



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**“ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 18.216 A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA
PENA”**

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

Daniela Santa María Catalán y Valentina Avalos Bozo.

Profesora guía: Rocío Lorca Ferreccio.

Santiago de Chile

2018

INDICE

RESUMEN.....	2
INTRODUCCIÓN	3
1. LOS DOS GRANDES PARADIGMAS DEL DERECHO PENAL	4
1.1 Teorías de la Prevención.	6
1.2 Teorías de la retribución.	14
2. LA EVOLUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN EN LAS POLÍTICAS CRIMINALES.....	21
3. SISTEMAS DE PENAS SUSTITUTIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.....	40
3.1 Razones para el para el establecimiento de penas sustitutivas en el Derecho comparado.....	40
3.2 Los diversos sistemas de penas sustitutivas en el Derecho comparado.....	43
4. ANÁLISIS DE LA LEY 18.216.....	46
4.1 Medidas que contempla la ley 18.216.	46
4.2 Antecedentes históricos. ¿Qué sucedía antes de la ley 18.216?.....	48
4.3 Modificaciones a la ley 18.216 a través de la ley 20.603 ¿Por qué se modifica?	50
4.4 Modificaciones de la ley 18.216 a través de la ley de agenda corta antidelincuencia.	60
5. EXPRESIÓN DE LOS PARADIGMAS DE PREVENCIÓN Y RETRIBUCIÓN EN LA LEY 18.216.	66
5.1 Manifestaciones de la teoría de la prevención	66
5.2 Manifestaciones de la teoría de la retribución	78
CONCLUSIONES	83
BIBLIOGRAFÍA	88

ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEY 18.216 A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LA PENA

RESUMEN

La ley 18.216, que vino a establecer en nuestro sistema jurídico la institución de las antiguamente llamadas “medidas alternativas” a las penas privativas de libertad, encarnó al momento de su dictación el deseo eminentemente prevencionista del legislador chileno frente a un ámbito de delincuencia menor, cuyas ideas matrices estaban marcadas por una finalidad de reinserción, resocialización y el uso racional de la pena efectiva de cárcel. Frente a esto, en el presente trabajo analizamos cómo con el transcurso del tiempo dicha institución ha debido acomodarse dentro de nuestro sistema jurídico de manera tal que pueda ser justificada también desde una perspectiva retribucionista de la fundamentación de la pena, fenómeno que se manifiesta claramente en las modificaciones que dicha ley ha sufrido desde su dictación, que van desde cuestiones tan simples como la modificación de la nomenclatura de “medidas alternativas” a “penas sustitutivas”, hasta la reducción del catálogo de delitos que permiten acceder a estas penas.

Este análisis comprende también una revisión histórica acerca de la evolución en la concepción teórica de la sanción penal y su aplicación en la política criminal, lo que demuestra -a nuestro juicio- que el fenómeno descrito a propósito de esta ley no es algo aislado, sino más bien viene a ejemplificar lo que ha sucedido en diversos momentos de la Historia en los cuales ha existido una orientación predominante en las decisiones político criminales en relación a la imposición del ius puniendi Estatal y en los cuales diversas instituciones sufrieron este mismo proceso de “intervención”, de manera tal que pudieran ser justificadas desde otra perspectiva y así poder hacer frente a las necesidades de la sociedad en cada momento, dejando en evidencia su permeabilidad ante la realidad y el devenir histórico.

Palabras clave: Ley 18.216, penas sustitutivas, medidas alternativas, justificación de la pena, prevención, resocialización, reinserción, retribución, culpabilidad.

INTRODUCCIÓN

Mediante el presente trabajo realizaremos un análisis de la racionalidad de la ley 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, y sus posteriores modificaciones, a la luz de la teoría de la pena.

Para estos efectos, en una primera sección expondremos los paradigmas del Derecho Penal, a saber las teorías de la retribución y la prevención, como las dos grandes corrientes que han buscado dar explicación a la pena como aplicación de la potestad punitiva del Estado.

Luego, veremos cómo se expresa lo anterior en las políticas criminales adoptadas a lo largo de la historia y la evolución de la sanción penal. Para el caso particular de la ley 18.216, la pena que se sustituye es una privativa o restrictiva de libertad. En este sentido, se pone en entredicho, por la propia decisión legislativa, que la imposición de una pena de cárcel, para los delitos que así se contempla, sea la única forma de “justicia” posible en esos casos.

Lo anterior, para finalmente entrar de lleno a la ley 18.216, haciendo una exposición histórica de la misma, la situación del sistema antes de su entrada en vigencia, su irrupción en él, los alcances que ha tenido a lo largo del tiempo y sus posteriores modificaciones. ¿Pueden ser éstas últimas una negociación con la teoría de la retribución?

Respecto a este último punto, siendo las penas sustitutivas parte de las instituciones que contempla nuestro ordenamiento jurídico que abandonan la idea arraigada de la cárcel como único castigo y equivalente de justicia, nos interesa reflexionar sobre los paradigmas de la retribución y de la prevención como teorías de justificación de la pena y cómo se expresan en la legislación en cuestión, dando origen a una tensión entre ambos deseos del legislador, y cómo si bien, desde una primera aproximación es posible sostener que dicha ley nace con un fin eminentemente preventivo, al analizar sus posteriores modificaciones, podemos constatar que finalmente la realidad ha planteado una necesidad de “acomodar” dichas instituciones de manera que, en último término, puedan ser justificadas también desde una perspectiva retribucionista, que de a poco se abre paso en la técnica legislativa mediante la cual se ha ido

modificando la ley original. Lo anterior, como un modo de responder a la necesidad práctica de justificación de una regulación que empíricamente resultó ser poco eficiente, pero sin dejar de lado la necesidad de flexibilidad que la motivó en un primer momento. De este modo, por una parte se busca la imposición enérgica de una sanción ante el quebrantamiento del ordenamiento jurídico, pero sin dejar de lado el deseo de la resocialización y disuasión efectiva del imputado.

Detectando estos dos intereses por parte del legislador, se evidencia una tensión entre ellos, abriendo a paso a la interrogante de si es posible que ambos convivan de manera pacífica en un ordenamiento jurídico como el nuestro y si efectivamente la tensión sobrevive. A lo largo de la historia de la dogmática penal, se ha buscado explicar de manera excluyente la manifestación del *ius puniendi* estatal a través de la sanción penal, por una de las dos teorías, sin embargo, la realidad ha demostrado que ambas deben convivir y dialogar permanentemente, limitándose materialmente una a la otra. En este mismo sentido, Manuel Durán Migliardi señala:

“La pregunta acerca del sentido de la pena estatal se plantea como *nueva* en todas las épocas. En efecto, este tema no trata sólo de un problema teórico, ni de vanas reflexiones sobre el sentido de ésta o aquella manifestación de la vida, sino de un tema de acuciante actualidad práctica, sobre todo en nuestra realidad Latinoamericana.”¹

1. LOS DOS GRANDES PARADIGMAS DEL DERECHO PENAL

Diego Manuel Luzón Peña, al hablar de las penas, medidas de seguridad y consecuencias accesorias, se refiere a la pena como la forma de reacción jurídica frente al delito. Más detalladamente, las configura de la siguiente manera:

¹ DURÁN, Manuel. “Justificación y legitimación político criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200001> [consulta: 09 de agosto de 2016], p.267.

“Consiste en una privación o restricción de derechos, de bienes jurídicos, aplicada obligatoria y si es preciso, coercitivamente al delincuente, es decir, un mal que se le impone (...) Pero además, la sanción penal, es en principio, no un mal cualquiera, sino la forma más grave de reacción de que dispone el ordenamiento jurídico; es por tanto, una privación o restricción especialmente dura de los bienes jurídicos más importantes.”²

Para entender el Derecho Penal en su total dimensión, no basta sólo determinar el concepto de pena, lo que sigue, necesariamente, es determinar cómo se justifica la intromisión del Estado, a través de ella, en la esfera de libertades de cada individuo, luego de la comisión del delito. Para Roxin, esta interrogante se plantea de manera constante:

“¿Cómo y bajo qué presupuestos puede justificarse que el grupo de hombres asociados en el Estado prive de libertad a alguno de sus miembros o intervenga de otro modo, conformando su vida, en su existencia social? Es ésta una pregunta acerca de la legitimación y los límites de la fuerza estatal.”³

Mario Durán Migliardi, se refiere a la importancia de responder esta pregunta, en los siguientes términos:

“De este modo, la justificación, la idea de la función y del fin, ha sido el motor que ha movido a la humanidad a buscar *la teoría* que justifique la causación del mal que implica la pena penal, puesto que, como bien se señala, "de ello depende, en definitiva, el sentido y la tarea del Derecho penal.”⁴

² LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. “Curso de Derecho Penal Parte General I. Universitas”, Madrid, p. 54.

³ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal. Reus”. Madrid, p. 11.

⁴ DURÁN, Manuel. “Justificación y legitimación político criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200001> [consulta: 09 de agosto de 2016].

Para responder esta interrogante, es que la dogmática se ha escindido en dos grandes grupos, que buscan justificar el fenómeno de la pena, desde sus diversas concepciones políticas, filosóficas, ideológicas e incluso religiosas. Por una parte, tenemos las teorías absolutas y por otra, las teorías relativas de justificación de la pena, o también llamadas, teorías de la retribución y de la prevención respectivamente. En el segundo grupo podemos distinguir teorías de prevención general y especial y estas tienen a su vez una doble vertiente: positiva y negativa.

1.1 Teorías de la Prevención.

Las teorías de la prevención, en el marco de las llamadas teorías relativas, configuran la pena como un medio para conseguir fines diversos a través de su aplicación. Se legitima a través de la finalidad que tenga. A grandes rasgos, estos fines podrían resumirse en evitar la comisión de futuros delitos, ya sea por parte del delincuente específico o bien actuando con este efecto disuasivo sobre la colectividad completa. En el primer caso hablamos de prevención especial y en el segundo, de prevención general.

Este entendimiento de la función de la pena no ha estado exento de críticas. Esto toda vez que Kant y Hegel, exponentes de primera línea del retribucionismo, polemizaron con la teoría relativista que predominaba en sus tiempos, criticando fundamentalmente que el sujeto condenado pasaba a ser ocupado como un medio para la consecución de un fin.

“... a la que precisamente reprochaba Hegel que trataba al condenado como a un perro con un palo, en lugar de respetar su honor y su libertad. Y a la que también Kant criticaba el hecho de que el condenado pudiera ser utilizado como un simple medio de las intenciones de otro y mezclado con los objetos del Derecho patrimonial, tanto si la pena se imponía en su beneficio, como en el de otro.”⁵

⁵ DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009> [consulta: 10 de enero de 2016].

Junto con la utilización del condenado como un medio para la consecución de uno o varios fines, la retribución reprocha a la prevención que lo que debe buscar garantizarse a través de la imposición de la pena es la justicia y no estabilizar, por ejemplo, las expectativas normativas de los ciudadanos para salvaguardar la sociedad en su conjunto.

En lo que respecta a la prevención especial, que busca disuadir la comisión de futuros delitos por parte del autor del delito, Roxin señala que no otorga límite al contenido del ius puniendi estatal y tampoco entrega criterios de delimitación temporal. Se perderían así, dicen los defensores de la retribución, los criterios que permitan garantizar los derechos del sujeto en un proceso donde caerá sobre él toda la fuerza de la potestad punitiva del Estado, abriendo paso a eventuales arbitrariedades. Esto sería así, porque el único objetivo que se tendría en vista sería el de prevenir la actividad delictual futura, olvidando graduar la gravedad del hecho calificado como injusto y la proporcionalidad de la pena que le corresponde, dejando un espacio demasiado abierto para la acción estatal, que carece de criterios como la gravedad y la proporcionalidad.

“La idea de prevención especial tampoco posibilita delimitación temporal alguna de la intervención estatal mediante penas fijas, sino que consecuentemente debería perseguir un tratamiento hasta que se dé la definitiva corrección, incluso aunque su duración sea indefinido.”⁶

Otra de las críticas clásicas que se le hacen a la prevención especial, desde la retribución, es la consecuencia teórica que debería extraerse en los casos de los delitos sin peligro de repetición, o de delitos que han sido cometido en situaciones en extremo especiales o por motivos irrepetibles. ¿Esta circunstancia implica que no deba imponerse pena alguna?, ¿cómo se salva la objeción de la impunidad? Enrique Cury reproduce esta crítica que se le formula a la prevención especial, con el siguiente ejemplo:

⁶ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Reus, S.A (1976), p. 16.

“Cuando un delincuente especializado en robos con escalamiento cae de un muro y queda inválido después de cometer muchos de esos delitos, resultaría absurdo someterlo a una pena resocializadora, pues, atendidas las circunstancias ya no podría reincidir en los hechos punibles que solía perpetrar. Como ejemplo espectacular se cita el de los grandes criminales de guerra nacionalsocialistas. Cuando ellos lograron eludir en principio la persecución penal, se transformaron en pacíficos e inofensivos ciudadanos, y como, por otra parte, no existía posibilidad de que recuperaran el poder y pudieran cometer otra vez las atrocidades de que los acusaba, era injustificado imponerles una sanción resocializadora que ya resultaba inútil”⁷

Roxin agrega una tercera consideración que se dirige directamente contra la corrección. No obstante, admite que:

“... es cierto que la idea de la corrección indica un fin de la pena, pero de ningún modo que contenga en sí misma la justificación de ese fin, como creen la mayoría de los partidarios de esta teoría.”⁸

Se refiere a la circunstancia de que el Estado intervenga en la esfera de la voluntad de los sujetos, cuando siente que tiene derecho a hacerlo, arrogándose el derecho a educar y someter a una persona a un tratamiento resocializador en contra de su voluntad. Autores de tendencias más radicales han expresado esto en términos de configurar a esta teoría de la prevención especial como un arma de los sectores dominantes para que quienes se rebelan contra el orden de la sociedad organizada por los mismos, sirvan a sus intereses, “resocializándolos” para obtener la adhesión a su modelo de sociedad.

“Desde ese punto de vista la teoría de la prevención especial aparece como un instrumento ingenioso elaborado por la burguesía emergente de la revolución industrial para perpetuar su poder hegemónico. Los valores que se intenta reforzar con ellos son aquellos en los cuales la clase privilegiada asienta su dominio sobre las mayorías sojuzgadas. La crítica, alcanza, así a los objetivos de la resocialización; por lo menos en el contexto de la sociedad capitalista burguesa,

⁷ CURY, Enrique. “La prevención especial como límite de la pena.” p. 687.

⁸ ROXIN Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal. Reus. Madrid.” p. 16.

pues la mayoría de los que sostienen este criterio abrigan la esperanza de que un cambio radical en las relaciones de producción permitiría encontrar el camino hacia la socialización auténtica de los hombres.”⁹

Por su parte, la prevención general tampoco ha estado exenta de críticas a lo largo de su desarrollo. Roxin las expresa de la siguiente manera:

“La teoría de la prevención general, por tanto, está expuesta a similares objeciones de principio que las otras dos: Ni puede fundamentar el ius puniendi estatal en sus presupuestos ni limitarlo en sus consecuencias; es discutible, políticocriminalmente y carece de legitimación que concuerde con los fundamentos del ordenamiento jurídico”¹⁰

Al no establecer qué comportamientos pueden ser intimidados con la aplicación de una sanción penal estatal, no aclara el ámbito de lo punible, lo que se suma, dice Roxin, a que la prevención general tiene una tendencia al terror estatal:

“Pues quien quiere intimidar mediante la pena, tenderá a reforzar ese efecto castigando tan duramente como sea posible.”¹¹

Si de los efectos de la pena, entendida de manera preventivo general se trata, debemos preguntarnos si éstos se cumplen en la totalidad de la comunidad que se busca disuadir en el desarrollo de la actividad delictual. Los delincuentes profesionales o los “impulsivos ocasionales” como los denomina Roxin, ¿se ven amedrentados por la amenaza de la imposición de una pena, por dura que esta sea? Para resumir esta objeción, expresa que cada delito, por el hecho de existir es una prueba de la falta de eficacia de la prevención general. Ni siquiera las cruentas penas de siglos anteriores han logrado combatir la cuestión y otorgar un disuasivo de entidad sublime para atacar las manifestaciones delictuales más graves.

⁹ CURY, Enrique. “La prevención especial como límite de la pena.” p. 689.

¹⁰ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal. Reus” Madrid, p. 19

¹¹ *Ibidem*, p.18.

En una teoría preventivo general, que busca evitar la comisión futura de delitos por parte de la comunidad toda, no se usaría al sujeto, dicen los críticos, sólo como un medio para la obtención de un fin diverso como este, sino que además y lo que es aún peor, se castiga al individuo tomando en consideración a los otros.

“Aun cuando fuera eficaz la intimidación, es difícil comprender cómo puede ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan cometer un mal”¹²

No obstante estas críticas, han sido muchos los autores que han formulado y reformulado las teorías de la prevención.

Santiago Mir Puig, al referirse al Estado social y democrático de Derecho, hace referencia a cómo la pena fue utilizada por el Estado Social y el Estado Liberal y cómo debe articularse la pena en un Estado social y democrático como el actual.

“El ejercicio del ius puniendi en un Estado democrático no puede arrumbar las garantías propias del Estado de Derecho, esto es, las que giran en torno al principio de legalidad. Pero, al mismo tiempo, debe añadir nuevos cometidos que vayan más allá del ámbito de las garantías puramente formales y aseguren un servicio real a todos los ciudadanos.”¹³

Mir Puig es claro al referirse a los fines preventivos que debe tener la pena en un Estado social y democrático, lo hace patente cuando expresa que no puede renunciarse a la misión de “incidir activamente en la lucha contra la delincuencia.”¹⁴ Es más, para alcanzar dicho objetivo señala algunas formas para su consecución, entre ellas la tendencia a la prevención de delito.

¹² Ídem.

¹³ MIR PUIG, Santiago. “Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho”, Casa. Barcelona, P. 29.

¹⁴ Ídem.

Jakobs, como representante de la teoría de la prevención general positiva, concibe a la infracción normativa como una desautorización de la norma que da lugar a un conflicto social en la medida que pone en entredicho la vigencia de la norma como un modelo de orientación para la acción. Así, la pena es la réplica ante la infracción de la norma, ejecutada a costa de su infractor.¹⁵ Para él la función de la pena consiste en estabilizar la expectativa normativa que los ciudadanos que practican la fidelidad al Derecho pueden tener puesta en la vigencia de la norma quebrantada por quien delinque. En el momento en que castigamos al autor de un delito, se confirma la vigencia de la norma quebrantada. De esta forma es posible que se mantenga la expectativa en la observancia de la norma, aún cuando en el caso particular ésta ya fue quebrantada. Así, la pena ayuda a la mantención de la norma como un motivo de orientación de conducta idóneo¹⁶.

“Sin el conocimiento necesario para orientarse en el mundo nadie puede vivir metódicamente; el esforzarse suficientemente por conseguir este conocimiento viene ya garantizado por el hecho de que en caso contrario amenaza producirse un fracaso vital como poena naturalis. A la disposición de observar la norma le falta una garantía <<natural>> de ese tipo; tal es el motivo de que sea necesaria una pena.”¹⁷

Por su parte Feuerbach, representante de la teoría de prevención general negativa, sostuvo que las contravenciones a la ley estaban motivadas por el apetito del hombre que se ve impulsado a la comisión de delitos por el placer en la acción. Siendo así, el Estado debe intervenir de manera que la amenaza de la pena tuviera una función disuasiva, en el sentido de que aquél individuo que tuviera tendencias a comportarse de una manera contraria a derecho se viera impedido psicológicamente de motivarse según dichas tendencias al verse expuesto a la amenaza de un mal mayor. En ese sentido se hacía necesaria una descripción exacta del hecho

¹⁵ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General, Marcial Pons, Madrid.”, 1997, p. 13.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 9-19.

¹⁷ *Ibidem*, p. 11

y la pena y, además, la efectividad de la ejecución que permitiera comprobar la efectividad de la amenaza.¹⁸

Se ha objetado a dicha teoría, que en último término conduciría a elevar las penas de manera indefinida, por cuanto cada instancia de transgresión de la norma es una demostración empírica de que la amenaza no es lo suficientemente grave como para motivar a los individuos a adecuar su comportamiento al Derecho y por tanto pondría en evidencia la necesidad de una pena más severa. Por lo mismo, se ha señalado que una teoría como esta necesita de límites que resultan externos a la lógica de la prevención, como la culpabilidad del autor.¹⁹

Por otro lado, al tomar como finalidad de la imposición de una pena la búsqueda de inhibir al autor con respecto a la comisión de delitos futuros, estamos bajo el paradigma de la prevención especial. Bajo una teoría de prevención especial positiva, se asigna a la pena una función positiva, no intimidante ni inoportunadora como sería el caso de una teoría de prevención negativa.

