Secciones 6 y 7 resumen el nivel de riesgo y entregan el perfil del infractor, mientras que la Sección 8, debe utilizarse para documentar las decisiones relativas al tipo de unidad penal al que será derivado el infractor” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 11).

Por lo tanto, los factores a los que se les asigna puntaje son los ocho mencionados anteriormente, a saber, factor historial delictual; factor educación y empleo; factor familia y pareja; factor tiempo libre; factor de consumo de alcohol y drogas; factor de patrón antisocial; factor pares y factor actitud y orientación pro criminal. En tal sentido, en la sección 1 se deberá “marcar con una X la alternativa de cada ítem que se aplique a la situación del infractor, ya sea que se trate de un Sí o un No, o bien, de un valor numérico (p. ej. 0, 1, 2, 3). El puntaje total de la Sección 1 del IGI, se calcula sumando el número de Xs de cada subcomponente” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 11).

2. Conceptualización de los factores de riesgos contenidos en el instrumento IGI

El factor correspondiente al historial delictual dice relación con el hecho de que “Los subcomponentes de la historia delictual se relacionan con los antecedentes conductuales de la persona. Uno de los mejores predictores de la conducta futura es la conducta anterior” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 13).

El factor educación y empleo de acuerdo con el modelo IGI guarda relación con la importancia de la educación y el empleo en la vida de las personas, puesto que aquellos que cuentan con este piso mínimo de escolaridad, tienen la posibilidad de entrar al mercado laboral y presentar menos probabilidades de cometer actos delictuales, junto a esto, “las recompensas monetarias y el reconocimiento social asociado a los logros académicos y laborales pueden ejercer una poderosa influencia en el individuo” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 16).

El factor familia y pareja según el modelo IGI se encuentra establecido sobre la base de que “Los miembros significativos de la familia y las relaciones de pareja son áreas que posibilitan el desarrollo de conductas prosociales y el alejamiento de la actividad delictual” (Ministerio de Justicia, 2014, p.20). De lo que se concluye, en sus propias palabras que “La ausencia de referentes positivos genera una

suerte de permisividad al individuo para involucrarse en conductas desviadas” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 20).

El factor tiempo libre de acuerdo con el modelo IGI dice relación con “El antiguo adagio “las manos ociosas son obra del diablo” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 21). Esto se traduce con que aquellas personas que tienen mayor tiempo libre y participan menos en actividades sociales, tienden a la comisión de actos delictuales.

El factor de consumo de drogas y alcohol según lo señalado por el modelo IGI dice relación con que “El consumo problemático puede interferir con el desempeño escolar o laboral, alterar las redes sociales, crear estrés en la familia o pareja, pudiendo incluso impactar directamente en la conducta criminal” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 23).

El factor de patrón antisocial en modelo IGI “busca evaluar los patrones generales de personalidad y del comportamiento que se asocian con una conducta antisocial” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 29), es decir, este factor lo que intenta es realizar un análisis más clínico respecto a aspectos de la personalidad del condenado, evaluar si es que tiene algún diagnóstico en particular, rasgos psicóticos, violentos, agresividad, llevando a cabo a su vez un análisis en el manejo de las emociones.

El factor pares según el modelo IGI se relaciona con el hecho de que “La presencia de pares criminalizados es uno de los mejores predictores de la conducta delictual” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 22) entendiéndose por ello que “Las amistades y los conocidos sirven como modelos a seguir en la conducta y posibilitan la obtención de reconocimiento y gratificaciones a nivel interpersonal” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 22).

Por último, el factor actitud y orientación pro criminal se basa en una entrevista realizada al condenado a través del cual se busca poner “atención a la descripción que haga el infractor de su propia historia delictual, de las amistades que frecuenta y de su propia visión de la educación y el empleo” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 27). Aquello se traduce en que, si el condenado con sus dichos minimiza la consecuencia de sus actos, no reconoce derechamente haber provocado algún daño y a su vez muestra un comportamiento hostil, aquel sería una persona con mayor tendencia delictiva.

Finalmente, cada uno de estos factores determinan la posibilidad de que una persona que se encuentra privada de libertad pueda acceder a la pena mixta. Sin embargo, resulta plausible cuestionar si estos factores son aplicados teniendo en cuenta las garantías antes expuestas y por tanto también el factor

género, ya que, realizar dicho estudio podría determinar si el análisis en conjunto de estos factores a la luz de las garantías ya mencionadas, permiten un juzgamiento con mayor perspectiva de género por parte de los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos, esto último será analizado con detención en los siguientes acápite.

3. ¿Cómo se relacionan las garantías con la valoración que hacen los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos del modelo IGI?

El análisis a desarrollar se basa en sí la aplicación de las garantías establecidas por nuestra Constitución y la normativa internacional ya enunciada a través del artículo 5 inciso 2 del mismo cuerpo normativo, en la valoración que hacen los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos del instrumento que contiene el modelo IGI, permiten la aplicación del factor género. Pues, debemos entender que los Tribunales de Justicia deben fallar conforme a Derecho y, por tanto, teniendo en cuenta las garantías antes enunciadas.

Los jueces de los Tribunales de Justicia Chilenos de acuerdo con el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deben decidir con sujeción a la ley sustantiva con la cual fundan su sentencia, por lo que, deben fallar conforme a Derecho. Es decir, siguiendo este mismo análisis, si entendemos que deben fallar de dicha manera, deben utilizar las garantías antes mencionadas al momento de aplicar la Ley 20.603 y en consecuencia en la aplicación del artículo 33 del respectivo cuerpo legal. Lo anterior queda asentado a su vez, de acuerdo con lo que se señala Mariana Gascón, quien expone que “Estado de derecho es aquél en el que el poder actúa conforme a Derecho, o a la ley en sentido amplio, a normas jurídicas preconstituidas, y responde a la idea de gobierno sub leges y per leges” (Gascón, García, 2003, p.7).

Ahora bien, ¿cómo se vincula lo anterior con el instrumento? Los factores contemplados dentro de este guardan relación con las garantías establecidas por la normativa internacional, en particular la normativa de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad las que establecen entre otras cosas, reglas relacionadas con la clasificación de las reclusas, señalando de forma precisa la regla 40, la cual dispone que le corresponderá a los administradores de las prisiones centrarse “en las necesidades propias del género y la situación de las reclusas”.

A su vez, la letra b) de la regla 41 de las Reglas de Bangkok, establece una serie de antecedentes que también coinciden con los factores establecidos en el modelo IGI, a saber, situaciones de violencia,

historial de inestabilidad mental y el uso de drogas, los cuales, según lo señalado por el propio artículo, son los que permitirán la distribución de las reclusas y la planificación del cumplimiento de su condena.

Por tanto, teniendo en consideración lo expuesto resulta plausible señalar que el instrumento es la base para determinar si se debe aplicar o no la pena sustitutiva de la libertad, de lo que se sigue que es fundamental que aquel deba ceñirse a los estándares normativos establecidos por los tratados internacionales ya mencionados, y junto a ello, contenga estándares mínimos, adecuándose a la normativa vigente a luz de la perspectiva de género, para que luego el juez pueda valorarlo conforme a derecho.

CAPÍTULO II

ACERCAMIENTO A LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

1. ¿Qué es la perspectiva de género?

A modo de contexto, tal como señala Patricia Pérez Goldberg, la mujer ha sido invisibilizada dentro de la población penal y “Una de las principales causas de dicha invisibilización deriva del contraste entre el tamaño de la población penitenciaria femenina y el de la masculina” (Pérez, 2021, p. 50). Junto a lo anterior resulta plausible señalar que, “Los procesos judiciales no son la excepción, ya que, existe el riesgo de que estereotipos que refuerzan roles de género patriarcales influyeran el razonamiento de los jueces” (Cereceda, Cofré, Joo, Lorca, Labraña, 2020, p. 98).

Por lo tanto, para poder llevar a cabo un análisis de la jurisprudencia de los Tribunales Superiores Chilenos a la luz de la perspectiva de género, es preciso comenzar haciendo un alcance de qué es lo que entendemos por perspectiva de género.

En primer lugar, es posible señalar que el concepto género se ha interpretado de diversas maneras a lo largo del tiempo “Si bien en un principio este concepto solo se utilizaba para cuestiones gramaticales, distinguiendo palabras femeninas, masculinas o neutras, ha sido utilizado también como sinónimo de la palabra “sexo”, entendido como el aspecto biológico que distingue a los seres humanos” (Tobar, 2023, p.161).

Ahora bien, a medida que los tiempos van avanzando, dicha terminología ha ido mutando. En tal sentido “creemos que el uso correcto del término consiste en referirlo a los rasgos propios de feminidad y masculinidad que la sociedad ha otorgado a cada uno de los sexos, por medio de la asignación de características y rasgos a hombres y mujeres. El género es, por lo tanto, un constructo social” (Tobar, 2023, p.161).

De lo antes descrito, es posible colegir en primer lugar, que el término “género” es un concepto que está sujeto a transformación puesto que, este queda regido por las construcciones sociales de la época. Asimismo podemos deducir que es aquello que consideramos como masculino y femenino, por ejemplo, afición por ciertos colores, ya que desde la antigüedad se ha atribuido que el color rosado es femenino y el azul es masculino, junto a ello por ejemplo, la labor de cuidar a otros, lo cual se ha atribuido a rasgos más femeninos y por último el desarrollo de ciertos deportes, donde se considera que aquellos que son más agresivos y bruscos tendrían una connotación masculina y aquellos que implican el uso de la delicadeza se atribuye a lo femenino. Así, llevando dichas conclusiones a las mujeres privadas de la libertad, se puede señalar que “En efecto sigue pensándose que una mujer que delinque transgrede códigos de género impresos en su naturaleza: la maternidad, por ejemplo” (Pérez, 2021, p. 52).