La idea de la prevención especial aparece con fuerza de la mano de Franz von Liszt, padre de la escuela moderna con su famoso Programa de Marburgo de 1882.

“Con su obra von Liszt volvió a situar el Derecho Penal en conexión con una política jurídica inspirada en criterios racionales en que la idea del fin debería ser la verdadera base del progreso jurídico y donde la política criminal constituye una rama orgánica de la política social.”²⁰

Una de sus reflexiones principales dice relación con la pregunta de por qué se imponen penas, ante lo cual su respuesta fue que éstas se imponen y ejecutan para evitar delitos futuros por parte de aquella persona que manifiesta disposiciones favorables a delinquir. Lo que el

¹⁸ *Ibíd.*, p. 26.

¹⁹ BACIGALUPO, Enrique. “Manual de Derecho Penal.” Temis, (1996), p. 14.

²⁰ DURÁN, Manuel. “Prevención Especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y fundamentación de la Pena”, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 13, Gendarmería de Chile, (2008), p. 63.

individuo hace es expresivo de sus disposiciones de comportamiento, tratándose entonces de detectar cuáles son estas disposiciones para utilizar la estrategia preventivamente más eficaz a su respecto. De esta manera la función de la pena se puede caracterizar de la siguiente forma:

- i. `Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella.
- ii. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección.
- iii. Inocuidación del delincuente no susceptible de corrección’²¹

Como señala Jakobs, esta variante de las teorías de la prevención toma al delito como un síntoma de la disposición a cometer delitos futuros del propio autor. En ese sentido, la validez de la norma no se ve atacada o puesta en entredicho, por cuanto es el autor quien es visto como un “otro”, necesitado de ayuda. Por estas razones es que dichas teorías han tenido tanto éxito en el mundo del derecho penal juvenil, por cuanto es justamente en esta área donde dicho planteamiento puede tener más asidero.²²

Un elemento central de la prevención especial positiva es el principio de resocialización. Según Mario Durán Migliardi, el sujeto, en este caso el delincuente, debe ser la base del contenido de la respuesta del sistema penal.

“Así, para cumplir con este objetivo, el Estado democrático debe imponer una concepción resocializadora de la ejecución de la pena, en especial de la pena privativa de libertad, que tienda a crear en el condenado posibilidades de participación en los sistemas sociales, ofreciendo alternativas al comportamiento criminal. De igual forma, para alcanzar la meta democrática, la concepción resocializadora de la ejecución de la pena no debería imponerse al condenado sin

²¹ Citado por JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General”, Marcial Pons, Madrid. 1997. P. 29.

²² *Ibidem*, p. 30.

contar con su participación, sino que debería constituir el producto de un permanente diálogo entre el Estado y el condenado”²³

1.2 Teorías de la retribución.

Para referirnos a la ley 18.216 en el marco del paradigma de la retribución, es necesario acotar el análisis al entendimiento que se tiene de la pena, desde una perspectiva como ésta. Esto es, entenderla no como un medio para obtener un fin útil, cualquiera sea éste, sino como un ente capaz de retribuir, o compensar la culpabilidad del autor a través de su imposición.

“Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es independiente, “desvinculado” de su efecto social (lat. absolutus = desvinculado).”²⁴

De acuerdo a la teoría de la retribución el sentido de la pena radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, de esta manera el sentido de la imposición de la pena no se encuentra sometido a la búsqueda de fines ulteriores, sino que lleva consigo la realización de la idea de justicia. De esta manera la pena lleva en sí misma su fin.²⁵ Su carácter absoluto se expresa en que ésta debe ser “porque debe imperar la justicia.” Por esto mismo, la teoría retributiva guarda estrecha relación con el principio de proporcionalidad:

“...dado que la culpabilidad aquí no solo es el fundamento de la pena sino también su medida. De forma tal que el castigo penal no puede, por principio, exceder la intensidad del reproche.”²⁶

²³ DURÁN, Manuel. “Prevención Especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y fundamentación de la Pena”, en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 13, Gendarmería de Chile, (2008), p. 68.

²⁴ ROXIN, Claus. “Derecho Penal Parte General”, tomo I (1997), p. 82.

²⁵ ROXIN, Claus. “Sentido y Límites de la pena estatal”, en del mismo, Problemas básicos del Derecho Penal, Reus, Madrid. p. 12.

²⁶ DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009> [consulta: 10 de enero de 2016]

Hay que tener en consideración que el surgimiento de teorías de esta raigambre dice relación con la reacción en contra de las posicionadas teorías preventivas. Mario Durán lo considera como:

“...una reacción ideológica centrada en la revaloración del hombre -como tal y en sí mismo-y en la preocupación por la dignidad del condenado, frente a los abusos del antiguo régimen, de los primeros revolucionarios burgueses y en contra de las concepciones utilitaristas de la pena, muchas de ellas fundadas en el contrato social, propuestas por los penalistas de la Ilustración.”²⁷

Este entendimiento de la justificación de la pena ha sido revisado de manera crítica por algunos autores, entre ellos Roxin, que agrupa sus críticas en tres objeciones fundamentales que para él pueden resumirse en una frase:

“La teoría de la expiación no nos puede servir, porque deja sin aclarar los presupuestos de la punibilidad, porque no están comprobados sus fundamentos y porque, como conocimiento de fe irracional y además impugnable, no es vinculante.”²⁸

Por una parte, una teoría de esta raigambre, dice Roxin, “presupone ya la necesidad de la pena, que debería fundamentar”²⁹. De esta manera no se traza límite al contenido de la potestad estatal para aplicar una sanción penal en cuanto da pase libre al legislador para que cualquier conducta que cumpla con los criterios de imputación, sea sancionada.

“La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto cuándo se tiene que penar, sino que dice tan sólo: <<Si imponéis- con los criterios que sea- una pena, con ella tenéis que retribuir un delito>>. Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo qué presupuestos la culpabilidad humana autoriza al Estado a castigar.”³⁰

²⁷ DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009> [consulta: 10 de enero de 2016]

²⁸ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Reus, S.A (1976), p. 14.

²⁹ *Ibidem*, p. 12.

³⁰ *Ibidem*, p. 13.

En segundo lugar, el libre albedrío del hombre, como presupuesto necesario de la culpabilidad que se desea compensar, constituye un presupuesto empíricamente indemostrable, lo que hace insatisfactorio el entendimiento del mal penal como retribución del delito. Incluso si se afirma la libertad del hombre, no se está contestando a la interrogante de si el sujeto habría obrado diferente.³¹ No es posible contestar esta pregunta con certeza científica porque no hay algo así como una determinación biológica del hombre que nos permita conocer los procesos micro físicos del cerebro.

“Más aún, al partir de este supuesto indemostrable, las teorías absolutas además desconocen que la conducta humana está condicionada, o puede estarlo, por una serie de factores sociales, económicos y culturales ajenos a su supuesta facultad para distinguir entre el bien y el mal”³²

En tercer término, incluso atender a una teoría de la expiación a través de la sanción penal, es objetable ya que implica para Roxin, un acto de fe, en el sentido de que es incomprensible que un mal, configurado por el delito cometido, sea “borrado” con la imposición de otro mal, que en este caso sería la pena. Acto de fe que no puede ser oponible a nadie de manera obligatoria, por lo tanto, pierde toda fuerza para fundamentar el ejercicio del ius puniendi estatal a través de la imposición de la pena. Más bien se trata de una supresión del mal puramente ficticia, porque en realidad, el mal de la pena se suma al delito.³³ De esta manera no es verificable que la imposición de la sanción permita compensar la lesión que generó la comisión del delito.

“Ciertamente está claro que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humano, del que ha surgido históricamente la pena...”³⁴

³¹ Ídem.

³² DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009> [consulta: 10 de enero de 2016]

³³ BACIGALUPO, Enrique. “Manual de Derecho Penal parte general.”, Editorial Temis S.A, Santa Fe de Bogotá, 1996, p. 13.

³⁴ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal.” Reus, Madrid, p. 14.

Por otra parte, desde la vereda de la prevención, es objetable a estas teorías retributivas, el hecho de que abandonen la posibilidad de que la pena envuelva en su aplicación, alguna conexión con la política criminal.

“... se renuncia, desde ya y por definición, a la utilización de la pena como instrumento de política criminal destinado a la consecución, por ejemplo, de finalidades de utilidad social. Sacrificándose con ello los principio de necesidad de la pena y de proporcionalidad.”³⁵

Habiendo expuesto las críticas a la retribución, es menester explicar la configuración que hacen de la pena y sus fundamentos legitimadores, aquellos autores que defienden las teorías absolutas.

Las definiciones entregadas por Kant y Hegel en la materia han sido clave en la configuración de esta concepción, ejerciendo gran influencia a lo largo de la historia. Para Kant la única justificación válida de la punición es la circunstancia de que el condenado ha delinuido, la decisión de si su conducta resulta punible o no, es anterior a la pregunta acerca de si la imposición de la pena pudiese tener externalidades positivas para la sociedad y las consideraciones utilitaristas a este respecto no resultan pertinentes. Según su concepción, la punición tiene un carácter incondicionado como exigencia de justicia, lo que se ve reflejado cuando señala:

‘Incluso aunque la sociedad civil con todos sus miembros acordara disolverse, tendría que ser ejecutado antes el último asesino que se hallara en la cárcel, para que cada uno sufra lo que sus hechos merecen, y para que no pese la culpa de la sangre sobre el pueblo que no ha insistido en su castigo.’³⁶

³⁵ DURÁN, Mario. “Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual.” [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009> [consulta: 10 de enero de 2016]

³⁶ Citado por ROXIN, Claus. En: “Sentido y límites de la pena estatal”, en del mismo, Problemas básicos del Derecho Penal, Reus, Madrid, p. 12.

El problema fundamental que se encuentra en la concepción de la pena sostenida por Kant está en su articulación del principio del Talión, ya que asume que la balanza en la que sopesamos el crimen y la pena, la magnitud y naturaleza de ésta última como respuesta justa al delito dependería de la configuración empírica del crimen. Si bien hay casos en los que se encuentra dispuesto a renunciar a dicho estándar, por ejemplo, en el caso de violación, sigue siendo el principio que funciona por defecto de acuerdo a sus planteamientos.

Respecto del último punto Hegel representa un salto, por cuanto en la concepción hegeliana esta relación de equivalencia pasa a ser entendida como una relación semántica, es decir, la equivalencia que de acuerdo a las exigencias de la justicia retributiva ha de existir entre el delito cometido y la pena a ser impuesta por el aparato estatal, es una posible de detectar sólo a nivel del significado de ese crimen y esa pena. Sostener esto supone entender que el delito es una declaración de voluntad, de manera que su autor al cometerlo está expresando algo. Hegel concibe al hecho punible como una vulneración del Derecho, en el sentido de su negación y la pena es la cancelación de la cancelación del Derecho por la vía de su restablecimiento, acto en el cual además se reafirma la pretensión de vigencia de éste. Desde el punto de vista del Derecho, el crimen representa sólo negatividad y lo que hace el Derecho al cancelar el crimen, es demostrar esa negatividad o nulidad al demostrarse capaz de restablecerse a sí mismo.

“El delito es aniquilado, negado, expiado por el sufrimiento de la pena, que de ese modo restablece el Derecho lesionado.”³⁷

De acuerdo a lo planteado por Hegel, resulta relevante que el delito no puede ser comprendido como un acto explícitamente performativo por su estructura esencialmente institucional, eso es de suma relevancia por cuanto la pena, como respuesta semánticamente adecuada al delito, tampoco puede asumir la forma de un acto explícitamente performativo y esto es lo que explica, de acuerdo a Hegel, que la pena deba consistir en la irrogación de un mal al autor. El

³⁷ ROXIN, Claus. “Problemas Básicos del Derecho Penal”. Reus, S.A (1976), p. 12

Derecho tiene que mostrar el juicio de reproche, satisfaciendo una necesidad de objetivación. De esta manera, una concepción como la hegeliana de la pena retributiva, nos lleva a favorecer una concepción del principio de proporcionalidad como uno de proporcionalidad relativa, es decir, dentro de la escala de penas efectivamente previstas por el Derecho, debemos aplicar a los delitos considerados de mayor gravedad, las penas consideradas más graves, no ya en términos de una equivalencia material, como consideraba Kant, sino desde su significado. Así para el autor, en sociedades ya consolidadas puede rebajarse la medida de la pena, ya que en ellas es menor la peligrosidad de la acción para la seguridad de la sociedad.³⁸ De esta manera como señala Jakobs:

“En Hegel la pena es absoluta en lo conceptual, pero en su concreta configuración es relativa al respectivo estado de la sociedad.”³⁹

Juan Pablo Mañalich, tomando como base los planteamientos de Kant, Hegel y Binding, nos propone una comprensión de la pena jurídica como coacción retributiva, cuyo tono distintivo está dado porque la prestación realizada no cuenta como cumplimiento del deber originario, sino como subrogación de su incumplimiento, en el sentido de un deber del autor de tolerar la prestación retributiva.⁴⁰ Así, de acuerdo a lo señalado por Hegel el delito es la cancelación del Derecho y la retribución el restablecimiento de la validez del Derecho por medio de la cancelación de su propia cancelación y, como el delito es coacción, su cancelación también ha de ser necesariamente coercitiva.

Tomando esto como punto de partida, Mañalich plantea que el análisis que Binding aporta sobre la posición de la pena como modalidad específica de coacción jurídica, nos puede guiar en la comprensión del modo en que la coacción retributiva se hace jurídicamente operativa, destacando que la retribución al autor por el hecho culpable y el restablecimiento del Derecho,

³⁸ JAKOBS, Günther. “Derecho Penal Parte General”, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 23.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ MAÑALICH, Juan Pablo. “Retribución como Coacción Punitiva”, Derecho y Humanidades 16, vol. I (2010), pp.49-67.

no pueden ser entendidos como dos momentos distintos, sino que se identifican. En ese sentido, la reafirmación de la vigencia de la norma infringida por el autor deja de ser entendida como el fin ulterior de la imposición de sanción penal, de manera que éste deja de ser visto como un medio para alcanzar dichos fines, ya que como Mañalich señala:

“... el restablecimiento de la norma quebrantada es, antes bien, lo que la punición realiza por sí misma. Por eso Binding podía sostener, categóricamente, que el fin de la pena, entendido como restablecimiento de la autoridad del derecho mediante la retribución del hecho culpable, es necesariamente alcanzado con la ejecución de la pena, de modo que no puede haber fin de la pena alguno que trascienda su ejecución”.⁴¹

La concepción planteada por Mañalich, de esta forma, entrega herramientas para analizar de una manera crítica las diversas concepciones prevencionistas de la pena, como también relativizar la conexión tradicionalmente propuesta entre retribución y deontología.⁴² Así, en una comprensión de la pena como una expresión de reproche por un comportamiento incorrecto que resulta imputable como acción culpable, ésta no puede ser entendida como un medio para la consecución de fines ulteriores, como la prevención de delitos futuros, ya sea de la sociedad en general o del individuo en sí, de manera que la pena se justifica por el sólo hecho de que dicho reproche es merecido.

En esos términos, tendríamos que problematizar si acaso las penas previstas por la ley 18.216 cumplen o no con esta finalidad de expresar un reproche por un comportamiento incorrecto que resulta imputable como acción culpable y si acaso esa expresión de reproche resulta adecuada a la envergadura del delito cometido, pues si abandonamos la idea de que la pena pueda ser justificada desde una vereda prevencionista, aceptando la tesis planteada por Mañalich de la irrelevancia punitiva de la prevención, por cuanto las teorías prevencionistas resultan incapaces de explicar en qué medida el delito puede constituirse en un *presupuesto*

⁴¹ *Ibíd.*, pp. 65-66.

⁴² *Ibíd.*, pp. 49-67.

necesario de la imposición de la pena, sin pasar a constituir su *razón jurídica*⁴³, nos quedamos con la pregunta de si acaso una ley como esta, con sus respectivas penas sustitutivas, puede justificarse en términos puramente retributivos.

2. LA EVOLUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DE LA SANCIÓN PENAL Y SU APLICACIÓN EN LAS POLÍTICAS CRIMINALES.

Un análisis histórico de la pena y la comprensión de la potestad punitiva del Estado permite ver la inmensa variación que ésta ha tenido a lo largo de cada período de la historia. En sus inicios la pena era entendida como una reacción o “venganza” privada de la víctima, cuyo tono distintivo estaba dado por la crueldad permitida y socialmente aceptada en cuanto a la materialización, en términos corporales, de los castigos como consecuencia de la comisión de un delito. Así, podemos ver un largo período de la historia donde las penas más frecuentemente utilizadas eran las penas de muerte, mutilaciones, azotes, así como también las penas privativas de libertad, siendo las penas patrimoniales consideradas como menos duras.

Durante el período antiguo, si bien no existió un desarrollo por parte de juristas respecto de las teorías de la pena, sí podemos reconocer opiniones como las de Platón y Séneca quien señalaba, acercándose a las ideas preventivas, que el delincuente debe ser castigado no porque haya pecado, sino para que no peque. En la concepción de Platón la pena era una medicina para el alma.

En la Edad Media, por su parte, la pena asume el carácter de expiación. Durante este período, con el surgimiento de los glosadores y los prácticos en Europa, aparecen ideas como las de Alfonso de Castro, quien distinguía entre los fines de la pena en dos momentos: el de amenaza, encaminado a la prevención de delitos en base al temor y el de ejecución, que se enfoca en aquél individuo que ha delinquido, para que conozca el mal que causó y se aparte del pecado y

⁴³ *Ibídem*, p. 56.

provocar un efecto disuasivo respecto del resto de la sociedad. De acuerdo a sus planteamientos, el legislador era el encargado de determinar las penas aplicables, cuidando que no sean atroces y otorgando poderes al juez para ajustar la pena a las circunstancias particulares que rodearon la comisión del delito.⁴⁴

El fin de la ley penal en este contexto era eminentemente represivo, esto por la creencia de la autoridad de que el único modo eficaz para combatir el fenómeno de la delincuencia era a través de penas represivas e intimidatorias, que anularan la intención de delinquir mediante un sistema marcado por la falta de proporcionalidad de las penas, arbitrio judicial en su imposición y la publicidad y rapidez en su ejecución. ⁴⁵El Derecho Penal vigente a partir del siglo XIII, se basaba en una fuerte conexión con la teología, identificación de los conceptos de delito y pecado, el fundamento divino del poder del monarca y en la existencia de un proceso inquisitivo.

Con la influencia del cristianismo y la acción de la Iglesia católica y sus principios humanitarios, diversas voces se alzaron en España, Francia e Inglaterra como respuesta ante los tratos vejatorios e inhumanos del sistema penal del antiguo régimen. Estas ideas llegarían a su punto culmine en el siglo XVIII, cuando diversos autores como Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Diderot, D'Alembert, Holbach, Helvetius, Kant y Filangieri, entre otros, cimentaron las bases sobre las cuales surgirían con fuerza las ideas de reforma. ⁴⁶

En este ambiente de nuevas ideas, Beccaria sería la voz que por medio de su obra *“Los delitos y las penas”* difundió estos planteamientos de reformismo que ya diversos autores venían proclamando. Defendió la necesidad de limitación a la potestad punitiva del Estado en base a la justicia y la utilidad pública y así la pena privativa de libertad vino a sustituir estas distintas

⁴⁴ NOVOA, Eduardo. *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, 2 tomos, 3a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005. p. 74.

⁴⁵ MATEOS, José Francisco. *“Las penas en el antiguo régimen español”*, Trabajo de Grado en Derecho, 2014, p. 19.

⁴⁶NOVOA, Eduardo. *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, 2 tomos, 3a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Pp. 75-76

formas de castigos que pasaron a ser entendidos como inhumanos y degradantes. Beccaria afirmó que:

“la impunidad misma nace de la atrocidad de los castigos. Los hombres están reclusos entre ciertos límites, tanto en el bien como en el mal; y un espectáculo muy atroz para la humanidad podrá ser un furor pasajero, pero nunca un sistema constante, cual deben ser las leyes, que si verdaderamente son crueles, o se mudan, o la impunidad fatal nace de ellas mismas.”⁴⁷

Influenciado por los principios humanitarios iluministas planteó la negación de la práctica de la tortura, así como el abandono de prácticas propias del sistema inquisitivo, mediante la exigencia de resguardar los derechos del imputado a través de un juez obediente a la ley.⁴⁸ De esta forma Beccaria, entregó una mirada completamente distinta a la que se venía dando al plantear que no es la crueldad de una pena, lo que inhibe al potencial delincuyente, sino más bien la infalibilidad de éstas. Así, señaló que mientras exista certeza del castigo, existirá siempre mayor temor por parte del individuo de verse expuesto a éste de manera inexorable, mayor incluso que el temor a un castigo más terrible pero que lleva aparejada la posibilidad de impunidad,

“...porque los males, aunque pequeños, cuando son ciertos amedrentan siempre los ánimos de los hombres”⁴⁹

Estos planteamientos, abrieron el espacio para que surgieran voces que comenzaron a cuestionar la eficacia del sistema penal en los términos que hasta ese momento se concebía y comenzaron a abogar por la necesidad de otorgar un cariz más humano al tratamiento de los delincuentes y de reconocerles un catálogo de garantías antes impensadas. Comenzaría un proceso de desaparición del espectáculo punitivo que en adelante pasaría a estar en la sombra,

⁴⁷ BECCARIA, Cesare. “De los delitos y las penas”, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, (orig: 1764), p.273.

⁴⁸ BARATTA, Alejandro. “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, introducción a la sociología jurídico penal”, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004. p. 26.

⁴⁹ BECCARIA, Cesare. “De los delitos y las penas. Fondo de Cultura Económica”, México, 2000, (orig: 1764), p.271.

por cuanto la idea de estos rituales pasaría a estar íntimamente conectada con la idea misma de delito, dejando en una posición equivalente al delincuente y a su verdugo o al mismo juez. De esta forma, desaparece el espectáculo de la pena física sobre el cuerpo del delincuente y la pena pasa a estar en la sombra del recinto penitenciario. Como bien resalta Foucault, el castigo ya no era sobre el cuerpo del delincuente sino sobre el alma (principio señalado por Mably) y el foco se pone en la certidumbre del castigo, que reemplaza a la crueldad como efecto disuasivo.⁵⁰

En esta misma línea, en Inglaterra John Howard viajó recorriendo las distintas cárceles de Europa, pudiendo presenciar las condiciones inhumanas y degradantes a que se encontraban expuestos los reos, cuestión que lo motivaría a buscar una solución a dichos problemas y a apuntar a un mejoramiento del sistema carcelario general, planteamientos que compartiría en 1777 en su libro: *El Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales*. Sus ideas fueron difundidas constituyendo los principios de una verdadera reforma carcelaria.⁵¹

Howard realiza una crítica a los castigos y torturas, a las condiciones de alimentación, salud, disciplina, reglamentos, administración e infraestructura de las cárceles, causando un gran impacto ya que no sólo se preocupa de constatar las condiciones inhumanas a las que se veían enfrentados los reos sino que además, propone lineamientos generales para la estructura y administración de las prisiones del porvenir, con el fin de aliviar las miserias de quienes se encuentran reclusos y mejorar así sus posibilidades de reinserción.⁵²

Las ideas difundidas por los impulsores de la reforma generarían un vuelco en el Derecho Penal, que en adelante intentaría adoptar nuevas fórmulas de respeto al catálogo de garantías -también introducido con la reforma- reconocidas al delincuente.

⁵⁰ FOUCAULT, Michel. "Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión", siglo XXI, Madrid 1976. p.18.

⁵¹ HOWARD, John. "El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales", Fondo de Cultura Económico, México, 2003.

⁵² CARO, Felipe. "John Howard y su influencia en la Reforma Penitenciaria Europea de finales del siglo XVIII." Revista Eguzkilore, N° 27, San Sebastián, 2013. p. 154 a 160.

Durante el llamado período científico del Derecho Penal, que comienza con las ideas difundidas por grandes filósofos como Kant, Hegel, Romagnosi, Bentham y Feuerbach, entre otros, se comienza a profundizar científicamente respecto al delincuente, intentando realizar un estudio acabado acerca de la personalidad del sujeto y el porqué del delito, para así poder determinar la fórmula adecuada para su readaptación y evitar la comisión de delitos futuros. Durante este período, Bentham entregaría una justificación utilitarista de la teoría de la pena enfocada en la prevención general de delitos y Feuerbach, por su parte, sostendría una teoría de la prevención por medio de la coacción psicológica.⁵³

En 1859, Francesco Carrara, padre de la concepción jurídica del Derecho Penal, con su obra *“Programa del Curso de Derecho Criminal”* expondría que, según su concepción, la pena constituye un mal que restablece el orden externo de la sociedad conmovido por el delito y cuyo resultado es el aterrorizamiento de los malos y la tranquilidad de los buenos. Hizo una distinción tajante entre delito y pecado, como manera de superar a las antiguas concepciones que marcaron la época que le antecedió. De esta forma, como señala Novoa:

“La ciencia del Derecho Criminal queda reconocida como un orden racional, preexistente a los pareceres de los legisladores humanos. Ello constituye el supremo código de la libertad, que sustrae al hombre de la tiranía de los otros y lo ayuda a liberarse de la tiranía de sus pasiones.”⁵⁴

Las penas, según su parecer debían normarse mediante criterios jurídicos definidos con precisión, de manera que se adecuaran proporcionalmente al daño inferido y a las condiciones particulares del individuo.

La marca distintiva que se puede reconocer entre los clásicos mencionados no dice relación con las ideas propuestas sino más bien en cuanto a su metodología de estudio del Derecho Penal en base a criterios racionales y aplicación del método lógico. De esta forma, mientras algunos

⁵³ NOVOA, Eduardo. *“Curso de Derecho Penal Chileno”*, 2 tomos, 3a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p.78.

⁵⁴ *Ibíd*em, p.80.

sostenían una justificación absoluta de la aplicación de la pena, otros apuntaban a justificaciones de carácter relativo, inspiradas en la prevención. A esta escuela clásica se le reconoce el tratamiento del Derecho Penal como una verdadera ciencia, estableciendo criterios definidos y sistemáticos como método de estudio. Impulsó además ideas como el legalismo, de manera de contribuir al respeto de las garantías de los individuos, desarrollando de esta forma además ideas humanitarias que decían relación con la severidad de las penas.⁵⁵

Si bien el cambio que se observó en estas décadas fue radical, existen autores como Foucault que bajo una mirada más crítica de este proceso señala que todas las ideas planteadas bajo la etiqueta de humanización de las penas, es sólo un traslado del espectáculo punitivo al interior de la cárcel y lo que finalmente tendría lugar sería un refinamiento de las lógicas punitivas en miras a maximizar los espacios de control estatal en la vida social.⁵⁶

A partir de 1870 los estados modernos europeos comienzan a reorganizarse de manera interna con miras a convertirse en estados nacionales. Una de sus principales preocupaciones en este sentido fue la lucha contra la delincuencia y posibles protestas sociales derivadas de las revoluciones industriales.

Durante este período el conocimiento científico y los aportes criminológicos iban en la dirección de encontrar los motivos o razones de la “peligrosidad” del delincuente, en el sentido de una anormalidad presente en este tipo de individuos.

En 1876 César Lombroso, creador de la Antropología Criminal, publicaría su obra *“El Hombre Delincuente”*, donde sostendría que el delincuente sería un individuo particular, cuya anormalidad contaba con una explicación antropológica, que lo separaba del resto de los hombres -los no criminales- rasgos que lo harían propenso al delito y que darían cuenta de un atavismo presente en dichas personas que desencadenaría en una detención de su desarrollo

⁵⁵ *Ibíd*em, pp. 80-81.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. “Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión”, siglo XXI, Madrid 1976, Pp.199-260.

físico y psíquico. Esto legitimaba la concepción de una diferencia casi racial entre no delincuentes y el delincuente “anormal” (generalmente identificado en esa época con la clase obrera). Si bien hoy en día sus ideas se encuentran abandonadas su aporte a la criminología resulta innegable. ⁵⁷

Por su parte, en 1881 Enrique Ferri, expositor de la escuela positiva al igual que Lombroso, publica su libro “*Sociología Criminal*”, donde aportaría al debate resaltando la importancia de los factores ambientales y sociales como factores etiológicos del delito.

Como tercer integrante de la escuela positiva, Garófalo, en 1885 con su obra “*Criminología*”, abogó por la aplicación de sanciones extremas contra los delincuentes, como la pena de muerte y relegación perpetua.

En síntesis, puede señalarse que la escuela positiva organizada en base a los planteamientos de los autores señalados concibió a la pena como un medio de defensa social, cuya medida debía responder a la peligrosidad individual expresada por el delincuente particular y no a la gravedad del delito y debía aplicarse por un tiempo indeterminado, hasta que la peligrosidad del delincuente cesara. De esta manera, daban preeminencia a la prevención del delito por sobre su represión. ⁵⁸

Desde fines del siglo XIX en el mundo anglosajón se fue consolidando el Estado de Bienestar, lo que en una de sus aristas llevaría a que el sistema penal estuviera orientado hacia fines preventivos especiales, de esta manera la finalidad perseguida mediante la imposición de la pena era la rehabilitación del sujeto.

⁵⁷ NOVOA, Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”, 2 tomos, 3a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, Pp. 82-83.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 86-87.

El período comprendido entre 1890 a 1970 estuvo caracterizado por lo que David Garland denominó "*welfarismo penal*", cuyas ideas principales se inspiraban en la dignidad, la humanidad y compasión por las necesidades de aquellos menos afortunados dentro de la sociedad. Ese era justamente el sentimiento que impulsaba la creación de nuevas leyes basadas en el compromiso de la autoridad con el progreso y la racionalización de la justicia penal y estaba basado en la idea de que la reforma social junto con la afluencia económica eventualmente reduciría la frecuencia del delito y que el Estado era responsable de la asistencia a los delincuentes tanto como de su castigo y control.⁵⁹

La criminalidad en este período era concebida como un problema social: el resultado de que individuos venían de familias disfuncionales, un síntoma de la injusticia social sufrida por el delincuente que había sufrido privaciones económicas, sociales y psicológicas que le impedían, por tanto, adecuar su comportamiento al Derecho.

Frente a esta constatación, la solución venía dada por medidas que apuntaran al apoyo de las familias, el mejoramiento en las condiciones de bienestar social, la educación y creación de empleo. De esta forma, la respuesta penal adecuada se correspondía con medidas particulares adaptadas al individuo específico y, en opinión de este movimiento, incluso las ideas de proporcionalidad y uniformidad resultaban anacrónicas por ser irracionales y contraproducentes con los fines perseguidos. Como señala Garland, "el castigo tenía que ser reemplazado por el tratamiento".⁶⁰

En dicho período, la cárcel era vista como la última ratio dentro del catálogo de sanciones disponibles en el sistema, por cuanto, generalmente su aplicación resultaba contraproducente y no iba en concordancia con los objetivos de rehabilitación y reinserción del individuo, perseguidos con ahínco por el sistema. En ese sentido, los distintos gobiernos destinaron sus

⁵⁹ GARLAND, David. "La cultura del Control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea.", Gedisa, (2001), pp. 34-61.

⁶⁰ *Ibíd*em, p.90.

recursos a fortalecer el sistema de instituciones penales que abandonaran la idea de la cárcel como las penas de multa, la probation y el servicio comunitario. Los sentimientos punitivistas fueron reprimidos porque eran considerados irracionales y no se condecían con los cimientos del sistema que se estaba construyendo.⁶¹

Las sanciones penales impuestas en la sentencia eran ajustables en consideración de las circunstancias particulares del individuo, esto es su nivel de riesgo y obediencia. De esta forma, se daba lugar a un sistema de condenas indeterminadas y liberaciones anticipadas, que en los hechos funcionaba, por cuanto se daba la apariencia de un sistema duro contra la delincuencia, que muchas veces imponía condenas severas. Sin embargo, esto contrastaba con lo que ocurría en la realidad ya que no se condecía con el tiempo efectivamente cumplido en prisión por la mayoría de los reos y muy pocas veces el individuo que había cometido delitos menos graves llegaba a las cárceles.

Hacia 1970 el sistema descrito se encontraba consolidado y arraigado en la lógica penal de la época, sin embargo, esta estructura entraría en una crisis a mediados de la década de 1970. Este proceso comenzaría con una crítica a las políticas del Estado welfarista que apuntaba a fortalecer las garantías y derechos de los presos y a restringir el poder del Estado frente a un sistema basado en sanciones indeterminadas y tratamiento individualizado. Se acusaba contradictoriamente que se trataba de un sistema demasiado represivo o que era demasiado blando con los delincuentes, dependiendo del color político de quien formulara dicha crítica.⁶²

Con el correr de los años y contra cualquier pronóstico, este movimiento culminaría con la reaparición en el sistema penal de instituciones marcadamente punitivistas.

A comienzos de los 70 existieron en Estados Unidos fuertes críticas al modelo imperante, la primera de éstas fue el Informe del Working Party of the American Friends Service Committee,

⁶¹ *Ibíd.*, pp. 34-61.

⁶² VELÁSQUEZ, Javier. "El origen del paradigma de riesgo". *Polít. crim.* Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 3, pp. 58-117.

titulado *“Struggle for Justice”* (1971) que señalaba que el modelo welfarista de penas indeterminadas y tratamiento individualizado de los delincuentes era teóricamente inconsistente, sistemáticamente discriminatorio en su aplicación e incompatible con conceptos básicos de justicia. El informe denunciaba que debajo del manto de una supuesta política humanitaria y paternalista, el sistema existente ocultaba un uso discriminatorio del sistema de encarcelamiento en desmedro de las minorías más débiles como negros, jóvenes y pobres. Criticó al sistema correccionalista por considerarlo paternalista e hipócrita y por su ingenuidad al considerar que el tratamiento individualizado de los delincuentes podía dar resultados.⁶³

La opinión generalizada tanto de parte de los académicos como de los operadores del sistema penal apuntaba a que las ideas del “welfarismo penal” ya no constituían un objetivo político necesario de alcanzar y que resultaba incluso peligroso. Esta crisis del modelo rehabilitador, según Garland, fue el primer indicador de que el esquema articulado por la modernidad estaba comenzando a desarticularse en sus bases.

En 1974 Robert Martinson publica en la revista *The Public Interest* un artículo titulado *“What Works in Prison Reform?”*, donde en base a evidencia empírica demostraba que las estrategias de rehabilitación adoptadas por la política criminal de la época no habían tenido ningún efecto apreciable sobre los índices de reincidencia, lo que para muchos fue un dato duro que permitió afirmar el fracaso del sistema y llevaría a la afirmación que luego cobraría fuerza de *“Nothing Works”*, cuestión que luego de los años pasaría a ser la idea generalizada.⁶⁴

Esto llevó a que se plantearan ideas de reforma al sistema, planteamientos que serían expuestos por Andrew von Hirs en *“Doing Justice: The Choice of Punishments –The Report of the Comittte for the Study of Incarceration”* (1976), donde defendió abiertamente una concepción retribucionista del castigo como un fin en sí mismo, cuestión impensada durante décadas.

⁶³ GARLAND, David. “La cultura del Control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea.”, Gedisa, (2001), p. 110.

⁶⁴ *Ibidem*, pp.114-115.

Asimismo, en su libro *“Thinking About Crime”*, James Q. Wilson cuestionó las políticas del welfarismo penal y abogó por la aplicación de castigos determinados y suficientemente severos, de manera que cumplieran un efecto disuasivo. De esta forma planteaba la necesidad de mayor disuasión y control.⁶⁵

En Gran Bretaña comenzaron a aparecer voces que también criticaban el sistema ya consolidado y abogaban por una reforma que apuntara a soluciones retribucionistas, movimiento que con el correr de los años conseguiría más adeptos y cuya primera conquista estuvo dada por la aprobación de una ley de penas determinadas en California, en 1976.

Con el correr de los años se comenzaron a cuestionar todas las instituciones consagradas por el modelo welfarista y la preocupación primitiva por los derechos y garantías de los mismos delincuentes, que en un primer momento fue la motivación de la reacción contra el sistema imperante cedió ante la exigencia de políticas más duras de disuasión, detención preventiva, incapacitación, penas expresivas y encarcelamientos masivos. Esta idea de que “nada funcionaba” comenzó a expandirse a otras instituciones del sistema penal como la probation, la probation con modalidades de control intensivo y las penas comunitarias, culminando en la afirmación de que el tratamiento en sí no era útil y que el sistema había fracasado. Como señala Garland:

“Hacia finales de la década de 1970 nadie podía apoyar el viejo modelo sin avergonzarse: hacerlo significaba aparecer fuera de contacto con la realidad, adherirse al fracaso, exponerse a ser atacado desde todos los frentes. Y, sin embargo, no había un patrón alternativo desarrollado para ocupar su lugar. El resultado fue un período tumultuoso de actividad legislativa en el que se desarrolló una multitud conflictiva de nuevos programas y propuestas de políticas públicas para llenar el vacío”.⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem*, p.116.

⁶⁶ *Ibidem*, p.121.

Existe consenso acerca de la idea de que los últimos treinta años han visto un declive del ideal de la rehabilitación como objetivo del sistema penal. Hoy las ideas rehabilitadoras se encuentran en un segundo plano, subordinadas a estrategias que apuntan a la incapacitación del delincuente, la gestión del riesgo y la retribución. Las teorías criminológicas dominantes hoy son teorías del control, que ven al delito como un problema de control inadecuado. Estas teorías parten de la base de que el individuo en general se ve atraído a conductas delictivas y antisociales a menos que se encuentren inhibidos por un aparataje de control lo suficientemente sólido y conformado, controles que vienen desde la familia hasta el Estado. Sin embargo, en paralelo a todo este proceso de reaparición en la escena penal de voces que abogaban por soluciones de corte punitivista, en el debate académico se planteó la duda acerca de cómo salvar a la rehabilitación de dicha crisis, así distintos psicólogos que se desempeñaban en el área penitenciaria iniciarían un trabajo para plantear un modelo que pudiera salvar las críticas formuladas por los diversos actores al modelo de rehabilitación.⁶⁷

Ya hacia mediados de los 90 gracias a los aportes de Palmer, Gendreau y Ross, entre otros, el modelo de rehabilitación volvía a tomar fuerza. Andrews y Bonta, psicólogos canadienses, desarrollan un modelo de intervención clínico: El Modelo de Riesgo, Necesidad y Responsividad, basado en los principios de intervención efectiva, buscando finalmente entregar al sujeto un servicio humano, intentando reposicionar el modelo de rehabilitación.⁶⁸

La realidad es que el modelo de rehabilitación en la actualidad aún se encuentra en una posición compleja y no ha logrado sobreponerse del todo a las críticas formuladas a su respecto. Como lo señala Javier Velásquez:

“Ejemplo de esto es la frágil legitimidad de las sanciones alternativas a las penas privativas de libertad; las adaptaciones que estas medidas han debido sufrir para mantener su credibilidad frente a las exigencias de mayor punición de las sociedades actuales han transformado

⁶⁷ *Ibíd.*, pp. 41-44.

⁶⁸ VELÁSQUEZ, Javier. “El origen del paradigma de riesgo”. *Polít. crim.* Vol. 9, N° 17 (Julio 2014), Art. 3, pp. 58-117.

radicalmente a instituciones como la libertad condicional o la libertad vigilada de lo que era en sus orígenes.”⁶⁹

De esta manera si bien la idea de rehabilitación logró sobreponerse a la crisis, se ha dado un proceso de evolución de la concepción de rehabilitación que abandona los términos en que fue concebida en un primer momento, apoyándose en las nuevas tecnologías de predicción y manejo del riesgo vigentes. Así, hoy en día se ha abandonado la idea de la posibilidad de resocialización del delincuente por medio de la imposición de la pena de cárcel, por cuanto se ha entendido que ante la realidad carcelaria actual ésta cumple finalidades más bien de constituir un castigo o sufrimiento impuesto como castigo, dando mayor fuerza a teorías retribucionistas de la pena o de prevención especial negativa. Esta postura, denuncia Baratta, incurre en una “falacia naturalista”, en el sentido que pretende deducir una norma de los hechos.⁷⁰ Por otro lado, existen voces que, a pesar del reconocimiento del fracaso de la pena de cárcel como método de rehabilitación de los sujetos, han planteado la necesidad de seguir manteniendo dicho objetivo como meta, precisamente para no dar espacio a un sistema apoyado en las teorías ya mencionadas. De acuerdo a Baratta, esta segunda postura incurre en una “falacia idealista”, colocando una norma contradictoria que resulta imposible de ser realizada y plantea la necesidad de escapar de estas dos posturas.