Teniendo presente lo anterior podemos señalar que la perspectiva de género “es una herramienta en la búsqueda de la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, que permite detectar situaciones en que estas últimas son víctimas de discriminación” (Tobar, 2023, p. 162) y que tiene por finalidad buscar la “transformación de las condiciones sociales que contribuyen a perpetuar el rol asignado a la mujer en una ubicación de subordinación al hombre” (Tobar, 2023, p. 162).

Ahora bien, lo que debemos explicar es cómo opera esta perspectiva de género dentro del sistema chileno, y para ser más precisos, como fallan los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos teniendo presente la existencia de esta temática. Es por ello que debemos entender la perspectiva de género en el Derecho penal, como el ejercicio de las facultades del Estado de “sancionar las conductas que afecten los bienes jurídicos más relevantes para la persona, perseguir y juzgar en caso de incumplimiento y ejecutar las sanciones correspondientes, teniendo siempre en consideración la especial situación que vive la mujer ya sea como imputada, condenada o víctima” (Tobar, 2023, p.162).

2. ¿Qué significa fallar conforme a perspectiva de género?

En atención a lo anterior, también es preciso señalar que “La Real Academia de la Lengua Española define género en su tercera acepción como “Grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”(Romero, Jaque, Prieto, Zuleta, 2022, p.107).

En virtud de lo anterior, es posible señalar que este componente “sociocultural” es muy relevante a la hora de hablar de género, y ello queda aún más en evidencia en los tiempos actuales ya que, “gracias a los estudios provenientes de las teorías feministas, se identificó que, en la sociedad, el ser hombre o el ser mujer no depende en exclusiva de las características biológicas con las que se nace, sino que existe toda una construcción cultural en torno a lo que significa y lo que implica ser de un sexo o de otro” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020,p.11).

Es debido a lo anterior, que resulta posible apreciar que “la diferencia sexual no sólo se construye a partir de criterios físicos y fisiológicos, sino que existe un componente cultural adicional que establece qué atributos y cualidades son propias de las mujeres y cuáles de los hombres, es decir, que distingue lo “femenino” de lo “masculino”” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p.11).

Sin embargo, para el estudio que se llevará a cabo en este acápite, no basta solo con realizar una conceptualización de lo que se entiende por perspectiva de género, sino que para lograr entender cómo opera esto en nuestro ordenamiento jurídico, debemos saber que significa que los tribunales juzguen con perspectiva de género.

La perspectiva de género no es un concepto que esté definido en nuestro ordenamiento jurídico, pues cómo es posible señalar de las definiciones entregadas, es un concepto que surge de la construcción social y, que depende del momento histórico dentro del cual nos situemos, sin embargo, “incorporar la perspectiva de género al establecer, interpretar y aplicar el derecho penal no solo es una necesidad, sino que constituye una obligación para los Estados.” (Tobar, 2033, p. 160).

Carbonell expone que “el fundamento de la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia lo constituyen los principios de la igualdad y no discriminación y el derecho de acceso a la justicia de todas las personas sea su condición, recogidos por la normativa nacional y desarrollados en los estándares internacionales de DDHH vigentes en el Estado de Chile” (Carbonell, s/f, p.6). Por tanto, resulta relevante que la perspectiva de género “se adopte directamente por el juez o jueza al momento de interpretar la ley para su aplicación en el caso concreto, a través de la vía que

concede el artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de la República, por estar contemplada en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes” (Tobar,2033,p.159).

De lo anterior se puede desprender, que la perspectiva de género no es solo una solicitud que se hace a los estados para que a la hora de juzgar se tomen en consideración las circunstancias materiales y sociales de la mujer privada de libertad y los tratados internacionales, sino que es una obligación para los mismos al estar aquella contemplada dentro tratados internacionales ratificados por Chile.

Por tanto, es relevante destacar que, “los órganos jurisdiccionales tienen el deber de proscribir toda condición de desigualdad entre mujeres y hombres, y de evitar cualquier clase de discriminación basada en el género” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p.120). Es por ello que “tienen la responsabilidad de utilizar una herramienta de análisis adicional a los métodos tradicionales de interpretación, la cual resulte útil para identificar y corregir la discriminación que pudieran generar las leyes y prácticas institucionales” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p.120).

Ahora bien, es menester precisar que en aquellos casos en que “el género se configura como un factor determinante en la toma de decisiones”(Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020,p.120), la herramienta que cobra relevancia incorporar es el “acceso a la justicia en condiciones de igualdad y sin discriminación, el cual permite tutelar y hacer efectivos el resto de derechos a favor de las personas, tales como el derecho a la igualdad y la no discriminación, el de las mujeres a una vida libre de violencia, entre otros”(Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, p.120).

En definitiva, aplicar el principio de igualdad, principio de no discriminación y el derecho de acceso a la justicia de todas las personas, son fundamentos pues hacen posible la aplicación de la preceptiva de género. Sin perjuicio de ello “no basta con tener textos jurídicos que lo permitan o incluso lo mandaten, sino que se requiere de la aplicación de una perspectiva de género en el tratamiento de cada asunto, ya desde el momento de evaluar y calificar los hechos” (Criminología Feminista, 2021, p. 147).

En tal sentido es posible señalar, tal como se mencionó anteriormente, que los jueces adquieren un papel protagónico para hacer aplicable la perspectiva de género en el caso concreto, puesto que son ellos quienes podrán ir “asegurando que la lectura e interpretación de la ley responda a garantizar a todas las personas sin distinción alguna el pleno ejercicio de sus derechos” (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2018, p. 32).

Ahora bien, podemos aproximarnos aún más a lo señalado a través del Cuaderno de Buenas Prácticas para Incorporar la Perspectiva de Género en las Sentencias, en el cual es posible hallar 4 capítulos que entregan elementos teóricos con la finalidad de “facilitar la comprensión y la aplicación del enfoque de género, y del desarrollo del derecho a la igualdad y el principio de no discriminación, derivados de las disposiciones consagradas en estándares internacionales y de otros instrumentos normativos” (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2018, p. 41) lo que permiten que las mujeres privadas de libertad tengan acceso a la justicia, no obstante los obstáculos propios con los que se encuentran, teniendo en consideración que “en el sistema de justicia las mujeres a veces son víctimas de prejuicios y estereotipos de género negativos que sesgan la toma de decisiones al fallar, además de promover situaciones de múltiple discriminación y la revictimización” (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2018, p. 30).

Ahora bien, con la finalidad de apoyar el trabajo realizado por los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos se ha utilizado como estrategia “la entrega de una “Matriz de Análisis” que asista a los tribunales y juzgados, en el conocimiento de las causas, para la emisión de sentencias respetuosas de los derechos humanos, que garanticen el acceso a la justicia” (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2018, p. 89). En tal contexto la “Matriz de Análisis” consiste en primer lugar, en recopilar datos generales que identifiquen el proceso y los intervinientes, los que deberán ser interpretados con perspectiva de género. Luego se debe realizar un listado de lineamientos, entre los cuales encontramos la revisión de la prueba y de la jurisprudencia, fuentes del derecho y la sentencia.

Frente a dichos lineamientos se ofrecen comentarios complementarios que ayudan a la comprensión del caso y su desarrollo. Al final de la “Matriz de Análisis” existen 4 casillas que son interactivas, con la finalidad de dirigir al lector a documentos de apoyo para enriquecer, aportar recursos de análisis y consultas sobre los lineamientos (Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación, 2018, p. 89).

En síntesis de lo desarrollado en este acápite, resulta plausible desprender que lo que entendemos por juzgar con perspectiva de género dice relación con comprender que existen diferencias estructurales, materiales, sociales entre hombres y mujeres, muchas de ellas construidas propiamente por el contexto social, por lo que resulta relevante que a la hora de dictar un fallo se interprete de forma armónica el ordenamiento jurídico teniendo presente estas diferencias y por tanto, aplicando los principios ya mencionados, que permiten mitigar este tipo de diferenciaciones arbitrarias a la hora de tomar una

decisión tan determinante como es la de definir si una persona es susceptible de sustituir su pena privativa de libertad por una de libertad vigilada.

Es por ello que “la perspectiva de género deba aplicarse en todos los casos que involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 344) y aquello debe ser así para “detectar y eliminar las barreras y los obstáculos que discriminan a las personas por su pertenencia al grupo de “mujeres” u “hombres” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021, p. 344).

3. Relación de la perspectiva género con las Garantías establecidas en el derecho chileno y en el derecho internacional

Como se realizó en su momento al analizar el instrumento IGI, también es relevante analizar la perspectiva de género conforme a las garantías antes enunciadas, pues como bien dispone Flavia Carbonell al explicar que significa juzgar con perspectiva de género, señala que supone incluir el principio de igualdad y de no discriminación. Para ello es conveniente recapitular en las garantías antes explicadas, en particular las Reglas de Mandela, pues en ellas se expresa que los administradores de los recintos penitenciarios deben considerar el contexto en el que se encuentran los privados de libertad y en virtud de ello tener en cuentas las necesidades que estos presentan, todo ello a la luz del principio de no discriminación, el cual lo entendemos como un derecho que “forma parte del principio de igualdad y protege a las personas de ser discriminadas por cualquier motivo; su fundamento es la dignidad humana” (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p.15).

Junto a lo anterior, la CEDAW también sigue esta misma lógica, pero ya más focalizada hacia la mujer, pues, presenta una postura tendiente a evitar todo tipo de diferenciación basada en el sexo y aquello evaluarlo también de la mano con el principio de igualdad entre hombres y mujeres, es decir según el artículo 2 letra d) “Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación”.