De este modo es como podemos ver la evolución del concepto de resocialización, ya que lo que se nos plantea ahora es una manera distinta de afrontarlo, en el sentido de aceptar como un hecho el que la pena de cárcel no produce efectos de rehabilitación sobre los individuos y que, sin embargo, esta finalidad no puede ser abandonada para acudir a finalidades de inocuización del sujeto, sino que debe ser reinterpretada y abordada de una forma distinta. En ese sentido, deben realizarse esfuerzos para hacer menos negativas las condiciones de vida generadas al interior de los recintos carcelarios y no sólo esto, sino que, como plantea Baratta, el objetivo no es sólo una cárcel “mejor”, sino sobre todo, menos cárcel, instando por una reducción de la

⁶⁹ Ídem.

⁷⁰ BARATTA, Alessandro. “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de la “reintegración social” del condenado.”, *Criminología y Derecho Penal*, año I, nº1, enero/junio 1991, pp. 376 -393.

aplicación de esta pena y generando condiciones que hagan viables las posibilidades de optar a un régimen carcelario abierto. Incluso va más allá planteando la necesidad de un proceso de apertura de la cárcel a la sociedad, de modo que ambos puedan reconocerse e identificarse, redefiniendo el concepto de resocialización en términos de ejercicio de los derechos de los ciudadanos retenidos y de otorgarles oportunidades laborales y sociales, de manera de facilitar este proceso.⁷¹ Así, por ejemplo, en el Derecho inglés, se dieron a conocer instituciones como el “*community service*”, que pone énfasis en el carácter reparador que el trabajo social representa para la comunidad, facilitando la resocialización del condenado. Tomando como base esta idea, se dio una reestructuración de las nuevas penas, que si bien, en muchos casos se caracterizaban por afectar la libertad ambulatoria del individuo a ellas sometido, no lo hacían con la intensidad de la prisión.⁷²

De esta forma, los primeros años del último tercio del siglo XX presenciaron la crisis generalizada y la crítica creciente a las penas de privación de libertad, ya que se empezaron a tomar en consideración diversos factores:

- Las penas de prisión no socializan al individuo.
- Las prisiones no sólo constituyen un perjuicio para los reclusos, sino también, para sus familias, especialmente cuando el internamiento representa la pérdida de ingresos económicos.
- En el caso de las penas privativas de libertad de corto tiempo, la investigación criminológica moderna pone en evidencia sus efectos nocivos como, por ejemplo, interrupción o pérdida del trabajo, separación de la familia, descrédito y rechazo social por el paso por la cárcel, junto con mayores índices de reincidencia en comparación a penas de cárcel de mayor extensión.

⁷¹ Ídem.

⁷² MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016] p. 8.

- Contagio criminal del condenado primario y sobrepoblación carcelaria que acentúa estos inconvenientes y recarga el sistema.⁷³

De esta manera, a fines de 1950 comienza una reestructuración del sistema carcelario, empieza a darse paso a las ideas de rehabilitación y reinserción del delincuente, cobrando cada vez más relevancia la idea de que había un conjunto de garantías de las cuales estas personas gozaban y que no podían ser suprimidas por el simple hecho de haber cometido un delito.

Así, se desarrolló una orientación político criminal caracterizada por la búsqueda de sustitutos penales que permitieran una utilización más acotada y racional de las penas privativas de libertad. De la misma manera, empezaron a hacer más sentido sanciones que ante el escenario convencional, venían a constituir una fuerte innovación en la reacción penal y que se caracterizaron por afectar bienes jurídicos distintos a la privación de libertad ambulatoria o, incluso cuando lo hacían, era de una forma menos intensa a la acostumbrada en la legislación vigente.⁷⁴

Teniendo todo esto presente es que la introducción a nuestro sistema de instituciones como las que contempla la ley 18.216 cobran pleno sentido. Considerando que vivimos en un contexto donde todavía las condiciones en las que viven los reos en las cárceles pueden ser descritas como inhumanas y degradantes, donde más que una verdadera resocialización del delincuente es muy probable que al interior de la cárcel el reo viva un proceso de “contagio criminógeno”, por estar en contacto con toda una cultura carcelaria.

Instituciones como estas representan una suerte de respuesta auto consciente del sistema ante una realidad que entiende a la pena privativa de libertad como una de las opciones posibles frente a una variada gama de posibilidades de materializar la potestad punitiva del Estado. Así, reconocemos otras posibilidades que, dependiendo de cada caso particular, permiten

⁷³ *Ibíd.*, pp. 7-8.

⁷⁴ *Ibíd.*, p. 8.

garantizar otros fines, que a lo largo de su desarrollo la teoría de justificación de la pena se ha arrogado, tales como, la posibilidad de resocialización y reinserción del delincuente. Esto tiene como premisa el abandono de la idea del delincuente como un “otro” y la conciencia de que el fenómeno del delito no es algo que pueda ser explicado por disposiciones o características intrínsecas del delincuente, sino que más bien es la sociedad también la que debe tomar cierta responsabilidad respecto del fenómeno delictivo y preocuparse de propiciar la reinserción del delincuente y no su mera “expulsión” y encierro para ya no vernos expuestos a él.

Sin embargo, es necesario tener claro que todo este proceso de readaptación de las ideas resocializadoras y de rehabilitación de manera que fuesen capaces de hacer frente a las críticas mediante la introducción de instituciones como las mencionadas, ha sido acompañado, como ya se mencionó, por la reaparición en la escena penal de las sanciones de corte punitivista.

Instituciones que en su momento fueron duramente criticadas por su anacronismo vuelven con fuerza y comienzan a ser más aceptadas dentro del discurso de la política criminal. Conceptos como la retribución y el “merecimiento justo” comienzan a ser promovidos. De esta forma toman fuerza propuestas que apuntan a expresar los sentimientos de ira y resentimiento por parte de una sociedad que demanda castigos ejemplares y mayores medidas de protección ante la delincuencia, dejando atrás las ideas de la cárcel como último recurso disponible dentro del sistema y pasando ésta a ocupar un primer plano. Así:

“Luego de un siglo en el que la tendencia secular era el ascenso de las tasas de delito y el descenso de las tasas de encarcelamiento, el período reciente ha visto emerger, primero en Estados Unidos y luego en Gran Bretaña, el fenómeno opuesto: tasas de encarcelamiento crecientes y tasas de delito descendentes.”⁷⁵

⁷⁵ GARLAND, David. “La cultura del Control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea.”, Gedisa (2001), p.51.

Sentimientos que antes no eran considerados dentro del sistema penal ahora toman un papel protagonista dentro del discurso acerca de la política criminal: el temor al delito y los sentimientos de las víctimas.

Desde la década del 70 el temor al delito ha ido cobrando fuerza, llegando a motivar políticas que apuntan más que a la lucha contra el delito en sí, a reducir los niveles de temor en la población, por cuanto se evidencia que las personas perciben que existe un creciente aumento en la tasa de delincuencia, cuestión que ha disminuido su confianza en el sistema penal para poder hacer frente a esta problemática. Esto se ha evidenciado, de acuerdo a lo planteado por Garland, en Estados Unidos y Gran Bretaña, pero es claro que el mismo proceso se ha vivido en nuestro país.⁷⁶

En esta misma línea, reaparece la figura de la víctima como un protagonista que toma fuerza. Así al momento de crear nuevas leyes se toman en consideración ideas como el sufrimiento o miedo de las víctimas o sus familias, motivando la imposición de sanciones que logren expresar los sentimientos de la opinión pública respecto del delito cometido, lo que deriva en la imposición de condenas más graves –incluso más de lo que sería adecuado en términos retributivos– y en un desdén por los derechos y garantías del delincuente o incluso de los sospechosos, por cuanto se asocian las consideraciones acerca de su bienestar como algo que va en contra del merecido respeto hacia las víctimas y en contra de los deberes de custodia y control efectivo que ha asumido el Estado. Como señala Garland:

“Se asume un juego político de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar “de parte” de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes”.⁷⁷

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 44-45.

⁷⁷ *Ibíd.*, p.46.

De esta forma, preocupaciones de antaño acerca de los límites al poder del Estado y su posible arbitrariedad, ya no desempeñan el rol preponderante en el debate penal como lo hicieron en su momento y quedan relegados a un segundo plano frente a una sociedad que demanda mayores niveles de control y sanciones al delito. De esta manera se observa el aumento de los niveles de encarcelamiento, en desmedro incluso de la necesidad de optimizar los recursos penales.

De la mano de estas situaciones se ha evidenciado el empobrecimiento del nivel del discurso ya que durante el período en que el welfarismo penal se encontraba en su apogeo, estas ideas eran discutidas por grupos de profesionales especializados o expertos en las materias, hoy en día el debate se encuentra dominado por opiniones políticas populistas que más que tener un compromiso serio en combatir el fenómeno de la delincuencia, han buscado tomar medidas que dejen contenta a la opinión pública.⁷⁸

Como se mencionó, en el sistema del welfarismo penal, la pena de cárcel era utilizada como una sanción de última ratio, sin embargo, hoy en día dicha sanción es vista como la más importante y valiosa dentro de nuestro sistema. El estandarte del modelo de rehabilitación de una prisión abierta a la comunidad que propiciara la reintegración de los reos en la sociedad se cae y la cárcel ha pasado a tomar un mayor protagonismo dentro del sistema de sanciones disponibles.

En síntesis, podemos ver, por tanto, cómo en el período comprendido desde 1890 hasta el presente, han existido momentos en la historia en que los ideales de prevención y rehabilitación del individuo alcanzaron su mayor apogeo y constituyeron toda la base sobre la cual se construyó el aparataje del sistema penal y sus operadores, cuestión que culminaría en una crisis que comenzaría a finales de los años 70 y que ya hacia 1980 terminaría por colapsar el modelo imperante, denominado por Garland como welfarismo penal, basado en ideales humanitarios

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 48-50.

que concebían a la criminalidad como un problema social del cual el Estado debía hacerse cargo. Dicha crisis pondría en jaque los ejes centrales de dicho sistema y terminaría por conducir a la redefinición de los ideales de rehabilitación y resocialización frente a la constatación innegable de que la pena de cárcel, en los términos que se había concebido, en nada contribuía a dichos fines.

Si bien, gracias a los esfuerzos de los teóricos más comprometidos con estas ideas, los objetivos de resocialización –aunque redefinidos como fue explicado- han sobrevivido a dicha crisis, este proceso ha estado acompañado por un cambio radical en el sistema mediante políticas punitivistas que nos acercan cada vez más a instituciones de carácter retribucionistas y que muchas veces superan incluso los límites exigidos por ésta concepción y apuntan más a una estructuración del sistema que logre hacerse cargo de los sentimientos de ira y resentimiento de la opinión pública, por medio de penas expresivas y ejemplificadoras.

La introducción, a nuestra legislación, de las penas sustitutivas mediante la ley 18.216 y sus posteriores modificaciones, plantea una serie de preguntas, por cuanto demuestra una clara toma de posición de la ley por una justificación de la pena en términos de una teoría de la prevención, ya sea general o especial. Si bien uno tiene que estar dispuesto a aceptar que en la realidad la pena impuesta por el aparato estatal pueda de hecho tener estos fines, queda la pregunta de si la configuración de la institución puede ser justificada en términos puramente retribucionistas, donde la pena, en tanto materialización de un juicio de reproche conlleva el reconocimiento de la agencia racional del responsable como una razón *suficiente* para la respuesta punitiva⁷⁹, y que por tanto no persigue fines ulteriores, por más nobles que estos puedan parecer.

Justamente esta tensión entre ambos paradigmas es la que se ve expresada en las distintas modificaciones que dicha ley ha sufrido desde su publicación original, que nos permiten

⁷⁹ MAÑALICH, Juan Pablo. “Retribución como Coacción Punitiva, Derecho y Humanidades” 16, vol. I (2010), p. 54.

constatar que la ley, inspirada originalmente en las ideas de rehabilitación y resocialización descritas, de alguna forma ha tenido que hacer frente a esta necesidad de soluciones punitivistas que reclama la sociedad actual, en especial la opinión pública.

3. SISTEMAS DE PENAS SUSTITUTIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1 Razones para el para el establecimiento de penas sustitutivas en el Derecho comparado.

En el ámbito del Derecho comparado, el establecimiento de un sistema alternativo de penas ha respondido a un proceso que ha tomado en consideración argumentos de diversa índole. Tanto el Código Penal español de 1995 como el Criminal Justice Act de 2003 de Inglaterra y Gales, han sido influyentes en el desarrollo local de un sistema alternativo de penas. Estos y otros elementos legislativos han atendido a razones de diversa índole para concretar una política criminal orientada al fortalecimiento de catálogos más amplios de sanciones sustitutivas a la pena privativa de libertad, dejando éstas para casos de mayor lesividad.

Ana María Morales y Gherman Welsch han sintetizado las razones para adoptar una política criminal como ésta, en tres argumentos principales.⁸⁰

1. En primer lugar, se reconocen argumentos humanitarios. En cuanto a estos, es menester tener a la vista lo que Donald Clemmer llama prisionización. Se refiere a él como aquél proceso de adaptación de un sujeto al medio carcelario. Más precisamente:

“Progresiva asunción por parte de la persona privada de libertad de una nueva forma de vida, en el aprendizaje de nuevas habilidades y consistencias comportamentales. Por eso la actividad del preso es una lucha por la supervivencia, en un intento continuo de adaptarse. Puede ser más

⁸⁰ MORALES, Ana María y WELSCH Gherman. “Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603 y la conveniencia de robustecer el sistema de medidas alternativas a la cárcel.”, 2014, Revista Derecho Penitenciario n°5, p. 23

o menos acelerado, más o menos efectivo según el tiempo ininterrumpido que la persona permanezca en la cárcel, el tipo de actividades de desprisionización que desarrolle en ella, su historia de vida, personalidad y la permeabilidad que mantenga con el exterior.”⁸¹

El hallazgo de que hay una relación directa entre el encarcelamiento y la exclusión social, alimentado por este fenómeno que llamamos prisionización, ha llevado a replantear el uso de la pena privativa de libertad, echando mano a otras opciones que se enmarquen dentro de un sistema democrático de Derecho, que respondan, entre otras, a las necesidades humanitarias de todo condenado. En este cometido, Naciones Unidas ha propendido a estimular a los Estados para la aplicación de un sistema robustecido de medidas no privativas de libertad ante la comisión de delitos.

En el año 1990, la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptó mediante la resolución 45-110, las llamadas Reglas de Tokio, que establecen reglas mínimas sobre las medidas no privativas de libertad. Se proclama, como uno de sus objetivos fundamentales, el que los Estados miembros introduzcan medidas no privativas de libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos, para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente.

Al establecer el alcance de las medidas no privativas de libertad, se establece que éstas serán utilizadas de acuerdo al principio de mínima intervención, lo que para Morales Peillard se traduce en que deben destinarse para ser utilizados en casos de afectación graves de bienes

⁸¹ SEGOVIA, José Luis. “Consecuencias de la prisionización.” P. 5.

jurídicos, debiendo entregarse a otras instancias de diversión del sistema penal la regulación de los casos más leves. ⁸²

2. En segundo lugar, se han esgrimido argumentos en torno a la mayor efectividad del sistema de penas cumplidas extra muros. La interrogante esencial, que buscar ser respondida en este contexto, dice relación con el rendimiento que presentan las penas intramuro versus las penas ejecutadas en el medio libre. Para Morales y Welsch la efectividad dice relación esencialmente con la reducción de la reincidencia a través de las mismas.

“Surge en Norteamérica a finales de la década de los 80 un movimiento liderado por autores como Andrews, Bonta, Gendreau, Ross, Lipsey, entre otros, que fueron demostrando a través de diversos estudios de meta-análisis, que había cierto tipo de prácticas basadas en el enfoque cognitivo-conductual y en la teoría del aprendizaje social que generaban un impacto en la reincidencia delictual.”⁸³

Estas reflexiones responden a un contexto en que el movimiento del “What Works” en Estados Unidos, cuestiona los postulados del “Nothing Works”, reforzando el hallazgo de que sí existen programas de rehabilitación efectivamente operativos.

Para McGuire:

“Los programas localizados en la comunidad, puestos en la balanza, arrojan resultados más efectivos. Esto no busca dejar de lado el trabajo en el contexto institucional [de reclusión], pero los hallazgos sí apuntan a que la proximidad con el ambiente del hogar presenta mayores posibilidades de facilitar el aprendizaje de la vida real.”⁸⁴

⁸² MORALES, Ana María y WELSCH, Gherman. “Modificaciones introducidas por la Ley N° 20.603 y la conveniencia de robustecer el sistema de medidas alternativas a la cárcel.”, 2014, Revista Derecho Penitenciario n°5, p. 23

⁸³ *Ibidem*, p. 24.

⁸⁴ *Ídem*.

3. Por último, pero no menos relevantes son los argumentos que se refieren a la mayor costo-eficiencia de las soluciones alternativas a la pena privativa de libertad, que responden a estudios que arrojan decisivos resultados respecto del costo beneficio de la implementación de instituciones existentes en Derecho comparado, como el monitoreo telemático, supervisión intensiva con tratamiento, programas de liberación para el trabajo, programas cognitivo-conductuales y programas de búsqueda de empleos.

“En relación a sus resultados, todos los programas comunitarios proporcionaron mayores beneficios que costos, siendo los programas de supervisión a través del modelo RNR, el programa de ayuda a la búsqueda de trabajo y los cognitivo-conductuales, los que presentaron más ahorros, con retornos de US\$9.097, US\$2.168 y US\$34.30 respectivamente.”⁸⁵

3.2 Los diversos sistemas de penas sustitutivas en el Derecho comparado.

De acuerdo a la investigación de Derecho comparado realizada por María Inés Horvitz, podemos reconocer dos grandes grupos de sustitutivos penales utilizados por los diversos sistemas en el mundo⁸⁶:

1. Las medidas alternativas propiamente tales, entre las cuales se encuentran:
 - La sustitución de penas cortas de prisión por pena pecuniaria impuesta según el sistema de días-multa, utilizado en Alemania y países escandinavos. Dicho sistema plantea la problemática de que, aunque en el caso concreto para determinar el monto de la multa a pagar uno de los factores a considerar son las circunstancias personales del individuo, siempre existirá un sector de la población a quien no se puede aplicar dicha medida por no contar con los recursos necesarios. En dicho caso la legislación alemana contempla el retorno a la pena privativa de libertad por sustitución, lo que termina por transformar

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ HORVITZ, María Inés. “Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216”, en Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, Cuadernos de Análisis Jurídico, 1992, pp. 135- 139.

el sistema en injusto, al no hacerse cargo de las diferencias socioeconómicas de las personas que podrían acceder a dicha medida.

- La sustitución de penas cortas de prisión por trabajo en servicio de la comunidad, utilizado en Francia y Reino Unido. Desde una perspectiva político criminal, dicha medida ha resultado muy atractiva por cuanto, al no separar al individuo de la comunidad, sino que más bien favorecer su integración en ella, representa una medida que entrega una perspectiva positiva desde el punto de vista de la resocialización del sujeto. Sus características principales son el consentimiento del condenado y la gratuidad.

A este respecto podemos señalar que nuestro Código Penal en su artículo 49 contempla la posibilidad de sustituir la pena de multa por la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, en los casos en que el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa:

Art. 49 del Código Penal: Si el sentenciado no tuviere bienes para satisfacer la multa podrá el tribunal imponer, por vía de sustitución, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad.

Para proceder a esta sustitución se requerirá del acuerdo del condenado. En caso contrario, el tribunal impondrá, por vía de sustitución y apremio de la multa, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que ella pueda nunca exceder de seis meses.

No se aplicará la pena sustitutiva señalada en el inciso primero ni se hará efectivo el apremio indicado en el inciso segundo, cuando, de los antecedentes expuestos por el condenado, apareciere la imposibilidad de cumplir la pena.

Queda también exento de este apremio el condenado a reclusión menor en su grado máximo o a otra pena más grave que deba cumplir efectivamente.

- Medidas de privación atenuada de libertad, como la semidetención y la libertad controlada, utilizadas en Italia. Dichas medidas apuntan a evitar los efectos negativos de las penas privativas de libertad, posibilitando al sujeto el seguir desenvolviéndose en su entorno cotidiano.⁸⁷

- 2. Los sistemas de probation o suspensión de la pena privativa de libertad. Implican la suspensión en la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta al sujeto, quien debe someterse a diferentes medidas de control, que en caso de ser incumplidas darán lugar a la aplicación de la pena originalmente contemplada. Como Horvitz señala, en este último caso no existe una sustitución propiamente tal de la pena, sino una renuncia condicionada al castigo, pero podemos señalar que algunas de las opciones entregadas por nuestra legislación se condicen más con esta modalidad.⁸⁸

En el sistema anglosajón, se declara la culpabilidad del sujeto y se suspende provisionalmente el cumplimiento de la condena, asignando un agente de probation, encargado de controlar la conducta durante un determinado período. En caso de cumplir este control de manera satisfactoria por el tiempo determinado, se evita del todo la imposición de la pena asignada al delito.

“El sistema de libertad a prueba en Inglaterra y Gales tiene sus raíces en la filantropía de fines del siglo 19, motivada en parte por la misión y servicios cristianos. En muchos lugares, los magistrados y jueces encontraron maneras de liberar de prisión a los delincuentes bajo la supervisión de una persona responsable (...) La reforma más reciente del servicio de Libertad a Prueba en Inglaterra y Gales comenzó en 2014 y, en estos momentos, está aún siendo implementada (Ministerio de Justicia, 2013). Esta reforma, parte del programa de ‘Transformando la Rehabilitación’ del gobierno de Coalición que asumió en 2010, ha llevado a la creación de un pequeño Servicio de Libertad a Prueba en 21 Compañías Comunitarias de

⁸⁷ Ídem.

⁸⁸ Ídem.

Rehabilitación regionales, que se mantiene en el sector público, es responsable de informar a los tribunales y supervisar a delincuentes de alto riesgo.”⁸⁹

En el Derecho franco-belga encontramos otra modalidad de probation, la suspensión condicional de la pena, en virtud de la cual luego de la dictación de sentencia condenatoria, se suspende su ejecución por un determinado período, en el cual el individuo debe someterse a una serie de condiciones, que en algunos sistemas como el español o el francés consisten sólo en no delinquir nuevamente pero en otros conlleva una serie de medidas que apuntan a un control más intensivo de la conducta del sujeto y su rehabilitación, y si transcurrido este período se han cumplido las condiciones impuestas, se evita la ejecución de la pena originaria.

Como Horvitz señala, en nuestra legislación la institución de la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, pueden considerarse esencialmente parte de esta última modalidad de sustitutivo penal.⁹⁰

4. ANÁLISIS DE LA LEY 18.216.

4.1 Medidas que contempla la ley 18.216.

Debemos referirnos a las posibilidades concretas que nos entrega la ley en comento. Luego de las modificaciones que introduce la ley 20.603, a las que hacemos referencia más en extenso en lo sucesivo, las penas por las cuales pueden sustituirse las penas privativas o restrictivas de libertad, son las siguientes:

- **Remisión condicional:** Según el artículo 3° de la ley 18.216, consiste en la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad, por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo.

⁸⁹ DOMINEY, Jane. “El Sistema de Libertad a Prueba en Inglaterra y Gales.”, 2014, Revista Derecho Penitenciario nº5, p. 26-27.

⁹⁰ HORVITZ, María Inés. “Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216””, en Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Cuadernos de Análisis Jurídico, 1992, pp. 135- 139.

- **Reclusión parcial:** El artículo 7° nos dice que esta pena consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, durante cincuenta y seis horas semanales, pudiendo ser diurna, nocturna, o de fin de semana. Para el cumplimiento de esta pena el juez preferirá ordenar su ejecución en el domicilio del condenado, estableciendo como mecanismo de control el monitoreo telemático, salvo que no exista factibilidad técnica desde el punto de vista de Gendarmería.

- **Libertad vigilada:** El artículo 14 inciso primero, por su parte, define esta pena como aquella que somete al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

- **Libertad vigilada intensiva:** Según el artículo 14 inciso segundo, consiste en la sujeción del condenado al cumplimiento de un programa de actividades orientado a su reinserción social en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales.

- **Expulsión:** En virtud del artículo 34, el juez de oficio o a petición de parte puede sustituir el cumplimiento de la pena por la expulsión del territorio nacional de aquel extranjero que no residiere legamente en el país, condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo.

- **Prestación de servicios en beneficio de la comunidad.** El artículo 10 de la ley la define como aquella pena que consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería.

4.2 Antecedentes históricos. ¿Qué sucedía antes de la ley 18.216?

El establecimiento de un régimen de penas sustitutivas en nuestro país es de reciente data, actualmente constituido por el régimen instaurado en virtud de la ley 18.216 publicada el 14 de mayo de 1983, que posteriormente sería modificada por la ley 20.603, publicada el 27 de junio de 2012. Los antecedentes históricos de dicha ley, sin embargo, se remontan varios años más atrás.

Como primer antecedente, encontramos un Decreto del Ministerio de Justicia dictado en 1906 y que contempla la suspensión de las condenas privativas de libertad inferiores a 60 días.⁹¹

Asimismo, en el año 1907, el Código de Procedimiento Penal, establecía, en su Artículo 564 que:

“Si resultare mérito para condenar por faltas a un reo contra quién nunca se hubiese pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por tres años, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al reo para que se enmiende”

y en su inciso segundo agregaba:

“Si dentro de ese plazo reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y la que corresponda a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue culpable”.

Durante las décadas siguientes, que van de 1920 a 1940, motivado por el ideario prevencionista imperante en la época, se legisló acerca de la libertad condicional y mecanismos de rehabilitación y reinserción de los reos. En esta línea, un momento importante está constituido por la dictación de la ley n° 7.821 sobre Remisión Condicional de la Pena, el día 29 de agosto de 1944, que vino a establecer dicha institución como un beneficio de carácter general para personas condenadas por primera vez a penas equivalentes a menos de un año de privación

⁹¹ DE LA JARA, Daniela. “Medidas alternativas a la Prisión en el Contexto de un Estado Democrático de Derecho.”, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, (2014), pp. 55-58

de libertad. La finalidad perseguida por dicha institución apuntaba a neutralizar los efectos negativos de la cárcel respecto de reos sometidos a penas de corta duración por delitos leves, reconociendo que las penas de prisión le generan un perjuicio al individuo y a su familia, por la pérdida de vínculos afectivos e ingresos económicos, contribuyendo sólo a ser una fuente de contagio criminal, en particular, del delincuente primerizo, siendo en definitiva este proceso por sí solo un factor más que favorece la reincidencia.⁹²

Casi tres décadas después, el 4 de mayo de 1972 fue publicada la Ley 17.642 que modifica la Ley 7.821 sobre Remisión Condicional de la Pena. El cambio de mayor relevancia introducido por esta ley en el sistema dice relación con el plazo de duración de las penas que permitirían acceder a la institución de la remisión condicional, así, el plazo se amplía de uno a tres años de privación de libertad del condenado, cuya finalidad fue expandir el alcance de aplicación de esta modalidad.⁹³

A fines de 1970, se elabora un anteproyecto de Decreto Ley por el Ministerio de Justicia, que modificó la Ley n° 7.812 sobre remisión condicional de la pena, fijaba el texto refundido del estatuto legal sobre estas materias y en el que se introducían a la legislación como medidas alternativas a la ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad:

- i. la colaboración con la comunidad
- ii. la reclusión nocturna
- iii. la reclusión de fin de semana y
- iv. la libertad vigilada.

Dicho proyecto sería enviado al Director de Gendarmería de Chile, para que formulara las observaciones pertinentes. En 1979, don Marco Aurelio González Berendique, emitió un informe que sería remitido al Presidente de la Corte Suprema en abril del mismo año. Luego de esto, el proyecto es remitido a Gendarmería, solicitando una revisión del sistema de libertad

⁹² Ídem.

⁹³ Ídem.

vigilada para adultos al psicólogo Jorge García, al sociólogo Benjamín Núñez y al abogado Hugo Rivera. En diciembre del mismo año Gendarmería emite su informe, en el cual señala que la libertad vigilada constituye un mecanismo que ayudaría en gran medida a paliar los efectos negativos provocados por el actual hacinamiento carcelario.⁹⁴

En mayo del año 1982, se elabora el proyecto definitivo por el Ministerio de Justicia el cual, luego de la aprobación de la Junta de Gobierno y de la tramitación legislativa correspondiente, fue promulgado en 1983, entrando en vigencia el 1° de Diciembre del mismo año.

Desde la entrada en vigencia de la ley 18.216 sobre medidas alternativas a la pena privativa de libertad y hasta el 27 de junio de 2012, con la publicación de la Ley 20.603, no existieron reformas esenciales respecto del régimen de penas sustitutivas vigentes en nuestro país.⁹⁵

4.3 Modificaciones a la ley 18.216 a través de la ley 20.603 ¿Por qué se modifica?

Las normas de la ley 20.603 entraron en vigencia con la publicación el día 27 de junio de 2012 en el Diario Oficial del D.S. 629 que modifica el D.S. 1120, reglamento de la ley 18.216, de 1984 del Ministerio de Justicia. Dicha normativa viene a incorporar nuevas penas alternativas a la pena privativa de libertad, las que quedarían englobadas bajo el concepto de penas sustitutivas.

Del Mensaje del Ejecutivo es posible extraer una clara orientación prevencionista detrás de dicha modificación, concibiendo así a las penas sustitutivas como una oportunidad para un tipo de delincuencia que es considerada menor por parte del legislador, pero otorgando un sistema de mecanismos de control más eficientes, que impidan que los fines perseguidos por la pena se vean frustrados.

El régimen existente durante la vigencia de la ley 18.216 presentaba serias deficiencias. Las aspiraciones de reinserción social y rehabilitación de los condenados se veían frustradas particularmente en lugares de nuestro país que no contaban con Centros de Reinserción Social

⁹⁴ Ídem.

⁹⁵ Ídem.

donde los individuos pudiesen cumplir sus condenas, lo que provocaba que tuvieran que cumplirlas en recintos penitenciarios aumentando las posibilidades de un contagio criminógeno. A esto se sumaba la falta de recursos dirigidos a realizar un seguimiento y control serio de las personas que se encontraban sujetos a medidas alternativas, lo que dificultaba constatar si efectivamente se estaban cumpliendo los fines señalados. En efecto, a la época los recursos destinados a la implementación de la ley 18.216 no superaban un 5% del presupuesto total de gendarmería, lo que permitía constatar que el enfoque primordial estaba en la situación de los condenados a pena de encierro, lo que resultaba paradójico considerando las condiciones degradantes y de hacinamiento que viven los reclusos.⁹⁶

En la historia de la ley, encontramos el contenido de la indicación que la Presidenta Bachelet presentó a la Cámara de Diputados, que introdujo modificaciones a la indicación sustitutiva al proyecto de ley que, a su vez, modifica la ley N° 18.216; y el D.L. N° 2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile. Lo anterior, se ve concretado en cinco ejes centrales, a saber:

1. Establecimiento de un Sistema de Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de la libertad:

Respecto a la naturaleza jurídica de las penas establecidas, ellas se denominan en su artículo 1º como “penas sustitutivas”, de esta manera, es posible afirmar que no estamos ante una pena autónoma, porque no se encuentran asociadas a un tipo penal específico, de manera que necesariamente debe existir una pena principal, susceptible de ser sustituida. Cristián Aguilar Aranela ha señalado al efecto:

“Que tengan tal naturaleza, no implica que se trate de penas principales o autónomas, ya que no están asociadas a un tipo penal en concreto o específico, razón por la cual, sólo pueden aplicarse en los casos de la ley 18.216, en la medida que existiere como antecedente una pena

⁹⁶ GODOY, Alejandra. “Las penas mixtas de la ley N° 18.216, modificada por la ley N° 20.603.” Afet para optar al grado de magíster en derecho, Santiago, (2015), p.27.

privativa o restrictiva de libertad impuesta por una sentencia de un tribunal con competencia en lo criminal.”⁹⁷

En general, este tipo de penas que se imponen en lugar de la principal, que en este caso es la pena privativa de libertad, utilizan el método de la vigilancia judicial o “*probation*”, que puede conllevar el cumplimiento de ciertas condiciones como el ingreso a un programa de rehabilitación de adicciones o la asistencia a programas para aumentar las habilidades cognitivas, emocionales, sociales y conductuales que sean requeridas, así como la presentación periódica a una oficina judicial o administrativa, el recibir supervisión sobre el estilo de vida o el desenvolvimiento en libertad y la utilización de dispositivos o medios electrónicos para su control y vigilancia.⁹⁸

Nos parece importantísimo tomar en cuenta la modificación en la nomenclatura que hizo la ley 20.603 a la ley 18.216, señalándose ahora que “establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad.” Atrás queda la original redacción de la ley, que en su encabezado hacía referencia las medidas alternativas a la pena privativa de libertad.

“Por tanto, no es un beneficio alternativo, en virtud del cual se suspende la ejecución de la pena sino una sustitución de una pena por otra de naturaleza diversa”.⁹⁹

De esta manera es la propia ley la que despeja cualquier duda sobre la correspondencia de las alternativas que ofrece con la imposición efectiva de una pena, aclara que aquellas solamente no se van a cumplir en un recinto penitenciario de Gendarmería de Chile.

⁹⁷ AGUILAR Cristián. “Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N°18.216 (Ley 20.603)”, segunda edición, (2015), p. 28.

⁹⁸ MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016] pp. 24-27.

⁹⁹ RAMÍREZ, Tomás. “Nuevo Régimen de Sustitución de Penas.”, Revista Jurídica del Ministerio Público N°51. (Junio 2012) [en línea] <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/nuevo_regimen_sustitucion_penas_TR.pdf> [consulta: 12 de junio de 2016]

El cambio en la nomenclatura de “medidas alternativas” a “penas sustitutivas”, responde a la intención de cambiar la sensación pública generalizada de que dicha institución constituye un beneficio o perdonazo al individuo que ha delinquido, presentándolo como una alternativa legítima de respuesta penal, dando al sistema mayor credibilidad, manteniendo, no obstante, su carácter punitivo. Esto porque en la práctica, las llamadas “medidas alternativas”, fueron concebidas por la opinión pública como un beneficio otorgado y validado por nuestro sistema judicial, a personas que han sido condenadas por un delito, sin que finalmente se cumplan respecto de ellas las finalidades de reinserción social y donde además los controles respecto de los mecanismos de cumplimiento han sido extremadamente débiles, resultando en un sistema poco eficiente.¹⁰⁰

De acuerdo a lo señalado por María Eugenia Hofer, diversos factores contribuyeron a dificultar la implementación de estas sanciones desde su génesis, como la escasez de esfuerzos en la evaluación de sus resultados, la menor importancia que se da a estas sanciones dentro del sistema, particularmente en términos de asignación presupuestaria y la falta de visibilidad de estas instituciones por la falta de una política pública encaminada a implementarlas como una alternativa viable para sancionar a delincuentes primerizos.¹⁰¹

Lo mismo se desprende de la revisión de la indicación sustitutiva del Ejecutivo N° 151-358, de fecha 18 de agosto de 2010, en este mismo sentido señalaba que:

“El fortalecimiento de la seguridad ciudadana, constituye sin duda uno de los ejes principales de este gobierno. Los índices de temor y las encuestas de victimización dan cuenta que la ciudadanía siente una gran preocupación por el fenómeno de la delincuencia y por la sensación de impunidad imperante. Uno de estos flancos de impunidad lo constituyen las hasta ahora

¹⁰⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016] pp. 24-27.

¹⁰¹ HOFER, María Eugenia. “La Nueva versión de la ley 18.216 sobre penas sustitutivas a reclusión y el propósito de la reinserción social.”, Derecho Penitenciario septiembre - noviembre 2012, pp. 18 -20.

llamadas “medidas alternativas”, que han sido entendidas por el sistema de justicia como un beneficio al que pueden aspirar las personas condenadas, sin que exista, por parte de ellas, mayores esfuerzos en torno a su reinserción social, y donde los controles efectuados tanto por las autoridades encargadas de su ejecución, como por aquéllas a las que compete su supervigilancia, han sido débiles. Es así, como muchos condenados bajo el marco actual de estas “medidas”, no se presentan a cumplirlas o abandonan su cumplimiento, sin ser debidamente sancionados, mientras que el resto de la población condenada en el medio libre es sujeta a tibios controles por parte de la administración”.¹⁰²

La Presidenta Bachelet, cuando reproduce el contenido de las indicaciones a la indicación sustitutiva del proyecto de ley tendiente a modificar la ley N° 18.216, otorga relevancia a este cambio de nomenclatura que estamos comentando:

“Recogiendo las corrientes doctrinarias tanto extranjeras como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas”. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, sino que frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida.”¹⁰³

En suma, la intención es dejar por establecido, con este nuevo encabezado, que estamos hablando de penas sustitutivas y no medidas o beneficios, sancionando efectivamente al condenado, sólo que de manera diversa a la privación de libertad. Un punto importante para disipar cualquier duda al respecto, es la circunstancia de que ante el evento de incumplimiento de la pena ésta puede revocarse, imponiendo al condenado la correspondiente pena privativa de libertad que haya sido designada por el legislador al efecto. La ley prevé los mecanismos necesarios ante el incumplimiento y quebrantamiento de las penas sustitutivas.

¹⁰² Formula indicaciones a la indicación sustitutiva del proyecto de ley tendiente a modificar la ley N° 18.216. (Boletín N° 5.838-07). Historia de la Ley 20.603, página 18, en www.bcn.cl.

¹⁰³ Ídem.

De acuerdo a lo señalado por el Material para Capacitación sobre la Nueva Ley 18.216 preparado por la División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia, sólo la reclusión parcial y la pena de prestación de servicios en favor de la comunidad, aparecen como verdaderas penas sustitutivas.¹⁰⁴ Esto, porque sólo en ellas se permite, en caso de ser revocadas, el cumplimiento del saldo de la pena privativa de libertad, “abonando” a su favor el período de ejecución de la pena sustitutiva. En otros casos como la libertad vigilada y la remisión condicional, en caso de revocación, procede el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta y es por esto que su naturaleza jurídica se condice más bien con una suspensión condicional de la pena

Por su parte, el art. 1° de la ley establece que:

“La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por algunas de las siguientes penas...”

Frente a esto se propuso una indicación parlamentaria durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados consistente en reemplazar dicha parte del art. 1° conforme a lo siguiente:

“La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse o sustituirse, en su caso, por el tribunal que las imponga, por algunas de las siguientes medidas o penas...”.

Como justificación de dicha indicación se señaló, entre otras cosas, que el discurso de suprimir la idea de beneficio, atentaba a la *ratio legis* de la propia ley pues se trata de una medida alternativa, para evitar el efecto criminógeno de las penas de corta duración. No son penas propiamente tales. Son modalidades especiales de ejecución suspendiéndola o estableciendo

¹⁰⁴ MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016] pp. 24-27.

formas alternativas de cumplimiento de la pena. Se entregó como fundamento que en Derecho comparado dichas instituciones no son consideradas penas y además se señaló que la indicación parlamentaria, consideraba a las tres instituciones como medidas alternativas a la reclusión, que en unos casos suspenden la pena (remisión condicional y libertad vigilada en sus dos modalidades) y en otro, la sustituye (reclusión parcial). Sin embargo, a solicitud del Ejecutivo, se mantuvo la redacción original.

2. Diversificación del catálogo de penas sustitutivas:

El nuevo catálogo diversifica la respuesta penal atendiendo a los perfiles delictuales de los penados.

En términos prácticos, entre las modificaciones introducidas por la ley, encontramos que a la pena privativa o restrictiva de libertad de cumplimiento efectivo, se agregan como sustitutivas, no incluidas en la antigua ley 18.216: la reclusión parcial, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad y la libertad vigilada intensiva. Se incorpora también la pena de expulsión del extranjero que no residiere legalmente en el país en el caso de los artículos 34 de la ley y 49 del reglamento. En conjunto, se busca diversificar la respuesta penal, atendiendo en la manera de lo posible al perfil personal de cada imputado y sus consideraciones criminológicas.