Por último, las reglas de Tokio también hacen alusión aquello, expresando que las medidas no privativas de libertad deben ser aplicadas “sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, procedencia nacional o social, posición económica, nacimiento u otras circunstancias” según lo señalado por la regla 2.2.

Finalmente, podemos dilucidar cómo la aplicación de esta normativa permite juzgar con mayor perspectiva de género, puesto que el seguir estos lineamientos establecidos por los tratados internacionales, es posible avanzar hacia una óptica más igualitaria y por tanto, es posible señalar, aquello debe ser aplicado por los jueces en su labor de juzgamiento, así como también en el instrumento que permite la aplicación de la pena mixta.

4. Enfoque de género en el Modelo IGI

Es primordial hacernos cargo del hecho de que dentro del Modelo IGI existe un acápite dedicado a evaluar los factores señalados con enfoque de género. Así las cosas, se señala que se deberán tomar en consideración como factores protectores, es decir “circunstancias positivas que pudieran ser usadas ventajosamente al formular los planes de intervención individual” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 12) la sección 1 (Factores Generales de Riesgo/Necesidad), sección 4 (Otros Factores a Considerar) y sección 5 (Consideraciones Especiales de Responsividad).

Luego, dentro de cada una de esas secciones se toman en consideración sólo ciertos aspectos, a saber, dentro de la sección 1 sólo se considerará como factor protector, el factor educación/empleo, factor familia/pareja y el factor abuso de sustancias. Como ya sabemos los factores protectores son aquellos que representan un ventaja frente a la reincidencia, lo que en simples palabras significa que, si la mujer privada de libertad no tiene conflictos familiares o de parejas o no abusa de sustancias o por otro lado, tiene actitudes apropiadas respecto a dichos factores o la influencia positiva de la familia supera la influencia negativa de los pares por ejemplo, tendría una fortaleza y por tanto mayores posibilidades de contar con un buen puntaje en la aplicación del modelo.

Luego, la sección 4 considera los problemas de alojamiento/vivienda, problemas financieros, de parentalidad y de victimización bajo la misma lógica que la anterior, es decir eventualmente podrán ser considerados como factores protectores y además “podrían marcarse como factores específicos de género que ayuden a la gestión de caso” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 13) lo que implica por ejemplo, que si la mujer privada de libertad fue víctima de agresión sexual “Los planes de intervención individual podrían considerar la derivación a centros para víctimas” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 38).

Por último, la sección 5 dice relación con elementos de género específicos a la mujer, en el cual solo se señala que:

“Los aspectos propios a las mujeres incluyen elementos relacionados con la salud y la maternidad, por lo que es necesario implementar tratamientos y programas de intervención con enfoque de género. Cuando existan antecedentes de violencia de género, especialmente en el ítem 16 (víctima de violencia intrafamiliar) de la Sección 4, es probable que deba marcar Sí en este ítem” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 39).

Finaliza el acápite referido al enfoque de género en la aplicación del modelo IGI señalando que “No se requiere utilizar otros formularios o versiones del IGI para su aplicación en distintos contextos (libertad vigilada, unidad penal)” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 13) puesto que “el IGI proporciona una evaluación de RNR con enfoque de género que es apropiada para mujeres infractoras” (Ministerio de Justicia, 2014, p. 13).

En síntesis, en atención a los factores ya mencionados es posible dilucidar la manera en que está abordada la perspectiva de género dentro del modelo IGI. Sin embargo, ¿Es está muy limitada? aquello se puede apreciar a través de lo que el mismo modelo señala, pues este no permite el análisis de esos factores a partir de otros formularios para su aplicación en distintos contextos y en este sentido, tampoco atiende a las garantías reguladas en los tratados internacionales para el tratamiento de personas privadas de libertad, en particular mujeres que se encuentren en los recintos carcelarios, no permitiendo realmente un enfoque de género.

CAPÍTULO III

¿EXISTE PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS FALLOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA CHILENOS EN LA APLICACIÓN DE LA PENA MIXTA?

1. Sistematización de fallos de Tribunales Superiores de Justicia Chilenos

Como se ha mencionado con anterioridad, este trabajo pretende hacer un análisis de jurisprudencia atinente a la aplicación de la pena mixta y cómo ésta opera en mujeres privadas de libertad.

En primer lugar, se hizo un estudio de jurisprudencia para determinar aquellos fallos que aplicaron la pena mixta en mujeres privadas de libertad y en virtud de ello se realizó una selección de nueve fallos de Tribunales Superiores de Justicia Chilenos, a saber, la Excelentísima Corte Suprema, pero en

aquellas situaciones en que sea menester para el mejor entendimiento del caso, también se analizará la jurisprudencia de la Corte de Apelaciones.

Atendiendo a lo ya señalado en el acápite introductorio, señalamos que el método a utilizar para el análisis de los fallos seleccionados es el de Manuel Atienza, es decir, cada una de las sentencias serán evaluadas a partir del listado de 7 elementos dispuesto por el autor, comenzando por la narración de los hechos y finalizando con la decisión tomada por el tribunal. Sin perjuicio de ellos, cabe destacar que ello será realizado en el capítulo tres de esta tesis, pues en este acápite se hará una mera enunciación de los fallos con sus antecedentes más importantes con la finalidad de facilitar el entendimiento del lector.

Dichos fallos datan del año 2015 hasta la actualidad. La selección de este período de tiempo dice relación con la vigencia diferenciada de la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216, ya que, de acuerdo con la historia de la Ley, la regulación de la pena mixta entró en vigor transcurridos dos años desde su publicación, entendiéndose por éste el 27 de junio del año 2012.

Si bien en este acápite se realizará una breve aproximación a cada uno de ellos, ya que serán desarrollados vastamente en el siguiente capítulo, al realizar una primera lectura podemos anticipar desde ya, que los primeros seis fallos corresponden a recursos de amparo que fueron rechazados por el Tribunal Superior, confirmado de tal manera la sentencia que deniega la aplicación de la pena mixta en mujeres privadas de libertad. Los últimos tres fallos, es decir, el séptimo, octavo y noveno, corresponden a recursos de queja en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones que confirmaron el fallo que sustituye la pena privativa de libertad por la de libertad vigilada intensiva, estos últimos serán analizados en conjuntos puesto que versan sobre la misma persona, pero han sido interpuesto por partes distintas. Luego, existe un último fallo correspondiente a un recurso de apelación que, en virtud del cual la Corte Suprema revoca la sentencia de la Corte de Apelaciones que confirmaba la sentencia de primera instancia que rechaza la modificación de la pena privativa de libertad por la pena mixta.

1.1 Fallos de la Excelentísima Corte Suprema

El primero de estos fallos es el de Rol 5.722-2015, que dice relación con un Recurso de Amparo seguido ante la Corte Suprema de fecha 30 de abril de 2015, en este la recurrente es doña Gloria Carolina Ortega Rubio en contra del Director Regional de Gendarmería de Chile, en virtud de la imposibilidad de acceder a la sustitución de la condena efectiva que se encontraba cumpliendo, por la

pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, aquello fundamentado en la existencia de “período de vacancia legal que dura hasta el 27 de diciembre de 2015, por no contar con la factibilidad técnica de monitoreo telemático y que la capacitación de los recursos humanos se encuentra en etapa de ejecución este año”.

El segundo fallo corresponde a Rol 20.904.2018, el cual versa sobre un Recurso de Amparo en donde la amparada es doña Stefany Solange Seguel Mondaca, en contra de la resolución dictada por el Juzgado de Garantía de Los Ángeles, quien deniega la sustitución de “la pena privativa de libertad personal, por la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva o pena mixta del artículo 33 de la ley 18.216”. En circunstancias que “del informe desfavorable de Gendarmería aparece el riesgo de reincidencia y la alta necesidad de intervención, que constituye el fundamento para desestimar lo pretendido por la defensa”.

El tercer fallo, Rol 52.651-2021 corresponde también a un Recurso de Amparo ante la Corte Suprema en favor de Amelia Teresa Aguilera Aguilera autora del delito de Tráfico de drogas y en contra de la resolución dictada por el 11° Juzgado de Garantía de Santiago, quien deniega el acceso a la libertad vigilada intensiva, ya que, a través del informe de gendarmería emitido concluyen que doña Amelia “mantiene un riesgo de reincidencia moderado” no siendo posible el cumplimiento de su condena en un medio libre.

El Cuarto fallo, Rol 63.303-2020 corresponde a un Recurso de Amparo ante la Corte Suprema, en favor de Marcela Margarita Pavéz Bustamante autora del delito de Tráfico de Drogas, en contra de Marta Asiain Madariaga, quién es la Jueza Titular del Juzgado de Garantía de Talca, quién ha “rechazado concederle la interrupción de la pena privativa de libertad conforme al artículo 33 de la Ley 18.216” debido a que no se cumple con el requisito señalado por la letra B) del artículo recién mencionado, señalando que el “cuestionamiento del recurrente de amparo, sobre la infracción del principio “non bis in ídem”, es nada más que una confusión provocada por el análisis incompleto de la norma” la cual a su vez, realiza un reenvío al artículo 15 bis de la Ley 18.216 que establece las circunstancias para el cumplimiento de la letra B) del artículo 33.

El Quinto fallo Rol 90.798-2020, corresponde a Recurso de Amparo interpuesto ante la Corte Suprema, siendo recurrente doña Bárbara Ledezma Bórquez quien fue condenada por el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte y lesiones, en contra de Sra. Jueza de Garantía de la Ligua doña Margarita del Carmen Riquelme Clavería, por rechazar la posibilidad de

acceder a la pena mixta regulada en el artículo 33 de la Ley 18.216 debido a que esta última “decidió no hacer lugar a la solicitud de la defensa, toda vez que según su criterio la condenada no había cumplido el tercio de la pena que le fuere impuesta por sentencia ejecutoriada”.