Con la modificación, a través de la ley 20.603, para favorecer la reinserción social de las personas condenadas, se consagran diversos mecanismos, entre los cuales destaca el reemplazo de la reclusión nocturna por la reclusión parcial, que permite el encierro parcial, diurno, nocturno, o de fines de semana en el domicilio del penado o en establecimientos especiales de Gendarmería durante 56 horas semanales, tratando así de evitar el contacto criminógeno con los condenados que se encontraren en la cárcel cumpliendo efectivamente.

Adicionalmente, se incorpora la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, por una sola vez y cuando la sanción impuesta no excediere los 300 días de privación o restricción de libertad, lo que posibilita que ciertas personas que no pudieren gozar de otra

pena sustitutiva por sus antecedentes, sean sancionados y a su vez desarrollen una actividad colaborativa con la sociedad o en beneficio de ciertas personas en condiciones precarias.

En lo que respecta a la libertad vigilada, ésta se transforma y diverge en libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Para su aplicación será necesario un plan de intervención para el condenado que debe ser aprobado por el tribunal en una audiencia al efecto, buscando a través de él que el condenado efectivamente tenga la posibilidad de resocializarse.

No podemos olvidar el establecimiento de la figura de la pena mixta, establecida en el artículo 33:

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

- a) Que la sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior;
- b) Que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis;
- c) Que el penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y
- d) 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.”

3. Causales de improcedencia para la aplicación de penas sustitutivas.

Originalmente las medidas alternativas estaban vetadas respecto de un número mucho más acotado de delitos, cuyo reproche penal era de tal entidad que el penado debía cumplir

irremediamente su condena en un régimen cerrado. Estamos hablando del delito de violación impropia y de violación con homicidio cuando la víctima fuese menor de 12 años.

La imposibilidad de aplicación de las penas sustitutivas que establece la ley se extiende ahora al caso de los autores de los delitos consumados de secuestro calificado, sustracción de menores, violación, violación de menor de 14 de años, violación con homicidio, homicidio simple o calificado, parricidio, femicidio y de aquellos que hayan cometido delitos terroristas. Se incluye también el caso de los autores en grado de consumado del delito de robo con violencia y/o intimidación, que registren condenas anteriores por robo calificado, robo por sorpresa, con violencia o intimidación o en lugar habitado.

4. Obligación de asistencia a programas de rehabilitación por consumo problemático de drogas y alcohol.

En caso de existir una evaluación que arroje un consumo problemático de drogas y/o alcohol, el tribunal establecerá al condenado la obligación a la que estamos haciendo referencia. Corresponde a un deber para el juez obligar al sometimiento de un tratamiento de rehabilitación, mediante la asistencia a programas al efecto, la internación en centros especializados, o ambos. Todo lo anterior debe enmarcarse dentro del plan de intervención individual aprobado judicialmente. Esta obligación debe imponerse en la sentencia, junto con la imposición de las condiciones del artículo 17 de la ley 18.216.

“Los delegados deben informar al tribunal respecto del desarrollo del tratamiento mensualmente. El delegado debe informar sobre las actividades de intervención realizadas por el condenado, las evaluaciones de los objetivos trabajados y los resultados esperados. El tribunal, a su vez, deberá citar bimestralmente a audiencia de seguimiento, durante todo el período que dure el tratamiento, sin perjuicio de las audiencias generales de control y seguimiento de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.”¹⁰⁵

¹⁰⁵ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. “Penas Sustitutivas de la ley 18.216” Minuta N°2/ 2014/ Enero.

5.Sistema de monitoreo telemático.

Para Ana María Morales Peillard, Directora del Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana, el sistema de monitoreo telemático puede definirse de la siguiente manera:

“Es un tipo de tecnología destinada a localizar a los infractores que se encontraren en libertad, en un espacio y tiempos determinados, mediante la aplicación de técnicas de telecomunicación e informáticas a larga distancia”¹⁰⁶

La historia de la ley 20.603, cuando se refiere a este nuevo sistema, proclama como punto de atención entre sus objetivos, la protección de las víctimas de los delitos de que se trate:

“Robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo en un mecanismo de sanción que opere de manera eficaz y efectiva de control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y da protección a las víctimas.”¹⁰⁷

Para materializar lo anterior, el artículo 17 ter letra b de la Ley 18.216 y el artículo 20 bis del reglamento de la misma, consagran la posibilidad de que el tribunal decrete una prohibición para el condenado de aproximarse a la víctima o de contactarse con ella en el contexto de la libertad vigilada intensiva. Sumado a lo anterior, y reforzando este punto es que se ha incorporado el soporte tecnológico conocido como monitoreo telemático en el caso de la reclusión parcial y la libertad vigilada intensiva, sumando además el régimen mixto. Esto lo encontramos en los artículos 23 bis, 23 bis A y 33 de la ley 18.216, que a través de sus disposiciones buscan establecer un mecanismo de revisión y supervisión de que el condenado permanezca en el lugar donde debe cumplir su pena sustitutiva por la cantidad de tiempo establecida y en concordancia con el punto anterior, que no se acerque a una persona

¹⁰⁶ MORALES, Ana María. “Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores”, *Política Criminal* Vol 8, N° 16, 2013, P. 414.

¹⁰⁷ Historia de la Ley N° 20.603, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 19.

determinada. Se prevé además, la posibilidad de que con el consentimiento de la víctima, se le instale también a ella un sistema de estas características para velar por su protección.

4.4 Modificaciones de la ley 18.216 a través de la ley de agenda corta antidelincuencia.

No podemos dejar de mencionar una reciente modificación sufrida por la ley 18.216, a través de la ley 20.931, que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto y receptación y mejora la persecución penal de dichos delitos. Estamos hablando de la ley de agenda corta antidelincuencia, publicada en el Diario Oficial con fecha 5 de julio de 2016.

La Fundación Paz Ciudadana se dedicó a hacer un análisis profundo del proyecto de ley y de las principales propuestas de la versión evacuada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado a principios de marzo de 2016. Entre ellas, se propuso la incorporación de una nueva regla obligatoria para el juez para los casos en que un sujeto haya sido condenado a dos o más penas privativas de libertad en una misma sentencia. Esta regla busca que imperativamente el juez sume la cuantía de éstas y el resultado sea considerado como la pena impuesta para determinar si procede una pena sustitutiva o mixta.

Lo anterior, fue calificado como una incorporación necesaria por parte de la Fundación, ya que permitiría limitar el uso de las penas sustitutivas solamente a quienes efectivamente cometan delitos de menor entidad, que es lo que al parecer efectivamente busca la ley. Se solucionaría así un problema eminentemente normativo que acarreaba consecuencias incongruentes con el sentido y espíritu de la ley. La ley 20.931 en su artículo 6°, introduce esta modificación y ordena agregar al artículo 1° de la ley 18.216 el siguiente inciso final: "Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33."

“Con la presente modificación se restringe su concesión en situaciones en que, por un defecto normativo, personas condenadas por primera vez por pluralidad de delitos, y que por ello escapan al ámbito al cual el legislador quiso abarcar con las penas sustitutivas, igualmente acceden a ellas, en circunstancias de que, de haber cometido el mismo número y tipo de delitos, pero habiendo mediado distintas sentencias condenatorias entre cada uno de ellos, no habrían podido acceder a la sustitución de la pena por los delitos posteriormente juzgados.”¹⁰⁸

Esta consideración positiva respecto a la inclusión que se haría al artículo 1° de la ley no se replicó respecto de las modificaciones que incorpora el artículo 6° de la ley 20.931, en sus numerales 2° y 3°.

El primero de ellos, introduce un artículo 2° bis a la ley 18.216. Este nuevo artículo establece que las penas del artículo 1° de la ley y el régimen del artículo 33, esto es, el régimen de pena mixta, sólo serán aplicables por los delitos previstos en los artículos 433, 436 inciso primero, 440, 443, 443 bis y 448 bis del Código Penal, a aquellos condenados respecto de quienes se tome la muestra biológica para la obtención de la huella genética, de acuerdo a las previsiones de la ley N°19.970, ordenando el tribunal la diligencia señalada en la respectiva sentencia. En aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no compareciere para tales efectos, el tribunal podrá revocar la pena sustitutiva y ordenar que se cumpla la pena efectiva. Nos referimos a los delitos de robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación, robo de cosas en bienes nacionales de uso público o en sitio no destinado a la habitación, el robo con fuerza de cajeros automáticos, dispensadores o contenedores de dinero, o de dinero valores contenidos en ellos y el abigeato.

Por su parte, el numeral 3° del artículo 6° de la ley 20.931 modifica la letra b) del artículo 8° de la ley 18.216, que establece cuándo podrá disponerse la reclusión parcial. Antes de la

¹⁰⁸ FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. “Análisis del Proyecto de Agenda Corta Antidelincuencia.” <<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2016/05/analisis-proyecto-de-ley-agenda-corta-14-04.pdf>> [consulta: 12 de enero de 2016] p. 9.

modificación, este artículo establecía que era procedente, cuando el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o lo hubiere sido a una pena restrictiva o privativa de libertad que no excediere de dos años, o a más de una sin exceder este límite, sin considerar para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. No obstante lo anterior, si dentro de estos plazos le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales, no sería procedente. Con la ley de agenda corta antidelinquencia se agrega una oración que dice relación con los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro Segundo del Código Penal, esto es “de los delitos de la apropiación de las cosas muebles ajenas contra la voluntad de su dueño”, “del robo con violencia o intimidación en las personas”, “ el robo con fuerza en las cosas”, “del hurto”, “del abigeato” y el delito de receptación del artículo 56 bis A del mismo cuerpo legal. La oración referida establece que no será procedente la aplicación de la reclusión parcial si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubiere sido impuesta al condenado una reclusión parcial.

No obstante lo anterior, se excluye de la aplicación de tal regla a los delitos previstos y sancionados en los artículos 438, 448 inciso 1° y 448 quinquies, todos del Código Penal, a saber: el que para defraudar a otro le obligare con violencia o intimidación a suscribir, otorgar o entregar un instrumento público o privado que importe una obligación estimable en dinero, el hurto de hallazgo y la apropiación de plumas, pelos, crines, cerdas, lanas o cualquier elemento del pelaje de animales ajenos por cualquier medio.

Ambas incorporaciones, son catalogadas por la Fundación Paz Ciudadana, como medidas que no contribuyen a resolver problemas normativos u operativos ni son un aporte a la seguridad pública. El tenor de ambos numerales del artículo 6° expresan con claridad la tendencia a reducir el acceso a las penas sustitutivas respecto de casi todos los delitos contra la propiedad, limitando y endureciendo el acceso al régimen dispuesto en el artículo 33 de la ley 18.216 y a la reclusión parcial en estos casos, atendiendo a disuadir la comisión futura de los delitos,

otorgando más certeza a la imposición de una pena efectiva que deba cumplirse en el medio cerrado por períodos más prolongados.

Lo anterior también se ve reforzado por la situación de la libertad condicional, que también se ve tocada por la ley de agenda corta antidelincuencia. Para los delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y el robo con violencia e intimidación, los condenados podrán optar a ella sólo habiendo cumplido $\frac{2}{3}$ de la condena y no la mitad de la pena como está establecido para la generalidad de los delitos, salvo que se trate delitos especialmente graves, como algunos delitos contra la vida, delitos terroristas, delitos sexuales contra menores de edad, entre otros.

Las modificaciones ya comentadas no son inocentes, implican consecuencias de considerable importancia, que Fundación Paz Ciudadana en su análisis, resume en tres puntos fundamentales, a saber:

- i) diferencias en el tratamiento punitivo de los distintos delitos,
- ii) aumento de la población carcelaria y por ende del hacinamiento, y
- iii) probablemente no habrá consecuencias positivas en la disminución de la actividad delictiva, a la luz de la evidencia mundial.¹⁰⁹

Para ejemplificar el punto i) Paz Ciudadana expone el siguiente caso práctico:

“el primerizo condenado por un robo con fuerza en las cosas efectuado en lugar habitado o destinado a la habitación o en sus dependencias, cuya pena parte en presidio mayor en su grado mínimo, no podrá optar a una pena sustitutiva, porque el juez se verá obligado a condenarlo a una pena dentro del rango establecido en la ley que parte desde los 5 años y un día, sin posibilidad de reconocerle, por ejemplo, su irreprochable conducta anterior o su colaboración sustancial con la investigación. A mayor abundamiento, independientemente de que tenga buena conducta y buen pronóstico de reinserción —probablemente por ser primerizo—, no

¹⁰⁹ *Ibíd*em, p. 22.

podrá optar a un régimen de pena mixta, que supone un cumplimiento comunitario para estos casos mediante una libertad vigilada intensiva y control telemático, porque aunque generalmente puedan acceder a ella condenados primerizos que cumplan penas de hasta 5 años y un día y tengan antecedentes positivos —en virtud de la propuesta de reforma al art. 33 de la citada ley—, los condenados en virtud del artículo 440 del CP se encuentran expresamente excluidos en la propuesta. A mayor abundamiento, en el evento que cuente con los requisitos para postular a la libertad condicional, sólo podrá hacerlo habiendo cumplido 2/3 de la pena. Si se efectúa este ejercicio respecto de otros delitos igualmente graves, en el cual la legislación también contempla penas desde presidio mayor en su grado mínimo, como es el caso de malversación de caudales públicos superior a 40 UTM (233 CP) o el caso de apremios ilegítimos (torturas) con resultado imprudente de lesiones graves o muerte (Art 150 letra A CP), el primerizo condenado por dichos delitos, sí podrá optar a la rebaja de la pena y podrá acceder a una pena sustitutiva. Además, en caso que no se le reconocieren atenuantes y fuera encarcelado, si tiene buenos antecedentes de reinserción podrá acceder cumplido un tercio de la pena al régimen de pena mixta, y si no, a la mitad de la pena podrán optar a libertad condicional. Como se observa, se crea una alta disparidad de tratamiento punitivo en estos casos, no obstante que se trata de hechos ilícitos igualmente graves.”¹¹⁰

Respecto al punto ii) Paz Ciudadana explica con datos objetivos que normas como las incorporadas traerán la aplicación de penas privativas de libertad a una buena cantidad de sujetos condenados en el caso de la mayoría de los delitos contra la propiedad. Consecuentemente aumentará la población carcelaria cumpliendo condena en medio cerrado, afectando sin duda el presupuesto público de manera trascendente, sin olvidar que puede tratarse de estrategias puramente “simbólicas”. Sumado a esto, existen evidencias de que el sistema chileno, en términos de infraestructura y recursos personales y materiales, no está capacitado para recibir el considerable aumento de la población penal que se generará, el que es estimado en 3.500 condenados aproximadamente. No se está tomando en consideración el estado en que se encuentran los recintos penales en la actualidad, en términos de las deplorables condiciones de vida en que se hallan los condenados. La norma del artículo 1°

¹¹⁰ Ídem.

transitorio que permite la agilización en los procesos de construcción de recintos penitenciarios en la Región Metropolitana, del Biobío y Valparaíso no solucionan este problema, acotándolo sólo hasta el 31 de enero de 2020. Paz Ciudadana entrega datos duros basados en las proyecciones del Ministerio de Justicia en términos de aumento de la población penal y el costo que esto acarrearía para las arcas fiscales con la entrada en vigencia de las normas de la llamada agenda corta antidelincuencia.

“Si se consideran las proyecciones del Ministerio de Justicia- que con los cambios introducidos en el debate legislativo ha estimado que la población penal aumentaría en 3500 condenados (es decir, en 12% la población actualmente condenada)-, a un costo aproximado de \$320.000 por recluso, se concluye que anualmente el Estado deberá desembolsar más de 13 mil millones de pesos.”¹¹¹

Finalmente, respecto de la consideración iii), sobre los nulos efectos positivos en la reducción de la delictualidad, modificaciones como las comentadas claramente optan por acercarse a una tendencia punitivista en desmedro de atender a consideraciones de prevención, haciendo pugnar las pretensiones del legislador en la ley 18.216 con los deseos simbólicos de reducir la comisión y victimización para casi la totalidad de los delitos contra la propiedad. Ha sido demostrado que objetivos como los que se plantea la agenda corta, configurando previsiones importantes en atención a reducir la aplicación de penas sustitutivas para estos delitos, no son exitosos según lo que la propia realidad nacional se ha encargado de mostrarnos. Sin siquiera mirar el Derecho comparado, podemos hacer referencia al estudio de Rodrigo Pantoja y Gonzalo Guzmán, titulado, *Impacto del “Programa de reinserción social” sobre la reincidencia de hombres adultos condenados por delitos*, que demostró que la reincidencia de los sujetos tratados por el programa fue de 15,15%, mientras el grupo de comparación registra casos de nuevas condenas de un 22,35%. Estos 7,2 puntos representan, proporcionalmente, un 32% menos de reincidencia para el grupo tratado.

¹¹¹ *Ibíd*em, p. 23.

“Por su parte, a nivel intramuros, cabe recordar el caso Programa de Reinserción Social, actualmente implementado en algunas cárceles del país con una cobertura de 2.000 plazas aproximadamente, que a un costo anual por beneficiario de \$820 mil, demostró reducir la reincidencia nominal en 32% para el grupo tratado, en relación con el grupo de comparación, lo cual constituye evidencia empírica de impacto en términos de reducción de reincidencia en delito.”¹¹²

No se puede dejar de lado que este proyecto tiene una clara tendencia a la incapacitación colectiva, referida a “estrategias de reducción del delito a través de políticas de aumento en la severidad de las penas y el encarcelamiento de infractores, tales como la imposición de sentencias mínimas obligatorias, buscando un mayor encarcelamiento de estos.”¹¹³ Respecto de la incapacitación no hay evidencias claras que demuestren su efectividad.

“Asimismo la evidencia empírica y datos nacionales existentes permiten plantear que es probable que las ganancias en términos de menos delitos por el efecto de la incapacitación sean marginales y que más bien se presenten efectos negativos en la reincidencia futura de los condenados a reclusión, considerando que 50,5% de la población reclusa en virtud de una condena reincide en un plazo de 3 años.”¹¹⁴

5. EXPRESIÓN DE LOS PARADIGMAS DE PREVENCIÓN Y RETRIBUCIÓN EN LA LEY 18.216.

5.1 Manifestaciones de la teoría de la prevención

Para evaluar este punto, consideramos necesario utilizar como insumo el Mensaje del Ejecutivo, en el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, con el que se inició el proyecto de ley tendiente a modificar la ley 18.216 y donde se proclaman los fines y objetivos

¹¹² *Ibíd*em, p. 24.

¹¹³ *Ibíd*em, p.19.

¹¹⁴ *Ibíd*em, p.25

que se trazan, los que tienen, expresamente, una marcada tendencia hacia el prevencionismo. Esto queda de manifiesto, en pasajes como los siguientes:

- “Dentro del ámbito de la justicia criminal, y respecto de las leyes referidas a la ejecución de penas, y más específicamente, las llamadas medidas alternativas a las penas restrictivas y privativas de libertad, existe consenso en cuanto a su rol en la reinserción social de las personas condenadas por delitos, **evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas.**”¹¹⁵
- “Existe claridad en cuanto al doble papel que deben jugar las medidas alternativas en nuestro sistema de penas: servir como una real herramienta en el ámbito **preventivo especial, esto es de reinserción, y ser un arma efectiva en el control del delito**”.¹¹⁶
- “Por lo anterior, y en el marco del acuerdo político legislativo en materia de seguridad pública, se han aunado las fuerzas de todos los sectores políticos en torno a la necesidad de reformar la ley sobre medidas alternativas a las penas privativas, de manera tal que ella **logre cumplir los anhelos de reinserción y alternativa a la prisión; pero, simultáneamente, constituir una herramienta real y eficiente para dar respuesta al fenómeno criminal.**”¹¹⁷
- “En este entendido, las modificaciones que aquí se proponen van en la dirección que entendemos correcta, pues conservan el carácter de las penas sustitutivas tal y como son entendidas no sólo en Chile sino también en los sistemas comparados, esto es, una oportunidad **para un tipo de delincuencia menor**”¹¹⁸

¹¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.603, modifica ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4505/>> [consulta: 10 de agosto 2016].

¹¹⁶ Ídem.

¹¹⁷ Ídem.

¹¹⁸ Ídem.