El Sexto fallo Rol 94.189-2021 corresponde también a un Recurso de Amparo ante la Corte Suprema, seguido por Marla Alexandra Ramírez en contra de la resolución dictada en el Juzgado de Garantía de Punta Arenas por el juez Ricardo Larenas Bustos, en circunstancias que “no citó a audiencia para para debatir sobre los términos del artículo 33 de la Ley 18.216” y que, por consiguiente, se rechazó la solicitud de pena mixta.

El Séptimo fallo Rol 150.149-2020, corresponde a un Recurso de Queja interpuesto ante la Corte Suprema por el Estado, octavo fallo Rol 150.173-2020, correspondiente a un Recurso de Queja interpuesto ante la Corte Suprema por la Unidad Programa de Derechos Humanos, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, por último y noveno fallo correspondiente a un Recurso de Queja ante la Corte suprema seguido por el querellante particular y demandante civil en contra de los Ministros de la Cuarta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por haber cometido faltas y abusos en la dictación del fallo de segunda instancia, en circunstancias que, “Decidieron confirmar la decisión de primer grado, dictada el diez de agosto de 2020, por el Ministro de Fuero don Mario Carroza Espinosa, que acogió la petición de la defensa de la condenada Marianela, y sustituyó la pena privativa de libertad que se encuentra cumpliendo por la de régimen de libertad vigilada intensiva”.

Por su parte la Corte Suprema estimó que la “mera discrepancia entre un litigante y el tribunal encargado de conocer y fallar el negocio, en torno al sentido y alcance de determinadas normas jurídicas, no es, en caso alguno, idónea para configurar la gravedad exigida al comportamiento jurisdiccional impugnado”.

El Octavo fallo Rol 1889.556-2023 corresponde a un Recurso de Amparo interpuesto ante la Corte Suprema, siendo recurrente doña María de los Ángeles Arriagada quien fue condenada por el delito de robo con intimidación a una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, en contra de la primera sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, que rechazó la Acción de Protección intentada ya que “aquello que la defensa alega como vulneración de la libertad individual, es una diferencia de parecer jurídico respecto a las decisiones adoptadas en primer y segundo grado, que -como tal- no constituye ilegalidad ni arbitrariedad por parte del tribunal”.

2. Análisis fallos de Tribunales Superiores de Justicia Chilenos

El autor Manuel Atienza en su texto “Curso de Argumentación jurídica” señala 7 pasos que se deben seguir a la hora de analizar jurisprudencia, a saber, 1) La narración de los hechos del caso; 2) El problema o los problemas jurídicos de donde arranca la argumentación; 3) Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema; 4) Las respuestas a esas cuestiones; 5) Las razones en las que se basan las anteriores respuestas; 6) La solución del problema y 7) La decisión. Aquellos son los que desarrollaremos a continuación para efectos de realizar un análisis de los fallos de los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos en la aplicación de la pena mixta.

2.1 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 150149-2020, Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 150173-2020 y Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 150175-2020

Estos tres fallos han sido agrupados, en razón de que son distintas partes que se ven aludidas en un mismo caso. Junto a lo anterior, es menester señalar que son recursos que se encuentran anonimizados debido a que los imputados fueron condenados por delitos de secuestro calificado que, a su vez, quedaron calificados como de lesa humanidad.

2.1.1 Los hechos

Los recurrentes interponen recurso de queja en contra de los Ministros de la Cuarta Sala de la Corte de apelaciones de Santiago, debido a que “habrían incurrido en graves faltas y abusos en el pronunciamiento del fallo de segunda instancia, de catorce de diciembre del año pasado, por el que decidieron confirmar la decisión de primer grado, dictada el diez de agosto de 2020” (Excelentísima Corte Suprema, 2020, Recurso de queja Rol 150173-2020, p.1).

Señalan los recurrentes que, el recurso debe ser acogido toda vez que los Ministros recurridos fallaron en contra de lo expresado por la Ley 18.216, debido a que sustituyeron el régimen de pena privativa de libertad por el de libertad vigilada intensiva en circunstancias que la encausada se encuentra condenada por el delito de secuestro calificado lo que impediría ejercer las facultades reguladas en el artículo 1 y 33 de la Ley ya mencionada. Junto a lo anterior cabe destacar que, los recurrentes señalan que existiría una infracción a la Ley 18.216 toda vez que no se hubieren presentado informes favorables de Gendarmería de Chile.

2.1.2 Problema jurídico

En vista de lo expuesto, las problemáticas presentes son dos, por una parte, se identifica una problemática de interpretación, debido al alcance que se entrega a la norma en virtud de si el delito de secuestro calificado le es aplicable la institución de la pena mixta. Por otra parte, podemos identificar un problema procesal, en torno a si el recurso de queja se configura como una institución procedente frente a las solicitudes planteadas por los recurrentes.

2.1.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;

Frente a la problemática dispuesta, la Corte Suprema estima que

“se trata de un aspecto interpretativo que debe resolverse caso a caso; siendo dable recordar al respecto que esta Corte ha sostenido, reiteradamente, que el recurso de queja no ha sido instituido para corregir errores de ese carácter y provocar, por este concepto, una nueva revisión del asunto para llegar a un pronunciamiento de tercera instancia” (Excelentísima Corte Suprema, 2020, Recurso de queja Rol 150173-2020, p. 8).

2.1.4 Las respuestas a esas cuestiones

El recurso de queja es susceptible en aquellos en que la falta o abuso que es impugnada “tiene el carácter de “grave”, vale decir, de mucha entidad o importancia y, en la medida que la falta cometida reúna tal característica, debería aplicarse a los jueces respectivos una sanción disciplinaria”.

2.1.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;

Que, así las cosas:

“Una mera discrepancia entre un litigante y el tribunal encargado de conocer y fallar el negocio, en torno al sentido y alcance de determinadas normas jurídicas, no es, en caso alguno, idónea para configurar la gravedad exigida al comportamiento jurisdiccional impugnado, ni para desencadenar una sanción tan drástica” (Excelentísima Corte Suprema, 2020, Recurso de queja Rol 150173-2020, p. 10).

2.1.6 La solución del problema

Se dispone que los jueces que han interpretado en el ejercicio de sus facultades de manera armónica el ordenamiento jurídico, contemplando las disposiciones legales aplicables en conjunto con tratados

internacionales, no incurrir en “falta o abuso grave enmendable por esta vía” (Excelentísima Corte Suprema, 2020, Recurso de queja Rol 150173-2020, p. 11).

2.1.7 La decisión

En consecuencia, la Excelentísima Corte Suprema rechaza el recurso de queja interpuesto por los recurrentes. Sin perjuicio de lo anterior existieron dos votos disidentes, correspondientes al ministro Sr. LLanos y a la abogada integrante Sra. Coppo, argumentos que serán aludidos más adelante.

2.2 Sentencia Excelentísima Corte Suprema Rol 1889.556-2023/ Corte de Apelaciones Rol 184-2023

2.2.1 Los hechos

Doña María de los Ángeles Arriagada interpone Acción de Amparo en contra de la resolución con fecha de 10 de julio de 2023 dictada por la primera sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones, que decide confirmar la resolución del Juzgado de Garantía de Toluca que no dio lugar a la solicitud de interrupción de la pena privativa de la libertad por aplicación de la pena mixta.

Se señala por la defensa que se cumplen los requisitos previstos en el artículo 33 de la Ley 18.216, pero que aun así “en audiencia de 23 de junio pasado, el tribunal de primera instancia desestimó la solicitud de la defensa, fundado en la recomendación negativa de Gendarmería de Chile” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2023, Recurso de Amparo Rol 184-2023 p. 1-2). Sin embargo, a juicio de los recurrentes, se tomó “en consideración la opinión técnica desfavorable de Gendarmería, empero, no ponderaron los aspectos educacionales y laborales que ha desarrollado la amparada estando privada de libertad, ni tampoco las capacitaciones e intervención intrapenitenciaria que ha recibido” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2023, Recurso de Amparo Rol 184-2023, p. 2).

2.2.2 Problema jurídico

Estamos en presencia de un problema interpretativo, toda vez que se discute acerca de si el informe favorable de gendarmería es un requisito indispensable a la hora de determinar la procedencia de la pena mixta.

2.2.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema

Las cuestiones y sub cuestiones de las que depende la solución del problemas, dicen relación en torno a si el informe emitido por Gendarmería de Chile es vinculante o no para el tribunal que debe realizar la valoración. Como también la subjetividad con la que fue realizado el informe de Gendarmería de Chile “toda vez que su conclusión de no recomendar la sustitución de la pena de la amparada no se condice con su condición actual de salud que impediría su posible reincidencia” (Excelentísima Corte Suprema, 2023, Recurso de Amparo Rol 184-2023 p. 2).

2.2.4 Las respuestas a esas cuestiones

Es posible señalar que la Corte Suprema ha señalado que “el referido informe primeramente no es vinculante para el tribunal debiendo ponderar todos los antecedentes que se acompañen para determinar la procedencia o no de la sustitución de la pena” (Excelentísima Corte Suprema, Recurso de Amparo, p. 2). Asimismo, se señala el informe de Gendarmería de Chile es subjetivo, ya que “atiende a sólo uno de los factores de la sentenciada sin que se vislumbre del mismo todas las particularidades que rodean a la imputada” (Excelentísima Corte Suprema, 2023, Recurso de Amparo, Rol 184-2023, p. 2).

2.2.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas

La razones para señalar lo anterior, es la importancia de tener presente a la hora de valorar el informe de gendarmería y de determinar la posibilidad del acceso a la pena mixta por una imputada, las normas establecidas en el la Constitución Política de la República y los tratados internacionales suscritos por Chile de acuerdo al artículo 5 del mismo cuerpo el cual expresa que deben respetarse los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y junto a ello los tratados internacionales ratificados por Chile.

2.2.6 La solución del problema

Que el Tribunal señala que teniendo en consideración el estado de salud en el que se encuentra la imputada y teniendo presente que es deber del Estado “brindar todos los tratamientos médicos y facilidades, como garantía del derecho a la integridad personal” (Excelentísima Corte Suprema, 2023, Recurso de Amparo Rol 184-2023, p. 6), mantenerla dentro del recinto penitenciario sería exponerla a un riesgo para su salud, imponiendo entonces al tribunal el deber de “adoptar medidas urgentes con la finalidad de cumplir tanto con la normativa constitucional como con las convenciones

internacionales a las que el Estado adscribió” (Excelentísima Corte Suprema, 2023, Recurso de Amparo Rol 184-2023, p. 6).

2.2.7 La decisión

En consecuencia, la Corte Suprema revoca la sentencia apelada y en consecuencia se acoge el recurso de amparo sustituyendo la pena privativa de libertad que actualmente está cumpliendo la recurrente por la de libertad intensiva conforme al artículo 33 de la Ley 20.603.

2.3. Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 5722-2015 y Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Rol 688-2015

2.3.1. Los Hechos

Doña Gloria Carolina Ortega Rubio interpone recurso de amparo en contra del Director Regional de Gendarmería de Chile, en razón de no haber podido acceder a la sustitución de la pena efectiva que se encontraba cumpliendo por la pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva, indicando que este recurso debió ser acogido, toda vez que la parte recurrente señala que el hecho de que gendarmería no acceda a dicha solicitud constituye un acto ilegal “ya que Gendarmería en primer lugar está interpretando normas jurídicas para calificar la procedencia del beneficio, atribución que no le corresponde, y arbitrario ya que en otras oportunidades sí ha informado a través del respectivo Centro de Reinserción Social para los mismos efectos” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2015, Recurso de Amparo Rol 688-2015, p.1).

2.3.2 Problema Jurídico

En atención a lo expuesto, es posible dilucidar que las problemáticas presentes son en primer lugar de carácter interpretativo, en virtud de lo señalado con anterioridad en donde expresa que Gendarmería estaría interpretando normas jurídicas y que aquello no forma parte de sus facultades, vulnerando por tanto el artículo 19 N°7 de la Constitución. En segundo lugar, encontramos otro tipo de problema en relación con la factibilidad técnica para la aplicación del monitoreo telemático toda vez que, Gendarmería señala que es “imposible a acceder a ella toda vez que se encuentra frente a la existencia de un periodo de vacancia legal que dura hasta el 27 diciembre del año 2015” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2015, Recurso de Amparo Rol 688-2015, p.1).

2.3.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema

Tomando en consideración que el problema interpretativo se deriva precisamente de la existencia de una vacancia legal existente en la Ley, en virtud de la cual las partes alegan que a Gendarmería de Chile no le corresponde interpretar normas jurídicas, es que se puede señalar que las cuestiones y sub cuestiones de las que depende la solución del problemas dicen relación con la factibilidad técnica de monitoreo telemático y la capacitación de recursos humanos.

2.3.4 Las respuestas a esas cuestiones

Se señala que “por no contar con la factibilidad técnica de monitoreo telemático y que la capacitación de los recursos humanos se encuentra en etapa de ejecución este año” Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2015, Recurso de Amparo Rol 688-2015, p.1) es imposible acceder a la solicitud de contar con un informe favorable de Gendarmería de Chile para acceder a la aplicación de la pena mixta.

2.3.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas

Las razones en las que se basa la respuesta anterior dicen relación precisamente con el periodo de valencia legal establecido por la Ley 20.603 en su artículo 8 señala que “La pena mixta prevista en el artículo 33 de la Ley N° 18.216, entrará en vigencia transcurridos dos años desde la mencionada publicación”.

2.3.6 La solución del problema

Por su parte la Corte de Apelaciones señala que “aparece que el asunto que es materia del recurso se encuentra bajo el amparo del Derecho, desde que para resolver la presentación formulada por la amparada al Tribunal de Garantía de Puente Alto se ha fijado por este Tribunal una audiencia en la que se debatirá y resolverá sobre la cuestión planteada, de manera tal que resulta posible concluir que la vía extraordinaria que representa el recurso de amparo no resulta procedente” Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2015, Recurso de Amparo Rol 688-2015, p.2). De lo que se concluye, que la Acción de Amparo no es un recurso que permita solucionar este tipo de problemas, por lo que el Tribunal de Alzada fija una audiencia en la que se debatirá y resolverá dicho problema.

2.3.7 La decisión

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de amparo interpuesto por Gloria Carolina Ortega Rubio y en consecuencia la Excelentísima Corte Suprema confirma dicho fallo.

2.4 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 20904-2018/ Sentencia Ilustrísima de la Corte de Apelaciones Rol 156-2018

2.4.1 Los hechos

Doña Stefany Seguel Mondaca interpone recurso de amparo en contra de la resolución dictada el 31 de julio de 2018 por el Juzgado de Garantía de Los Ángeles, en el cual no se accedió a la solicitud de la defensa de sustituir la pena privativa de libertad por la pena mixta regulada en el artículo 33 de la Ley 18.216.

Se indica que el recurso debió ser acogido, puesto que se cumplen con todos los requisitos establecidos por el artículo 33 de la Ley ya señalada. Se agrega que en la audiencia del 31 de julio de 2018 se expuso un informe desfavorable elaborado por Gendarmería de Chile, en virtud del cual no se recomienda la sustitución de la pena privativa de libertad y que, sin perjuicio de ello, la jueza de audiencia no se hizo cargo de los argumentos de la defensa, en orden a controvertir lo señalado por dicho informe.

2.4.2 Problema jurídico

De lo expuesto, se puede señalar que estamos frente a un problema interpretativo, toda vez que se discute si es el que el informe favorable de Gendarmería de Chile es un requisito indispensable a lo hora de sustituir una pena privativa de libertad por la pena mixta y si luego, una vez evacuado dicho informe, la defensa puede controvertir lo indicado en él. Asimismo, estamos en presencia de un problema de tramitación, dado que se señala que no consta que se haya interpuesto recurso de apelación en contra de la resolución que deniega la pena mixta.

2.4.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;

En atención a lo anterior, en el fallo la recurrente señala que

“La jueza en la audiencia ya mencionada no se hizo cargo de los argumentos de la defensa en orden a controvertir el Informe de Gendarmería, limitándose a reproducir los antecedentes contenidos en dicho informe, entendiéndose que lo favorable o desfavorable del informe es vinculante para el tribunal, pero no se pronunció sobre las desestimaciones argumentativas y suficientemente demostradas por parte de la defensa, que a su vez acompañó un informe pericial social de la amparada” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2018, Recurso de Amparo Rol 156-2018, p.3).

2.4.4 Las respuestas a esas cuestiones

Por su parte el tribunal, señaló que de la lectura del artículo 33 “se advierte con absoluta claridad que es requisito sine qua non de dicha norma el que exista un informe favorable para optar a la pena sustitutiva que se pretende por la amparada” (Ilustrísima Corte de Apelaciones,2018, Recurso de Amparo Rol 156-2018, p.9) y que, en el caso concreto, no hay. Se advierte también, que en virtud de lo señalado por el artículo 37 de la referida Ley, la resolución en cuestión era susceptible de recurso de apelación el cual no fue interpuesto por la interviniente, en consecuencia la resolución impugnada se encuentra firme y no existen circunstancias que permitan revisarla, agregando que “la resolución impugnada fue dictada por un juez competente, en el ámbito de sus atribuciones y oyendo previamente a los intervinientes, por lo que tampoco se vislumbra que dicha determinación sea ilegal o arbitraria” (Ilustrísima Corte de Apelaciones,2018, Recurso de Amparo Rol 156- 2018,p.9).

2.4.5. Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;

Las razones de dichas respuestas se basan de la lectura restrictiva que hace la Corte de las normas antes señaladas, pues a través de estas logra desprender que es un requisito imprescindible el informe favorable de gendarmería, sin hacer una interpretación completa de los antecedentes presentados por la defensa.

2.4.6. La solución del problema

El tribunal señala que no se ha visto vulnerada la libertad personal de la amparada, que la condena de esta ha sido revisada por el juez competente dentro de sus facultades y “ con la potestad que le confiere el propio artículo 33 de la Ley 18.216 ha adoptado la decisión de no dar lugar a la pena de libertad vigilada intensiva o mixta en el presente estadio procesal, por no contar con la opinión técnica favorable, no vislumbrando así, en este escenario, vulneración alguna a la garantía del artículo 19 N° 7 de la Carta Fundamental.

2.4.7. La decisión

En consecuencia, la Ilustrísima Corte de Apelaciones decide rechazar el recurso de apelación y por su parte, la Excelentísima Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

2.5 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 52651-2021/ Sentencia Ilustrísima de la Corte de Apelaciones Rol 443-2021

2.5.1 Los hechos

Doña Amelia Teresa Aguilera Aguilera, condenada por el delito de tráfico ilícito de drogas en grado de consumado, por el cual se le otorga la pena efectiva de 3 años y 1 día, interpone recurso de amparo en contra de la resolución dictada con fecha 2 de julio de 2021 que privó a la recurrente de la posibilidad de acceder a la libertad vigilada intensiva, debido a que de acuerdo al informe emitido por Gendarmería de Chile doña Amelia Aguilera mantendría un riesgo de reincidencia moderado, “exponiendo que: “Presenta distorsiones del pensamiento que dificultan la evaluación de la realidad y repercuten en la toma de decisiones” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 443-221,p.2) en virtud de aquello, señalan que la recurrente no se encuentra en condiciones para modificar su pena efectiva por una en libertad vigilada intensiva.