De la lectura del Mensaje, se desprende que la orientación marcada en esta normativa es hacia una teoría de la prevención especial positiva, que toma como una de sus banderas de lucha la resocialización del condenado, aplicando efectivamente una pena por la comisión del delito de que se trate pero en un sistema abierto, donde el condenado pueda cumplir en libertad su sanción.

Los objetivos de la ley 18.216 pueden resumirse, de acuerdo a lo planteado en el Material para Capacitación sobre la Nueva ley N° 18.216, en los siguientes:

- Favorecer la reinserción social de las personas condenadas
- Control efectivo del cumplimiento de las penas sustitutivas.
- Proteger a las víctimas.
- Uso racional de la privación de libertad.¹¹⁹

Por supuesto, lo anterior, sin olvidar que esta regulación es sólo respecto de la “delincuencia menor” como indica el ejecutivo en su Mensaje.¹²⁰ Lo que queda claro con el catálogo de delitos respecto de los cuales no tiene aplicación, que veremos más adelante.

Dicha finalidad preventiva se hace patente si analizamos con detención el catálogo de penas sustitutivas que contempla la ley:

- Remisión condicional: a su respecto María Inés Hofer, asesora en temas penitenciarios de la Fundación Paz Ciudadana, nos señala que:

¹¹⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016] pp. 7-8.

¹²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.603, modifica ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505/>> [consulta: 10 de agosto 2016].

“Esta medida es esencialmente de control y asistencia y está radicada en el medio natural del sujeto, porque su objetivo principal es la recuperación social efectiva de la persona y, en consecuencia, se le concibe como una manera de disminuir la probabilidad de reincidencia delictual.”¹²¹

Para la aplicación de dicho instituto, la ley establece una serie de requisitos en su artículo 4°, a saber: que la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la sentencia no exceda de tres años, que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito (sin considerar, para estos efectos, las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito). Particularmente relevante resulta destacar el requisito establecido en la letra c) de dicho artículo que dispone que podrá decretarse la remisión condicional de la pena si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que no volverá a delinquir. Podemos ver de esta forma la preocupación del legislador porque las personas que hayan cometido delitos de menor entidad y cuyos antecedentes personales permitan presumir que se trata de personas con altas probabilidades de rehabilitación, cumplan su condena en el medio libre, donde no estén expuestos a la posibilidad de contagio criminógeno. Como requisito final, la ley establece en su letra d), que las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hicieren innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena.

Se trata de una sanción poco intrusiva en la vida del individuo, que de acuerdo al artículo 5° de la ley, se verá sometido a un plazo de observación que no será inferior al de duración de la pena y que lo someterá a residir en un lugar determinado (que puede ser propuesto por el mismo condenado), sujetarse al control administrativo y a la asistencia de Gendarmería de

¹²¹ HOFER DENECKEN, María Eugenia. 2008. “Medidas alternativas a la reclusión en Chile.” [en línea] Conceptos (Fundación Paz Ciudadana), febrero de 2008, número 4. Disponible en <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2008-02-01_Conceptos-N%C3%82%C2%BA-4-Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n.pdf> [consulta: 10 de enero 2017], p.4.

Chile y a desarrollar una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio si éste careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante.

De esta forma, las condiciones impuestas por dicha sanción apuntan a que el individuo pueda desarrollar su vida cotidiana de la manera más regular posible, en un ambiente controlado que permita neutralizar las posibilidades de que vuelva a delinquir por medio del control administrativo permanente y el desarrollo de un empleo.

Debe tenerse presente que dicha pena sustitutiva, no procederá si el sentenciado fue condenado por los delitos previstos en los artículos 15, letra b), o 15 bis, letra b) de la ley, debiendo el tribunal, en esos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere.

- **Reclusión parcial:** dicha institución vino a modificar a la reclusión nocturna que consistía esencialmente en el encierro en establecimientos especiales de Gendarmería, desde las 22.00 horas hasta las 6.00 horas del día siguiente y que sólo en casos muy especiales permitía al condenado acceder a cumplir con el encierro en su domicilio. En la actualidad, el artículo 7° de la ley establece que dicha pena consistirá en el encierro en el domicilio del condenado o establecimientos especiales, durante 56 horas semanales, pudiendo dicha reclusión ser diurna, nocturna o de fines de semana, de acuerdo a los criterios que la misma ley establece.

Uno de los problemas de los cuales la modificación de esta institución se vino a hacer cargo, es que de acuerdo a los antecedentes disponibles, cuando se encontraba vigente la reclusión nocturna, un 36.8% de los condenados sujetos a esta medida dormía en cárceles, lo que venía a generar una serie de problemas derivados del contacto con la población penal, ya que no siempre se aplicaban criterios de segmentación al interior de la cárcel. Se ponía en riesgo su integridad física, su salud, había un alto riesgo de contacto criminológico, sufrían

estigmatización por parte de la comunidad y altos niveles hacinamiento y estrés por el hecho de acudir diariamente a la cárcel. ¹²²

Esta situación no producía efectos negativos sólo para los condenados sino también para la administración penitenciaria, que veía alterado su régimen de sistema cerrado por el ingreso de personas sometidas a la reclusión nocturna. Se veía mermado el rol de vigilancia y control de Gendarmería puesto que los tribunales no daban respuesta a los informes de incumplimiento de condiciones establecidas legalmente, por lo que muchas veces los condenados no se presentaban o llegaban incluso en estado de ebriedad. ¹²³

La institución de la reclusión parcial constituye una mejoría respecto del régimen anterior por cuanto hoy para su cumplimiento la ley ha establecido que el juez preferirá ordenar su ejecución en el domicilio del condenado, estableciendo como mecanismo de control de la misma el sistema de monitoreo telemático, a diferencia de la situación anterior donde sólo en casos calificados el individuo podía acceder a cumplir su condena de esta manera. Esto permite que los efectos negativos recién mencionados derivados de la concurrencia del condenado a recintos penitenciarios se minimicen, permitiendo que éste pueda cumplir su condena en un entorno cotidiano y alejado de la posibilidad de contagio criminógeno y estrés derivados de la concurrencia a la cárcel.

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 8° de la ley, la reclusión parcial podrá decretarse cuando la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años, el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o lo hubiese sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no excediere de dos años, o a más de una, siempre que en total no superaren de dicho límite. Además, resulta relevante que de acuerdo a la letra c) de dicho artículo, al igual que en el caso de la reclusión parcial, considera como requisitos ciertos elementos que dicen relación con los antecedentes del sujeto

¹²² *Ibidem*, p.6.

¹²³ *Ídem*.

para efectos de determinar la aplicación de esta pena sustitutiva, esto es, la existencia de antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos delitos. De esta forma vemos claramente la finalidad de prevención especial positiva que se quiere lograr respecto del sujeto cuyos antecedentes permitan al juez inferir que dicha sanción podrá contribuir a la evitación de delitos futuros.

- **Libertad vigilada.** A través de esta medida, se somete al penado a un régimen de libertad a prueba. El artículo 14 de la ley 18.216, en su inciso primero, establece que este régimen tenderá a su reinserción social, a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado.

Puede tener aplicación para los casos en que la pena privativa de libertad que se imponga en la sentencia sea superior a dos años y no mayor a tres; que la pena privativa o restrictiva de libertad sea superior a quinientos cuarenta días y no mayor a tres años, en casos de microtráfico y manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, lesiones graves gravísimas, simplemente graves o menos graves, y que el sujeto no cuente con condenas anteriores por crimen o simple delito. Para estos efectos, no se deben considerar las condenas anteriores por crimen o simple delito cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito.

Sin embargo, estos datos objetivos no son los únicos tomados en consideración para otorgar la libertad vigilada. Un elemento que cobra vital relevancia son los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible, y la naturaleza, modalidades y móviles del delito permitan concluir que un tratamiento de intervención en libertad parece eficaz y necesario para una efectiva

readaptación y resocialización. Cabe señalar que este programa de intervención debe llevarse a cabo en un período que no será inferior al de la duración de la pena.

Para el desarrollo de este programa, la figura del delegado es central. Lo anterior, porque es él quien debe confeccionar y proponer un plan de intervención para el condenado a su cargo, donde debe comprender, en los términos del artículo 16 de la ley 18.216, la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción social del condenado, tales como la nivelación escolar, la participación en actividades de capacitación e inserción laboral, o de intervención especializada de acuerdo a su perfil. Los delegados, encargados de esta misión, son definidos en el artículo 20 de la ley ya señalada:

“Artículo 20. Los delegados de libertad vigilada y de libertad vigilada intensiva son funcionarios de Gendarmería de Chile, encargados de conducir el proceso de reinserción social de la persona condenada a la pena sustitutiva de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, mediante la intervención, orientación y supervisión de los condenados, a fin de evitar su reincidencia y facilitar su integración a la sociedad.”

El artículo 23 del reglamento de la ley 18.26, precisa:

“Artículo 23. Los delegados de libertad vigilada son oficiales penitenciarios o profesionales del área jurídica, social, educacional o de salud que prestan servicios en Gendarmería de Chile, encargados de vigilar, controlar, orientar y asistir a los condenados que hubieren obtenido este beneficio, a fin de evitar su reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad”.

Como señala María Eugenia Hofer:

“...el delegado cumple un papel trascendental en el proceso de reinserción social y normativo del penado, ya que es el encargado de conducir y orientar dicho proceso. De hecho, la libertad vigilada tiene como objetivo disminuir los factores de riesgo de la conducta delictiva e impedir

la reincidencia mediante una intervención específica denominada “Modelo de Intervención Diferenciada” (MID), que opera de acuerdo al perfil de las necesidades del individuo y al tipo de delito cometido.

Basándose en el MID los delegados deben trabajar con los penados, incorporando conductas alternativas adecuadas a las normas y que posibiliten su reinserción positiva a la sociedad. El rol de delegado se define como el conductor y facilitador ínter-sistémico del proceso de reinserción. El rol de conductor comprende, por una parte, la función de controlar el cumplimiento de las condiciones de trabajo, residencia, multas etc. Y, por otra, la de permitir la modificación del comportamiento de aquellas variables asociadas a la comisión del delito. El rol ínter-sistémico implica la articulación de los distintos sistemas que participan en el proceso de reinserción (familia, trabajo, estudios, comunidad), con el fin de insertar positivamente al individuo en su medio. Para poder influir en la modificación del comportamiento en un contexto de relación de poder asimétrica, el delegado debe legitimar su acción con el objeto de conducir un proceso de construcción conjunta de significados que permitan avanzar en la intervención y legitimar la obligatoriedad de ésta.”¹²⁴

La figura del delegado es muestra de la configuración eminentemente preventivo-positiva de la ley que estamos analizando. El afán es insertar positivamente al individuo en particular en su medio y para ello es que el delegado debe realizar una tarea acuciosa en aras de cumplir con el mandato del artículo 27 del reglamento de la ley 18.216. Éste establece que debe reconocer los factores de riesgo criminógeno a fin de disminuirlos mediante intervenciones que se ajusten a las particularidades de cada condenado y a su riesgo de reincidencia. Para ello deberá considerar las áreas deficientes y los factores protectores de cada condenado a fin de orientar la intervención hacia el desarrollo de competencias que promuevan un desenvolvimiento prosocial. Adicionalmente, se deberá cautelar que los condenados se beneficien de intervenciones que promuevan su responsabilización por las conductas cometidas,

¹²⁴ *Ibíd*em, p. 7.

motivándolos en los casos en que corresponda, a adoptar comportamientos que estén en concordancia con las normas sociales imperantes.

“La intervención en el marco de la Ley N° 18.216, modificada por la Ley N° 20.603, se funda en el Modelo de Riego, Necesidad, Responsividad (Andrews & Bonta, 1990).”¹²⁵

Decretada la pena, el tribunal impone obligaciones al condenado, que dicen relación con mantener residencia en un lugar determinado, que debe ser en una ciudad en que preste funciones un delegado, lo que no impide su abandono temporal y con mantener sujeción a la vigilancia y orientación permanente del delegado por el periodo determinado.

“El condenado debe cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que imparta el delegado en materia de educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre, y otras pertinentes para una eficaz intervención individualizada.”¹²⁶

Eventualmente, podría imponer el tribunal condiciones como el ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no tiene la calidad de estudiante, o la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol. Tanto éstas como las condiciones obligatorias a que nos referimos antes, tienen aplicación en el contexto de la libertad vigilada intensiva.

- **Libertad vigilada intensiva.** Esta pena sustitutiva puede ser aplicada cuando la pena privativa o restrictiva de libertad sea superior a tres años y no mayor a cinco, o bien, que sea superior a quinientos cuarenta días y no mayor a cinco años, en ciertos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar y algunos delitos sexuales. Al igual que en el caso de la libertad

¹²⁵ DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. Penas sustitutivas de la Ley 18.216. <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/8718.pdf>> [consulta: 10 de enero de 2017] p. 41.

¹²⁶ *Ibidem*, p.40.

vigilada simple, debe tratarse de un penado que no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. Igualmente tienen relevancia los antecedentes sociales y de personalidad del condenado.

El plazo de intervención es el tiempo de la pena sustituida decretada por el tribunal. Lo mismo para el caso en que sea necesaria la internación por tratamiento de drogas, no pudiendo exceder el tiempo de la condena. Es importante recalcar la facultad del delegado de proponer al juez:

- i) la reducción del plazo,
- ii) el cambio de la pena por otra menos intensa, o
- iii) derechamente el término anticipado de la misma en los casos que considere que el condenado ha dado cumplimiento de los objetivos del plan.

No obstante las condiciones que impone el tribunal, esta pena cuenta con condiciones propias y exclusivas, que en los términos del artículo 17 ter de la Ley 18.216, el tribunal deberá decretar, ya sea una o más. Nos referimos a:

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

Existe un sistema de control judicial de cumplimiento de la pena sustitutiva, que dice relación con el informe que deben efectuar los delegados al tribunal, sobre la evolución y cumplimiento del plan de intervención individual. Además, el tribunal citará a una audiencia de revisión, anualmente en el caso de la libertad vigilada, y semestralmente, en el caso de la libertad vigilada intensiva. También existe un control judicial de la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de consumo problemático de drogas o alcohol.

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

Respecto a esta institución, podemos señalar que ha existido lata discusión tanto en el Derecho nacional como comparado, acerca de su naturaleza jurídica, por cuanto es considerada para algunos como una pena, para otros una medida de seguridad, sustituto penal, condición suspensiva o medida administrativa.

Si bien dicha medida se aleja un poco de la tónica preventiva seguida por el legislador al contemplar este catálogo de penas sustitutivas, podemos señalar que al respecto el Material para Capacitación de la Nueva ley 18.216, del Ministerio de Justicia ha señalado que:

“Reconociendo la complejidad de la figura, la naturaleza jurídica de la expulsión podría situarse como la de una pena sustitutiva. Para ello se considera por una parte, que esta figura se encuentra regulada dentro del ámbito de las penas alternativas a la privación de libertad, y en tal sentido se sigue la voluntad del legislador –desde un punto de vista material- y otra parte, que cumple con la función retributivo-general de toda pena, ya que tiende a reforzar el efecto de contra-motivación de la intención criminal, de la población de inmigrante ilegales, toda vez, que tiende a evitar que delinca a fin de no ser sancionados con la expulsión, de modo que viene a constituir un recurso intimidatorio.”¹²⁷

- **Prestación de servicios en beneficio de la comunidad:** de acuerdo al texto legal dicha pena consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile. Según el artículo 4° del reglamento de la ley de penas sustitutivas se ha establecido que el tipo de servicio que prestan los condenados corresponde a actividades que

¹²⁷ MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016] p. 102.

involucran la ejecución de obras, faenas, servicios, o labores que, sin mediar ejecución de esta pena, implicarían un costo por su ejecución a la comunidad beneficiaria o destinataria de los mismos.

De acuerdo a lo señalado por María Inés Horvitz:

“Esta medida se proyecta como una de las político-criminalmente más atractivas, ya que reúne una serie de condiciones que la configuran como una alternativa apta para evitar la desocialización del sujeto condenado, en cuanto lo mantienen conectado con la comunidad en lugar de segregarlo de ella”.¹²⁸

Respecto a esta pena, resulta relevante señalar que al igual que en las demás penas sustitutivas contempladas por esta ley, de acuerdo a lo establecido por el artículo 11 de la ley, ésta podrá decretarse si existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, o si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos. Nuevamente, por tanto, el legislador toma criterios de prevención especial positiva para determinar la procedencia de aplicar dicho instituto.

Se puede agregar además que estudios de experiencia comparada, como el estudio Rex/Gelsthorpe (2002), concluyeron que era menos difícil para los condenados cometer nuevos delitos cuando la sanción impuesta era la de trabajos en beneficio de la comunidad.¹²⁹

5.2 Manifestaciones de la teoría de la retribución

¹²⁸ HORVITZ, María Inés. “Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216”, en Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, Cuadernos de Análisis Jurídico, 1992, p.137.

¹²⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. “Material para Capacitación Nueva Ley N° 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley N° 20.603.” [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>> [consulta: 10 de agosto 2016]

Es clarísimo el compromiso del legislador original y con más fuerza del legislador de la ley 20.603, con los intereses preventivos en la imposición de una sanción penal. Si bien este paradigma tiene mayor visibilidad en cuanto es proclamado en términos expuestos, en el Mensaje que dio origen a la ley, el paradigma de la retribución se expresa con fuerza en este cuerpo normativo. Lo hace cuando establece en su artículo 1° un catálogo de delitos que según su gravedad serán siempre penados con una pena privativa o restrictiva cumplida de manera efectiva en un establecimiento penitenciario. Deja a salvo de la aplicación de cualquier pena sustitutiva delitos de especial gravedad, diversificando así la respuesta retributiva en base a la entidad de los mismos y el juicio más elevado de reprochabilidad.

Nos referimos a la situación de un condenado como autor de los siguientes delitos en grado de consumado:

1. Secuestro cuando fuera ejecutado para obtener rescate, imponer exigencias o arrancar decisiones (art. 141 inc.3° CP)
2. Si el secuestro de la víctima se prolongare por más de 15 días o si de ello resultare un daño grave en su persona o intereses (art. 141 inc.4° CP).
3. Si con motivo u ocasión del secuestro se cometiere además en su contra, homicidio, violación o alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 n°1 CP, esto es castración, mutilación de un miembro importante o menos importante y lesiones graves-gravísimas (art. 141 inc. 5 CP).
4. Sustracción de menores (art. 142 CP)
5. Violación propia (art. 361 CP)
6. Violación impropia (art. 362 CP)
7. Violación con homicidio (art. 372 bis CP)
8. Parricidio y femicidio (art. 390 CP)
9. Homicidio simple y calificado (art. 391 CP)
10. Creación y funcionamiento de milicias privadas, grupos de combate o partidas militarmente organizadas (art. 8 Ley 17.798)

11. Porte y tenencia ilegal de armas de fuego (art. 9 Ley 17.798)
12. Tráfico de armas (art. 10 Ley 17.798)
13. Tenencia y porte de armas prohibidas (arts. 13 y 14 Ley 17.798)
14. Colocación, activación, detonación de bombas y disparo injustificado de armas (art. 14 D.L 17.798)
15. Delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° de la ley 17.798 y en el artículo 3° de la misma.