2.5.2 Problema jurídico

Estamos frente a un problema interpretativo en torno a cómo el tribunal de primera instancia debe valorar el informe emitido por Gendarmería de Chile y a su vez, si debe hacerse cargo de las alegaciones realizadas por la defensa en consideración los informes sociales para contrarrestar lo señalado por Gendarmería de Chile.

2.5.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;

Dentro de las cuestiones y sub cuestiones de las que depende la solución del problema, podemos encontrar el informe elaborado por Gendarmería de Chile, específicamente el que se lleva a cabo tomando a consideración el instrumento IGI. Sumándole a lo anterior que la defensa considera que acompañó un informe social propio “que abarca aspectos no referidos al momento de evaluar la situación social de la señora Aguilera tales como su contexto familiar, educativo, de pareja, respecto a sus hijos y su situación económica actual” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 443-221, p. 2).

2.5.4 Las respuestas a esas cuestiones

La Corte de Apelaciones como también la Corte Suprema no realizan una valoración del informe de Gendarmería de Chile elaborado a través del instrumento IGI y por tanto no dan respuestas en torno a cómo se realizó el informe y por qué no contiene aspectos referidos al contexto familiar, educativo y situación económica actual de la condenada.

2.5.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;

No se dan razones para no dar respuestas a dichas cuestiones o sub cuestiones de las que depende la solución del problema, pero se señala por parte de la Corte de Apelaciones que la Acción de Protección no es el recurso adecuado para resolver acerca de la problemática (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 443-221, p. 5).

2.5.6 La solución del problema

Se señala por la Corte de Apelaciones que no constatándose algún acto ilegal o arbitrario que afecte la libertad personal o seguridad individual de la persona en cuyo favor se recurre, no existe alguna medida que esta Corte pueda adoptar en favor de la misma” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 443-221, p. 5).

2.5.7 La decisión

La Corte de Apelaciones rechaza el recurso de amparo interpuesto por Amelia Aguilera Aguilera, y junto a ello la Excelentísima Corte Suprema confirma dicho fallo.

2.6 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 63303-2020/ Sentencia Ilustrísima de la Corte de Apelaciones Rol 107-2020

2.6.1 Los hechos

Doña Marcela Pavéz Bustamante interpone Recurso de Amparo en contra de la resolución de fecha de 13 de mayo de 2020 dictada por el Juzgado de Garantía de Talca, en circunstancias que se rechazó la solicitud de conceder la interrupción de la pena privativa de libertad conforme a lo señalado por el artículo 33 de la Ley 18.216.

Se señala por la defensa que el recurso de apelación debió ser acogido puesto que el informe técnico concluye que resulta recomendable la interrupción de la pena privativa de la libertad, pero que aquel no fue incorporado en audiencia, sino que solo constaba en la carpeta virtual y además, agrega que el debate solo se centró en el cumplimiento del requisito de la letra b) del artículo 33 de la Ley ya mencionada, ya que a través de informe administrativo se comunicó su incumplimiento, señalando que existe una condena por tráfico de drogas del año 2014.

2.6.2 Problema jurídico

Nos encontramos frente a un problema interpretativo del referido artículo, en relación con si solo basta el informe favorable de Gendarmería de Chile por sobre el cumplimiento de los demás requisitos, o si es necesario el cumplimiento de todos los demás requisitos, junto a una interpretación armónica de las remisiones que realiza el artículo 33, a saber, el artículo 15 bis inciso segundo, referido a que aquellos delitos que no se encuentren señalados en la letra a) y b) del mismo, deberán cumplir con los requisitos de ambos numerales del artículo 15, que a su vez establece que el condenado no hubiere sido condenado por crimen o simple delito y de haberlo sido, que las condenas hayan sido cumplidas diez o cinco años antes respectivamente.

2.6.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;

Las cuestiones y sub cuestiones de las que depende la solución del problema, dice relación con si el razonamiento llevado a cabo por el juez de primera instancia, permite interpretar el artículo 33 de la Ley 20.606 de una forma armónica con el ordenamiento jurídico.

2.6.4 Las respuestas a esas cuestiones

La Corte de Apelaciones y en consecuencia la Corte Suprema no se pronuncian en torno a cómo se debe realizar la interpretación del artículo 33 de la Ley 20.606.

2.6.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;

La razón para dar dicha respuesta se relaciona con el hecho de que “la acción constitucional de amparo procede ante la ocurrencia de un acto ejecutado con infracción a la Constitución o las leyes que afecte el derecho a la libertad personal y seguridad individual, con el objeto que se adopten las medidas urgentes destinadas a restablecerlo” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2020, Recurso de Amparo Rol 107-2020, p. 4) por lo que dicha acción no es la adecuada para resolver el asunto litigioso, tomando en consideración que la jueza a actuado dentro de sus facultades.

2.6.6 La solución del problema

El tribunal de alzada señala que lo obrado por el tribunal de primera instancia, se enmarca dentro de sus facultades y “deriva de la interpretación privativa que le cabe hacer de la ley que aplicó sobre el particular. En consecuencia, se comparta o no la conclusión alcanzada por ella, resulta evidente que no constituye un acto ilegal en los términos que exige la norma” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2020, Recurso de Amparo Rol 107-2020, p.4).

2.6.7 La decisión

En consecuencia, la Ilustrísima Corte de Apelaciones rechaza el recurso de amparo y por su parte, la Excelentísima Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

2.7 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 90.798-2020/ Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Rol 656-2020

2.7.1 Los hechos

Barbara Lezma Bórquez condenada por el delito de conducción en estado de ebriedad con resultado de muerte, lesiones graves, gravísimas, interpone recurso de amparo en contra de la Sra. Jueza de Garantía de la Ligua, doña Margarita del Carmen Riquelme Clavería, quien el 9 de julio de 2020 no accedió a su solicitud de interrumpir la pena privativa de libertad por la pena mixta regulada en el artículo 33 de la Ley 18.216.

Se dispone que el tribunal debió acoger el recurso toda vez que, se cuenta con el informe favorable de Gendarmería de Chile respecto a los factores de riesgo de reincidencia y posibilidades de reinserción social, dado a lo cual la modificación de la privativa de libertad “resultaría eficiente y eficaz para su reinserción social” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p. 1). Junto a la anterior, es menester señalar que la recurrente se encontraba con un estado de salud de alto riesgo pues padece de lupus y es madre de un menor de 5 años de edad. Que, en virtud de aquello, se cita a la convención Americana de Derechos Humanos, señalando que “negar la interrupción de la pena privativa de libertad de la sentenciada compromete la salud y vida de su representada por su enfermedad de base y el reciente de brote de COVID 19 en el penal de Quillota” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p. 2).

A su vez, la parte recurrente señala que si bien esta fue condenada a una pena de 6 años “justifican la procedencia de la sustitución de la pena en que una sentencia definitiva condenatoria dictada en sede penal puede, después de encontrarse firme, ser modificada ya por vía administrativa, ya por vía judicial” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p. 1). Por tanto, si existen circunstancias nuevas podría modificarse la sentencia condenatoria si es que se hiciera necesario, y como se mencionó con anterioridad en virtud del estado de salud de la imputada y de las condiciones sanitarias respectivas al COVID 19, existen circunstancias que harían necesaria la

interrupción de la pena efectiva. Frente a esta situación, es menester destacar que, Gendarmería de Chile emitió su informe técnico y en él sugirió la sustitución de la pena privativa de libertad.

2.7.2 Problema jurídico

Que, en virtud de lo expuesto, el problema es de interpretación toda vez que

“artículo 26 del Código Penal que señala que la duración de las penas temporales, comenzar a contarse desde el día de la aprehensión del imputado, es decir, desde cuando este es privado de su libertad ambulatoria, aun cuando lo sea producto de una medida cautelar que lo prive de su libertad ambulatoria”. (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p. 3).

2.7.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;

Es debido a lo anterior que, la interpretación realizada por la Jueza en cuestión resulta del todo restrictiva pues considera que para el abono exigido por la Ley 18.216, debe haberse cumplido la pena dentro de la cárcel, lo cual no es una exigencia expresa de la Ley, y a su vez, no considera la circunstancia de haber estado privado real y efectivamente de libertad dentro del domicilio.

2.7.4 Las respuestas a esas cuestiones

El tribunal no accedió a dicha solicitud toda vez que “que según su criterio la condenada no había cumplido el tercio de la pena que le fuere impuesta por sentencia ejecutoriada, requisito de la letra c) del artículo 33 de la ley 18.216” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Apelación Rol 656-2020, p. 1) que dicho requisitos se cumple únicamente si doña Bárbara se hubiera encontrado ese periodo de tiempo dentro del recinto penitenciario, más no con arresto domiciliario total, circunstancia en la cual de todas maneras estuvo privada “absoluta y efectivamente de libertad” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p. 2).

2.7.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;

Las razones en las que se basa el tribunal para no acceder a la solicitud de la recurrente es que

“Que la defensa pretende que se interprete el artículo 33 letra a) señalado, de un modo extensivo, según dijo ante estrados, en concordancia con tratados internacionales que cita, pero en verdad su tesis no se ajusta a ninguna interpretación, sino que es derechamente una petición de modificar la

norma, lo cual no puede hacerse por la ó Judicatura, ni a pretexto de interpretaciones a la luz de tratados” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p.7).