La excepción al caso está dada por la circunstancia de que el condenado como autor de alguno de estos delitos consumados haya sido favorecido con la atenuante del artículo 11 número 1 del Código Penal. Nos referimos a las expresadas en el artículo 10, cuando no concurren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos.¹³⁰

¹³⁰ Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 1°. El loco o demente, a no ser que haya obrado en un intervalo lúcido, y el que, por cualquier causa independiente de su voluntad, se halla privado totalmente de razón. 2°. El menor de dieciocho años. La responsabilidad de los menores de dieciocho años y mayores de catorce se regulará por lo dispuesto en la ley de responsabilidad penal juvenil. 3°. Derogado. 4°. El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera. Agresión ilegítima. Segunda. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla. Tercera. Falta de provocación suficiente por parte del que se defiende. 5° El que obra en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, de su conviviente civil, de sus parientes consanguíneos en toda la línea recta y en la colateral hasta el cuarto grado, de sus afines en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado, de sus padres o hijos, siempre que concurren la primera y segunda circunstancias prescritas en el número anterior, y la de que, en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviere participación en ella el defensor. 6° El que obra en defensa de la persona y derechos de un extraño, siempre que concurren las circunstancias expresadas en el número anterior y la de que el defensor no sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo. Se presumirá legalmente que concurren las circunstancias previstas en este número y en los números 4° y 5° precedentes, cualquiera que sea el daño que se ocasione al agresor, respecto de aquel que rechaza el escalamiento en los términos indicados en el número 1° del artículo 440 de este Código, en una casa, departamento u oficina habitados, o en sus dependencias, o, si es de noche, en un local comercial o industrial y del que impida o trate de impedir la consumación de los delitos señalados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433 y 436 de este Código. 7°. El que para evitar un mal ejecuta un

Adicionalmente, existen algunas situaciones especiales en las cuales no procede la facultad de decretar penas sustitutivas, volviendo a la pena que designa el tipo penal. Nos encontramos con el caso del imputado condenado con anterioridad por cualquier crimen o simple delito previsto y sancionado en las leyes 20.000, 19.366 y 18.404, haya cumplido o no la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22 de la ley 20.000 (a éste último punto se refiere el art. 62 de la ley 20.000). Tenemos por otra parte al condenado como autor de robo con violencia o intimidación del artículo 436 inciso 1° del Código Penal que registrare en sus antecedentes una condena previa, sin importar el grado de participación o desarrollo, por alguno de los delitos de los artículos 433, 436 inciso 1°, 436 inciso 2° y 440, todos del Código Penal.

Como vimos anteriormente, la modificación que introdujo la ley 20.603, amplió el catálogo de delitos exentos de la aplicación de penas sustitutivas, configurándose como una limitación material que la retribución impone al campo de acción preventivo, que se erige como la función que buscar encarnar la ley. Este ejercicio de delimitación no es más que la conjugación de los intereses retributivos y preventivos del legislador.

hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1a. Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar. 2a. Que sea mayor que el causado para evitarlo. 3a. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. 8°. El que con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente. 9°. El que obra violentado por una fuerza irresistible o impulsado por un miedo insuperable. 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo. 11. El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar: 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa. 12. El que incurre en alguna omisión, hallándose impedido por causa legítima o insuperable. 13. El que cometiere un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley.

Se busca por tanto, un castigo efectivamente enérgico, basado en el principio de responsabilidad y el correspondiente juicio de culpabilidad que hace al imputado merecedor de una sanción penal, haciéndose cargo de la imposición retributiva de las penas, tomando en consideración que quienes han sido contumaces en la comisión de los delitos no podrán acceder a las diversas penas alternativas que entrega la ley para suplir el cumplimiento efectivo.

Otra manifestación del paradigma de la retribución en la normativa analizada, la podemos encontrar a propósito de las modificaciones introducidas a esta ley por medio de la ley 20.931 de agenda corta antidelincuencia. Como expusimos anteriormente, dichas modificaciones vienen a reducir aún más el acceso a las penas sustitutivas, propiciando que las personas cumplan una pena efectiva en un recinto carcelario, particularmente tratándose de delitos contra la propiedad, lo que viene a demostrar un tratamiento diferenciado del legislador a la hora de sancionar este tipo de delitos.

En este sentido, tanto la reducción del catálogo de delitos que permiten acceder a la aplicación de las penas sustitutivas, como las modificaciones introducidas por la ley de agenda corta antidelincuencia, demuestran una toma de posición de parte del legislador, en el sentido de considerar que hay ciertos delitos que constituyen un ataque a bienes jurídicos que se consideran como primordiales y respecto de los cuales es necesario un castigo contundente, que logre expresar los sentimientos de ira de la sociedad frente a este tipo de atentados, cuestión que en algunos casos incluso sobrepasa los límites de culpabilidad y proporcionalidad exigidos por una teoría retribucionista.

CONCLUSIONES

Los paradigmas de la retribución y de la prevención parecen ser, desde siempre, antagónicos, buscando fundamentar de manera excluyente la racionalidad de la pena desde una vereda u otra. Tanto es así, que las teorías absolutas, como vimos, nacen históricamente como respuesta filosófica si se quiere, a los paradigmas utilitaristas de la pena, hegemónicos en su tiempo. Sin embargo, instituciones como estas, ponen de manifiesto la necesidad del sistema de conciliar el afán retributivo y el deseo preventivo. El primero encarnado por la necesidad de aplicar un efectivo castigo al culpable de un delito, que sea congruente con la medida del juicio de reprochabilidad. Y el segundo por el afán de lograr en los penados la resocialización y/o la comprensión de que sus conductas son incorrectas, disuadiendo la comisión de futuros delitos por parte de los mismos. No obstante esto, debemos preguntarnos cómo ambos intereses logran conjugar y compatibilizar en alguna medida para sobrevivir conjuntamente en la regulación de la ley 18.216.

Hemos analizado cómo a lo largo de la historia, han existido períodos donde una u otra orientación ha sido la predominante en las decisiones de política legislativa en relación a la sanción de delitos y cómo, sin embargo, instituciones que en su momento nacieron eminentemente marcadas por una u otra concepción, debieron de alguna manera “acomodarse” a las necesidades reales de la sociedad en cada época. Creemos que la ley 18.216 es un claro ejemplo del fenómeno descrito.

La historia de la ley en análisis es clara en su texto, cuando expresa que lo que se busca es efectivamente aplicar una pena restrictiva o privativa de libertad:

“a quienes han sido contumaces y persistentes en desafiar el orden social y jurídico (o afectado gravemente bienes jurídicos personalísimos), otorgando (además) un castigo enérgico, pero resocializador, a aquellos sujetos que se están iniciando en el delito. Lo anterior tiene como objeto

adicional el hacer un uso eficiente y focalizado de los recursos, y llevar a cabo un cumplimiento de penas inteligente.”¹³¹

Al proclamar lo anterior, la propia historia de la ley hace patente además, la necesidad de utilizar los recursos estatales de manera eficaz y eficiente. Cuando se hace referencia a un uso focalizado e inteligente de los mismos, se pone de manifiesto la imposibilidad de establecer un sistema penitenciario que conozca como única solución posible la cárcel.

Es un hecho conocido el estado actual del sistema carcelario chileno, la gran población penal y la escasa infraestructura para albergar a tal cantidad de condenados. Sin embargo, esta escasez también dice relación con las condiciones de vida que los penados tienen dentro de los recintos de Gendarmería cuando están sometidos a un régimen cerrado. Conocido es el incendio de la cárcel de San Miguel, situación que llamó a la reflexión de todos los sectores. En este contexto, se señaló:

“A propósito de la tragedia ocurrida a principios de diciembre pasado, en que murieron 81 presos de la cárcel de San Miguel, ha quedado en evidencia la urgente necesidad de avanzar en las denominadas reformas de segunda generación en la agenda de seguridad pública. Esta vez corresponde reformar el sistema de cumplimiento de penas, que no sólo implica contar con más infraestructura, sino especialmente incentivar medidas de reinserción y rehabilitación de quienes se encuentran privados de libertad o cumpliendo condenas en el medio libre.” ¹³²

Las consideraciones prácticas ponen en jaque el deseo primo del legislador al tipificar cada delito y asignarle la pena que considera correspondiente a la gravedad del mismo, cuando abre camino a la imposición de una sanción distinta que sustituya sus fines cuando se den los requisitos al efecto. El legislador es consciente de que debe existir un uso racional de la

¹³¹ Historia de la ley N° 20.603, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p.19

¹³² BLANCO, Javiera. “Medidas Alternativas a la Reclusión, Freno a la delincuencia.” [en línea] <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2011-04-04_Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n-freno-a-la-delincuencia.pdf> [consulta: 12 de junio de 2016]

privación de libertad, muchas veces por consideraciones prácticas, que son elementos importantes que van amoldando la legislación dura a la realidad social.

El deseo preventivo se encarna en esta normativa cuando proclama que busca otorgar un castigo enérgico pero resocializador a aquellos delincuentes primerizos, haciendo material aplicación de los objetivos que esta ley se ha trazado cuando busca también evitar la reincidencia, echando a andar el sistema de control del cumplimiento de las penas sustitutivas y la aplicación de mecanismos como los planes de intervención realizados de manera personalizada acorde con el perfil del condenado por un delegado a su cargo. Con las penas sustitutivas se busca mantener los vínculos de pertenencia de los condenados, para no extinguir por completo su contacto con la sociedad y sus redes de apoyo, todo lo que sería muy difícil en un régimen totalmente cerrado. Con esto, se hace cargo del hallazgo que se ha hecho en el sentido de identificar que la vida al interior de la cárcel acarrea consecuencias negativas para el afán de sancionar a los delincuentes primerizos, en cuanto a que, las condiciones en las que se encontrarían en un recinto penal de Gendarmería, atentarían en contra de las pretensiones resocializadoras y rehabilitadoras que dice buscar el legislador. En realidad, muchas veces le allanarían el camino al fenómeno de la prisionización, al que ya nos referimos.

De esta manera, si bien de la exposición realizada podemos extraer que, en un primer momento dicha ley nace con una finalidad eminentemente preventiva, también podemos notar cómo con el correr del tiempo la institución de las penas sustitutivas tuvo que ir adaptándose para hacer frente a las críticas generalizadas a un sistema que en los hechos resultó ser poco eficiente y que simplemente no cumplía con las finalidades de reinserción y resocialización prometidas.

Modificaciones como las introducidas por la ley 20.603 y la ley 20.931 son ejemplos claros de cómo esta normativa va mutando, dando lugar a instituciones que puedan ser justificadas también desde una perspectiva retribucionista de la pena. Esto se demuestra desde aspectos tan básicos como el cambio de nomenclatura de la institución de “medidas alternativas” a “penas sustitutivas”, hasta la paulatina reducción del catálogo de delitos que permiten acceder

a la aplicación de estas penas sustitutivas. Podemos ver de esta manera cómo cobra sentido en nuestra legislación nacional el fenómeno descrito por Garland, en el sentido de que en las últimas décadas la escena penal ha visto un vuelco hacia el punitivismo y las ideas de resocialización ya no gozan del auge que en su momento tuvieron. Es muy patente en las modificaciones de la agenda corta, cómo consideraciones políticas permean el proceso legislativo, saliendo del ámbito puramente dogmático del asunto.

Aun cuando los resultados empíricos arrojan que las modificaciones establecidas con la ley de agenda corta, probablemente traigan sólo resultados simbólicos, de todas formas generan en la población, con un alto índice de victimización, la sensación de que las cosas se están haciendo correctamente.

De todo lo anterior, es posible concluir que hoy en día si queremos encontrar la fundamentación o racionalidad de instituciones como éstas, no podemos hacerlo desde un solo paradigma, ya que es necesario notar que tanto los fines preventivos como retributivos conviven en ellas, y dialogan de manera constante, limitándose mutuamente. Sin duda, este problema no puede analizarse en desconexión con el momento histórico que se viva, y las necesidades sociales de cada época, que finalmente son los factores que van a incidir en los cambios y evolución de las instituciones que nos rodean y determinarán en cada período cuál de estos paradigmas gozará de un mayor auge. No puede ser sólo una de ellas la que dote de racionalidad a la pena en todos los tiempos. Así lo demuestra la ley 18.216, que en su inicio quiso instaurarse como una normativa de fines preventivos, pero que con el correr del tiempo cedió paso al ímpetu retributivo de un legislador preocupado por las necesidades de su tiempo.

En ese sentido, es necesario que lo eminentemente teórico, como ha sido siempre la discusión por la fundamentación de la sanción penal, se conecte con la realidad que se está desarrollando y las instituciones que efectivamente nos rodean. Esto nos lleva a comprender que debe ser posible la convivencia de ambas fuerzas, calibrando lo que en cada momento se requiere de una u otra.

Lo expuesto hasta aquí, no sólo se manifiesta desde un punto de vista de la ley en abstracto: cuando el juez debe emprender la tarea de determinar la pena aplicable al caso concreto entran en juego los fundamentos de racionalidad de la pena y los límites que deben ser impuestos a la fuerza del *Ius Puniendi* Estatal. Este proceso de determinación no queda ajeno a los criterios y orientaciones político criminalmente relevantes. Sentado esto, es que se han configurado una serie de criterios de determinación de la pena que toman en consideración la circunstancia de que los intereses preventivos, sean estos especiales o generales, y retributivos, dialogan de manera constante a lo largo de las normativas de los diferentes sistemas jurídicos. A este respecto, podemos mencionar la teoría del ámbito de juego o del margen de libertad – *Spielraum theorie*, que en suma se trata de que la pena no puede estar sujeta a un índice rígido de culpabilidad del sujeto, en los siguientes términos: Se le da al juez un ámbito de juego o libertad entre los márgenes mínimos y máximos que establece el legislador en abstracto para cada delito y dentro de este ámbito se hace aplicación de criterios u orientaciones de carácter preventivo para finalmente determinar la pena en concreto.¹³³ En ese sentido, podemos reconocer que la culpabilidad viene a determinar de manera abstracta cuál será la pena aplicable al autor del delito en atención a la gravedad de éste, tomando en consideración el nivel de reproche que el ordenamiento jurídico expresa frente a esa conducta específica y -una vez que esto se encuentra determinado- entran en aplicación los criterios prevencionistas, dentro de un marco ya preestablecido en base a criterios de culpabilidad. Por lo tanto, en el espacio de juego, dentro de la medida apropiada de culpabilidad, entran a jugar las consideraciones preventivas.

Es así como podemos ver que toda la lógica que inunda a la pregunta acerca de la justificación de la imposición del *ius puniendi* desde un punto de vista teórico debe ser contrastada con la realidad práctica, cobrando relevancia la afirmación de Mario Durán¹³⁴, en el sentido que la

¹³³ DURÁN, Mario. “Justificación y legitimación político-criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional”. *Polít. crim.* Vol. 4, N° 8, (Diciembre 2009), p. 273

¹³⁴ Ídem, p.267.

pregunta acerca de la justificación de la pena, es una que se plantea como *nueva* en cada época. Esto evidencia la exigencia que tienen las instituciones penales de cuestionar su efectividad frente a la realidad que se pretende regular en un momento preciso y que se manifiesta en la necesidad de incorporar elementos que permitan fundamentar la imposición de la pena estatal desde diversos modelos teóricos, siendo la ley 18.216 y sus posteriores modificaciones un ejemplo claro del fenómeno descrito.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR, Cristián. "Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N°18.216 (Ley 20.603)", segunda edición (2015).

BACIGALUPO, Enrique. "Manual de Derecho Penal." ,Temis, (1996).

BARATTA, Alessandro. "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal, introducción a la sociología jurídico penal.", Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, 2004.

BARATTA, Alessandro. "Resocialización o control social. Por un concepto crítico de la "reintegración social" del condenado.", Criminología y Derecho Penal, año I, n°1, enero/junio 1991.

BECCARIA, Cesare. "De los delitos y las penas.", Fondo de Cultura Económica, México, 2000 (orig: 1764).

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. Historia de la Ley 20.603, modifica ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. [en línea] <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4505/>>

BLANCO, Javiera. "Medidas Alternativas a la Reclusión, Freno a la delincuencia." [en línea] <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2011-04-04_Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n-freno-a-la-delincuencia.pdf>

Boletín N° 5.838-2017, Formula indicaciones a la indicación sustitutiva del proyecto de ley tendiente a modificar la ley N° 18.216 Historia de la Ley N° 20.603, página 18, en www.bcn.cl.

CARO, Felipe. "John Howard y su influencia en la Reforma Penitenciaria Europea de finales del siglo XVIII.", Revista Eguzkilore N° 27, San Sebastián, 2013.

CURY, Enrique. "La prevención especial como límite de la pena."

DE LA JARA, Daniela. "Medidas alternativas a la Prisión en el Contexto de un Estado Democrático de Derecho.", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, 2014.

DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DEFENSORÍA NACIONAL. "Penas Sustitutivas de la ley 18.216" Minuta N°2/ 2014/ Enero.

DOMINEY Jane. "El Sistema de Libertad a Prueba en Inglaterra y Gales.", 2014, Revista Derecho Penitenciario n°5.

DURÁN, Manuel. "Justificación y legitimación político criminal de la pena. Concepto, criterios y orientaciones en la actual jurisprudencia nacional." [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992009000200001>

DURÁN, Manuel. "Prevención Especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y fundamentación de la Pena", en Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 13, Gendarmería de Chile, (2008).

DURÁN, Mario. "Teorías absolutas de la pena: Origen y fundamentos. Conceptos y críticas fundamentales a la teoría de la retribución moral de Immanuel Kant a propósito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el Derecho penal actual." [en línea] <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-43602011000100009>

FOUCAULT, Michel. "Vigilar y castigar." El nacimiento de la prisión, siglo XXI, Madrid 1976.

(Boletín N° 5.838-07). Formula indicaciones a la indicación sustitutiva del proyecto de ley tendiente a modificar la ley N° 18.216. Historia de la Ley N° 20.603, página 18, en www.bcn.cl.

FUNDACIÓN PAZ CIUDADANA. "Análisis del Proyecto de Agenda Corta Antidelincuencia." <<http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2016/05/analisis-proyecto-de-ley-agenda-corta-14-04.pdf>>

GARLAND, David. "La cultura del Control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea." ,Gedisa, (2001).

GODOY, Alejandra. "Las penas mixtas de la ley N° 18.216, modificada por la ley N° 20.603.", Afet para optar al grado de magíster en Derecho, Santiago, 2015.

HOFER, María Eugenia. "La Nueva versión de la ley 18.216 sobre penas sustitutivas a reclusión y el propósito de la reinserción social." Derecho Penitenciario septiembre - noviembre 2012.

HOFER DENECKEN, MARÍA EUGENIA. 2008. "Medidas alternativas a la reclusión en Chile." [en línea] Conceptos (Fundación Paz Ciudadana), febrero de 2008, numero 4. Disponible en <http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2008-02-01_Conceptos-N%C3%82%C2%BA-4-Medidas-alternativas-a-la-reclusi%C3%83%C2%B3n.pdf>

HORVITZ, María Inés. "Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216)", en Sistema Penal y Seguridad Ciudadana. Cuadernos de Análisis Jurídico, 1992

HOWARD, John. "El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales.", Fondo de Cultura Económico, México, 2003.

JAKOBS, Günther. "Derecho Penal Parte General", Marcial Pons, Madrid. 1997.

LUZÓN PEÑA Diego Manuel. "Curso de Derecho Penal Parte General I." Universitas, Madrid.

MAÑALICH, Juan Pablo. "Retribución como Coacción Punitiva", Derecho y Humanidades 16, vol. I(2010).

MATEOS, José Francisco. "Las penas en el antiguo régimen español.", Trabajo de Grado en Derecho, 2014.

MINISTERIO DE JUSTICIA, División de Reinserción Social. "Material para Capacitación Nueva Ley Nº 18.216, Análisis de Las Modificaciones Introducidas por la ley Nº 20.603." [en línea] <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>>

MIR PUIG Santiago. "Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho.", Casa Barcelona.

MORALES, Ana María. "Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores", Política Criminal Vol 8, Nº 16, 2013

MORALES Ana María y WELSCH Gherman. "Modificaciones introducidas por la Ley Nº20.603 y la conveniencia de robustecer el sistema de medidas alternativas a la cárcel." 2014, Revista Derecho Penitenciario nº5

MORALES, Ana. MUÑOZ, Nicolás. WELSCH, Gherman. FÁBREGA, Jorge. "La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno." [en línea] <http://www.pazciudadana.cl/wpcontent/uploads/2013/07/2013-03-21_reincidencia-en-el-sistema-penitenciario-chileno.pdf>

NOVOA, Eduardo. "Curso de Derecho Penal Chileno", 2 tomos, 3a ed., Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

RAMÍREZ, Tomás. "Nuevo Régimen de Sustitución de Penas. Revista Jurídica del Ministerio Público N°51." (Junio 2012) [en línea] <http://www.fiscaliadechile.cl/observatoriodrogaschile/documentos/publicaciones/nuevo_regimen_sustitucion_penas_TR.pdf>

ROXIN, Claus. "Derecho Penal Parte General", tomo I, (1997).

ROXIN Claus. "Problemas Básicos del Derecho Penal." Reus. Madrid.

ROXIN, Claus. "Sentido y Límites de la pena estatal", en del mismo, Problemas básicos del Derecho Penal. Reus, Madrid.

SEGOVIA José Luis. "Consecuencias de la prisionización."

VELÁSQUEZ, Javier. "El origen del paradigma de riesgo". Polít. crim. Vol. 9, N° 17 (Julio 2014)