2.7.6 La solución del problema

La corte dispone que, si bien en la resolución recurrida presenta errores de fundamentos, esta no es ilegal y por tanto “no podría modificarse sin infringirse directamente una exigencia de la norma vigente” (Ilustrísima Corte de Apelaciones 2020, Recurso de Amparo Rol 656-2020, p.7).

2.7.7 La decisión

En atención a todo lo expuesto, la Corte de apelaciones rechaza el recurso de amparo, en atención a que no se cumple con el requisito dispuesto en la letra a) del artículo 33 de la Ley 18.216 haciendo el debido alcance que el criterio de la Sra. Juez es equivocado al señalar que no se debe atender al tiempo de la condena cumplido en el domicilio, pues aquello vulnera el art 348 de Código Procesal Penal (en adelante CPP), ya que, dicho cumplimiento no es menos efectivo que el del recinto carcelario. En consecuencia, la Corte Suprema confirma dicho fallo.

2.8 Sentencia de la Excelentísima Corte Suprema Rol 94189-2021/ Sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones Rol 139-2021

2.8.1 Los hechos

Doña Marla Ramírez interpone recurso de amparo en contra de la resolución dictada con fecha de 29 de octubre de 2021 por el Juzgado de Garantía de Punta Arenas, puesto que no se citó a audiencia para debatir los términos del artículo 33 de la Ley 18.216.

Se señala por la defensa que el recurso de amparo debe ser acogido, en circunstancias que con fecha de 14 de julio de 2021 se solicita informe de factibilidad técnica al centro de reinserción social, tomando en consideración que a la fecha la amparada cumplía con todos los requisitos establecidos por el artículo 33 de la señalada Ley. Sin embargo, el informe recepcionado señala que no es recomendable la interrupción de la condena, por lo que se solicita audiencia al tribunal de garantía para debatir los alcances del mismo, puesto que la conclusión a la que arriba evidencia una tendencia discriminatoria y sesgada, y por último, que el informe no resulta vinculante para el sentenciador. Con fecha de 29 de octubre de 2020 el tribunal rechaza la solicitud, porque a su parecer el informe de factibilidad técnica es un requisito esencial para realizar la audiencia.

2.8.2 Problema jurídico

De lo expuesto podemos señalar, que nos encontramos frente a un problema interpretativo, dado que la defensa estima que pese a la conclusión desfavorable señalado por el informe, de todas maneras, el tribunal debe citar a audiencia y debatir la aplicación de la pena mixta. Por su parte, el juez considera que ello es improcedente atendiendo a lo señalado expresamente por la norma. Así también, nos encontramos frente a un problema procedimental, puesto que, si bien se interpuso un recurso de apelación en contra de la resolución en cuestión, una vez que fue agregado a la tabla para su conocimiento, el recurrente no asistió.

2.8.3 Las cuestiones y sub cuestiones de las que dependen la solución del problema;

Las cuestiones y sub cuestiones de las que depende la solución del problema se relacionan con la interpretación que se le debe dar al artículo 33 de la Ley 20.606, es decir se debe en primer lugar determinar cuál es la interpretación que sea armónica con el ordenamiento jurídico, para luego poder determinar si el actuar del juez fue ajustado a derecho o no.

2.8.4 Las respuestas a esas cuestiones

La Corte de Apelaciones y en consecuencia la Corte Suprema, no dan respuesta a dichas cuestiones señalando la Acción de Amparo “persigue vigilar el cumplimiento de la Constitución y las leyes en lo concerniente a la privación o amenaza de atentados contra la libertad personal y la seguridad individual” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 139-2021, p.7). Sin embargo, “tal comprensión supone la excepcionalidad de su procedencia si, como en el presente caso, se pretende atacar una resolución pronunciada por un juez en el ejercicio de sus competencias y de acuerdo al procedimiento fijado en la ley, sobre todo si éste contempla mecanismos de impugnación”.

2.8.5 Las razones en las que se basan las anteriores respuestas;

La razón de dicha respuesta es que de haberse presentado el recurrente a la vista del Recurso de Apelación “habría permitido a esta Corte en su calidad de tribunal designado por el ordenamiento jurídico procesal para su resolución, el máximo grado de conocimiento sobre los hechos” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 139-2021, p.7).

2.8.6 La solución del problema

El tribunal de alzada señaló que el inciso tercero del artículo 33 establece como exigencia para debatir sobre la aplicación de la pena mixta:

“que el informe de Gendarmería de Chile, a que se refiere el inciso primero, debe contener, entre otros aspectos, una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse adecuadamente en la sociedad” (Ilustrísima Corte de Apelaciones, 2021, Recurso de Amparo Rol 139-2021, p.6).

De tal manera que el sentenciador al fallar de esa forma no incurrió en alguna arbitrariedad o ilegalidad, en circunstancias que no se está privando la libertad personal o seguridad individual de la amparada.

2.8.7 La decisión

La ilustrísima Corte de Apelaciones rechaza el recurso de apelación y por su parte, la excelentísima Corte Suprema confirma la sentencia apelada.

Conclusión

A modo de cierre y como señalamos al inicio de este trabajo, en la medida que avanza el tiempo la figura de la mujer dentro de la sociedad ha ido cambiando, sin perjuicio de que sigue acompañada de los estigmas y estereotipos impuestos por la sociedad que la rodea. Ahora bien, situando aquello en el área del derecho penitenciario, en particular en la aplicación de la pena mixta, entendiendo por ésta aquel mecanismo de sustitución de la pena privativa de libertad por una de libertad vigilada intensiva, fue dable preguntarse ¿Qué rol cumplen los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos en toda esta problemática? ¿Cómo se refleja dicha problemática en los fallos dictados por los Tribunales Superiores de nuestro país?

Para contestar a dichas preguntas, el análisis desarrollado se basó, en primer lugar, en entregar una conceptualización de la pena mixta, señalando que su regulación se encuentra en el artículo 33 de la Ley 20.603. Dicho artículo establece una serie de requisitos para su procedencia, a saber, se señala que de oficio o a petición de parte, pero previo informe favorable de Gendarmería de Chile, se podrá disponer el cambio de la medida privativa de la libertad por la pena mixta. Agregando que para ello se necesita, en primer lugar, que la condena del imputado sea de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo u otra pena inferior. En segundo lugar, que, al momento de la discusión de la procedencia de la pena mixta, el condenado no registrare otra condena por crimen o simple delito. En tercer lugar, que el condenado haya cumplido al menos un tercio de la pena de manera efectiva. Por último, que el condenado hubiere observado un comportamiento que haya sido calificado como “bueno” o “muy bueno”.

Luego, se señala por el artículo mencionado, que el informe de Gendarmería de Chile estará compuesto por una opinión técnica favorable con la finalidad de orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, un informe de comportamiento y factibilidad técnica de la aplicación de monitoreo telemático.

Una vez asentados estos aspectos fundamentales, realizamos un análisis de las garantías establecidas dentro del derecho chileno, pues la importancia de revisar aquello radica en que la aplicación de estas a la hora de determinar cuándo procede la pena mixta permite un acercamiento a un procedimiento con mayor perspectiva de género. Estas garantías fundamentales las encontramos en primer lugar nuestra Carta Fundamental. En segundo lugar tenemos los tratados internacionales suscritos por Chile, dentro de ellos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la

Mujer, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia con la Mujer, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Las Reglas Nelson Mandela), Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes. Todas ellas, establecen un marco normativo dentro del cual los órganos jurisdiccionales deben ceñirse a la hora de dictar sentencia.

Junto a lo anterior, realizamos un breve estudio del Instrumento “Inventario para la Gestión de Caso e Intervención” o modelo IGI, pues este es un instrumento que permite determinar los factores de riesgo de reincidencia dentro de la población penitencia y este es relevante precisamente porque, dentro de los requisitos para la aplicación de la pena mixta encontramos el informe favorable de gendarmería el cual debe contener un informe técnico que estudia estos factores de riesgo.

Ahora bien ¿Cuál fue el objetivo de razonar sobre el funcionamiento de este instrumento?, aquello resulta relevante debido a que si la valoración que hacen los jueces de este instrumento se hace a la luz de las garantías antes expuesta permiten la aplicación del factor género, pues estas son las que entregan un marco normativo tendiente a la protección de garantías que permiten una perspectiva de género, por ejemplo, las Reglas de Bangkok que establecen factores a tener en cuenta similares a los que contempla el mismo instrumento, a saber, uso de drogas, violencia, y historial de inestabilidad mental.

Luego, analizamos lo que entendemos por perspectiva de género. Para ello nos guiamos de lo expuesto por la autora Claudia Tobar quien dispone que “género” es un concepto capaz de mutar de acuerdo al momento histórico en el cual sea empleado, pero en la actualidad es entendido como la construcción social de lo que entendemos por femenino y masculino, por tanto de ello desprende que la perspectiva de género es la herramienta que permite lograr un equilibrio entre los derechos de las mujeres y los hombres.

Para materializar esta perspectiva dentro del derecho penitenciario, es fundamental atender a lo que señala Flavia Carbonell, quien expone que los principios de igualdad y no discriminación son fundamentales para construir la perspectiva de género dentro de la justicia.

Para advertir cómo opera esto en la práctica analizamos diez fallos de los Tribunales Superiores de Justicia Chilenos, para determinar si es que estos aplican la perspectiva de género, tomando en consideración la valoración específica que debe realizar el juez, del informe de Gendarmería de Chile que se realiza a través del modelo IGI, entendiendo que en cada uno de los fallos analizados este ha

sido un elemento determinante a la hora de acceder a la solicitud de modificación de la pena privativa de la libertad por la libertad vigilada intensiva o pena mixta.

Logramos concluir que cinco de los diez fallos señalados no realizaron una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, puesto que en ellos no se accede a la aplicación de la pena mixta en atención en primer lugar, a la consideración restrictiva del informe de Gendarmería de Chile como requisitos esencial para la procedencia de esta institución, dejando de lado el análisis de los demás requisitos establecidos por la Ley, como también las garantías constitucionales e internacionales ya mencionadas. En segundo lugar, la no valoración del informe de Gendarmería de Chile en aquellos casos en que este si resulta ser favorable, pues se excluye su análisis en caso de enfrentarnos al incumplimiento de algún requisito señalado en los demás literales del artículo 33 de la Ley 20.603.

Sin embargo, existen tres fallos que versan sobre el mismo hecho pero que sus recurrentes son distintos, en los cuales, a diferencia de los demás fallos expuestos, se acoge la solicitud de sustituir la pena privativa de libertad por una pena mixta.

En virtud de ello, se interpone un recurso de apelación en contra de dicha resolución para que sea dejada sin efecto, la cuál es confirmada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, para que, en último lugar, se interponga un recurso de queja ante la Excelentísima Corte Suprema que es rechazado, por no contener fundamento suficiente para su procedencia. Dicha sentencia que confirma la resolución apelada, realiza un análisis armónico del ordenamiento jurídico interno, tratados internacionales y del informe evacuado por Gendarmería de Chile, haciendo hincapié en el hecho de que corresponde al tribunal valorar los antecedentes entregados en él, y no quedándose, por tanto, con la interpretación restrictiva realizada en los cinco fallos anteriores, en los cuales se consideraba el informe como un elemento vinculante para el tribunal en aquellos casos en que este era desfavorable, pero que no era valorado en aquellos casos en que resultaba ser favorable.

El fallo en cuestión valora a tal punto el informe evacuado, que termina por objetar el factor laboral y familiar -factores analizados para elaborar el informe según lo expresado por el modelo IGI- tomando en consideración las especiales circunstancias en las que se encontraba inmersa la mujer privada de libertad, a saber, su edad y su entorno familiar. Agregando que hay ciertos puntos que son mencionados en el informe y que a su vez determinan que no sea recomendable la sustitución de la pena, pero que no deben ser tomados en consideración a la hora de su elaboración, puesto que ellos no dicen relación con la finalidad del legislador, que es precisamente la reinserción social. Todo ello

fundamentado, además, como ya se mencionó, en tratados internacionales que deben ser observados a la hora de fallar, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, pero por sobre todo la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y las Reglas de Bangkok.

Por último, el fallo más relevante para el desarrollo de esta tesina fue la causa Rol 189556-2023, pues contempla el informe de Gendarmería de Chile como un elemento no vinculante para el fallo, entregando de dicha forma el deber al tribunal de valorarlo en conjunto a los demás requisitos establecidos en la Ley y a la luz de las garantías establecidas en la Constitución y los tratados internacionales. Para ello, en primer lugar, hace un análisis de los factores tales como factor familia, contexto familiar en que se encontraba la mujer privada de libertad y el factor salud.

Este fallo realiza una interpretación armónica del ordenamiento jurídico, integrando la normativa internacional tal como, las reglas de Mandela, la CEDAW, Belem do Pará, Reglas de Bangkok, el pacto de San José de Costa Rica y el pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El análisis de estos fallos en su conjunto nos permite arribar a la conclusión de que solo cuatro de los diez fallos estudiados aplican la perspectiva de género, el resto, por el contrario, no aplica el factor género, pues emplean como factor determinante para la aplicación de pena sustitutiva el informe favorable de Gendarmería de Chile sin realizar una interpretación armónica de los demás requisitos establecidos en la Ley y del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Sin embargo, consideramos que la aplicación de la normativa internacional y las garantías establecidas en la Constitución Política de la República permiten acercarnos a un juzgamiento con mayor perspectiva de género, pues en los casos en que esto fue así, se llevó a cabo un análisis más acertado del instrumento por parte del juez, trayendo como consecuencia que la mujer privada de libertad accediera sin tantos obstáculos a la modificación de la pena privativa de la libertad por la pena mixta.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, A. (2021) Las Reglas de Bangkok (RDB) y su importancia para enfrentar la discriminación de las mujeres privadas de libertad en C. Antony Garcia (coord.), M. Villegas Díaz (coord.) *Criminología Feminsita* (pp. 15-34). LOM Ediciones.

Atienza, M., (2013). *La Argumentación Jurídica*.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (1982). *Historia de la Ley. Antecedente Tramitación Legislativa. Informe Técnico*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7584/>

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (1982). *Historia de la Ley. Antecedente Tramitación Legislativa. Mensaje*. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7584/>

Caffarena, B., Caamaño, C., Perano, J., Van Den Dooren, S., Espinoza, O., Salinero, A., Gómez, A., Lillo, R., Sadá, C., Eseverry, M., Bousquier, E., (2014). *Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada*. En Eurosocia (ed.), (pp.347-350). Madrid.

Carbonell, F., (s/f) *La perspectiva de género en la actividad racional judicial*.

Cavada, J., (2016). Modificaciones introducidas por la Ley N°20.603 a la Ley N°18.216. Newsletter (bcn.cl)

Cereceda, N., Cofré, A., Joo, M., Lorca, C., Labraña, K., (2020) Estereotipos de género en el proceso judicial: Análisis crítico y de Derecho Comparado Latinoamericano. *Revista Latin American Legal Studies*, Volumen 6, 97-118.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 14 de agosto 1955. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2018). *El derecho a la no discriminación*.

Coral-Díaz, A. (2012). Una propuesta de análisis jurisprudencial desde el discurso para casos de violencia contra las mujeres en el marco de violencia de pareja. *Revista Opinión Jurídica*, Volumen 11, 17-30.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). *Antecedentes sobre la incorporación del instrumento “Inventario para la Gestión Caso/Intervención” (IGI) al contexto penitenciario chileno.*<https://cdn.discordapp.com/attachments/689093917106241674/1154553791652306984/435311400-IGI-Gendarmeria-de-Chile.pdf?ex=6516af42&is=65155dc2&hm=f027efd10bc5d25db0f4f8b39b1c4d792be083363293a8609f77a4deb6a15b9f&>

Ministerio de Justicia (2012). *Material para Capacitación nueva Ley N°18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley N°20.606.*
<https://cdn.discordapp.com/attachments/689093917106241674/1154492939381260369/157876770-Material-Para-Capacitacion-Ley-18216-Modificaciones-Ley-20603.pdf?ex=65167696&is=65152516&hm=4c4158caba06ed5ca81b134dd982505e3b4873b42aee22bf43eb3634051f1f6f&>

Ministerio de Justicia (2014). *Inventario para la Gestión Caso/Intervención (IGI).*

Nogueira, H., (2010) *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales.* Tomo 1.

Ramos, C.,(2015). *La Pena Mixta del artículo 33 de la ley N° 18.216.* Unidad de Defensa Penal Juvenil y Defensas Especializadas. <https://biblio.dpp.cl/datafiles/11829-2.pdf>

Recurso de Apelación, Rol 688-2015, I.C.A. de Santiago, 30 de abril de 2015.

Recurso de Apelación, Rol 156-2018, I.C.A. de Concepción, 28 de agosto de 2018, considerando N°7.

Recurso de Apelación, Rol 443-2021, I.C.A. de San Miguel, 20 de julio de 2021.

Recurso de Apelación. Rol 107-2020, I.C.A. de Talca, 05 de junio de 2020, considerando N°1 y N°2.

Recurso de Apelación , Rol 656-2020, I.C.A. de Valparaíso, 24 de julio de 2020.

Recurso de Apelación, Rol 139-2021 I.C.A. de Punta Arenas, 04 de diciembre de 2021.

Recurso de Apelación, Rol 4308-2020 I.C.A. de Santiago, 14 de diciembre de 2020.

Recurso de Apelación, Rol 184-2023 I.C.A. de Valdivia, 1 de agosto de 2023.

Recurso de Apelación, Rol 1889.556-2023, E.C.S., 16 de agosto de 2023.

Recurso de Queja, Rol 150.149-2020, E.C.S, 03 de junio de 2021.

Recurso de Queja, Rol 150.173-2020, E.C.S., 03 de junio de 2021 considerando N°5.

Recurso de Queja, Rol 150.175-2020, E.C.S., 03 de junio de 2021.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, 14 de diciembre.

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad, 14 de diciembre de 1990. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/united-nations-standard-minimum-rules-non-custodial-measures>

Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes, 16 de marzo de 2011. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf

Romero,S., Jaque, M., Prieto, L., Zuleta, J. (2022) “La Perspectiva de Género en La Valoración de La Prueba en Procedimientos Laborales por Acoso”. *Revista de Derecho UCSC* (40) 103-123

Pérez,P., (2021) “*La mujeres privadas de libertad y el enfoque de capacidades*”. Der Ediciones

Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación (2018). *Cuaderno Buenas Prácticas para incorporar la perspectiva género en la administración de Justicia*. https://secretariadegenero.pjud.cl/images/stgnd/CBP/CBP_30052019_HR1.1.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022) “*Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*” [Protocolo para juzgar con perspectiva de género \(scjn.gob.mx\)](https://www.scjn.gob.mx)

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021) “*Manual para Juzgar con Perspectiva de Género en Materia Penal*”

Tobar, C., (2023) “Perspectiva de genero-femenino- en derecho penal:revisión de leyes especiales contra la discriminación de las muejeres”. *Revista Política Criminal* volumen 18 (35): 157-186 https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992023000100157&lng=en&nrm=iso&tlng=en