



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN EL CONTEXTO DE UN  
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

Memoria de Prueba para optar al Grado de Licenciado en  
Ciencias Jurídicas y Sociales.

DANIELA PAZ DE LA JARA MOREIRA

Profesor Guía  
Sr. Eduardo Sepúlveda Crerar

Santiago, Chile  
2014

## INDICE

INDICE .....	2
INTRODUCCIÓN .....	5
CAPÍTULO I.....	7
ASPECTOS GENERALES DE LA PENA Y SUS LÍMITES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO .....	7
1.1 LA PENA.....	7
1.2 FINES DE LA PENA.....	9
1.2.1 VÍA ABOLICIONISTA.....	9
1.2.2 VÍA JUSTIFICACIONISTA .....	9
1.2.2.1 LAS TEORIAS ASOLUTAS: LA RETRIBUCIÓN. ....	10
1.2.2.2 TEORIAS RELATIVAS.....	11
1.2.2.2.1 Teoría de la Prevención General. ....	11
1.2.2.2.2 Teoría de la Prevención Especial. ....	13
1.2.2.2.3 Teorías Mixtas o Eclécticas. ....	14
1.2.2.3 TEORÍAS ADITIVAS O UNIFICADORAS. ....	14
1.2.2.3.1 La Teoría Unificadora Dialéctica de Claus Roxin. ....	15
1.3 LA PENA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. ....	17
1.4 DERECHO PENAL GARANTISTA: LIMITACIONES DE LA PENA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO.....	22
1.4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	22
1.4.2 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA. ....	24
1.4.3 PRINCIPIO DE ADECUACIÓN. ....	27
1.4.4 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD. ....	27
1.4.5 PRINCIPIO DE NECESIDAD. ....	27
1.4.6 PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN.....	28
CAPITULO II .....	30
CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ....	30
BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS. ....	30
2.1 LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	30
2.2 CONCEPTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ....	33
2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ....	36
2.4 CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ....	38
2.5 POLÍTICA CRIMINAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA PENAL...41	
2.5.1 POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA PENITENCIARIO. TENDENCIAS. ....	45
2.6 BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. 49	
CAPÍTULO III.....	53

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN. INSTAURACIÓN DE LA LEY 18.216.....	53
3.1 CONCEPTUALIZACIONES PREVIAS. ....	53
3.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: ORIGEN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN CHILE. ....	55
3.3 MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN LA LEY 18.216. ÁMBITO DE APLICACIÓN. ....	58
3.3.1 DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS CONTEMPLADAS EN LA LEY 18.216.....	59
3.3.1.1 REMISION CONDICIONAL DE LA PENA .....	60
3.3.1.1.1 Condiciones.....	61
3.3.1.2 LIBERTAD VIGILADA. ....	63
3.3.1.2.1 Condiciones para su concesión. ....	64
3.3.1.2.2 Obligaciones Anexas.....	65
3.3.1.3 RECLUSIÓN NOCTURNA .....	66
3.3.1.3.1 Requisitos.....	67
3.5 CONSECUENCIAS DE LA INSTAURACIÓN DE LA LEY 18.216.....	68
3.5.1 MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO NUEVO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL. ....	74
3.5.2 CRITICAS A LAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.....	76
 CAPITULO IV.....	 77
LEY N° 20.603 QUE REFORMA LEY N° 18.216. NUEVOS MECANISMOS DE SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN. COMENTARIOS.....	77
4.1 FUNDAMENTOS. ....	77
4.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENAS SUSTITUVAS DE LA LEY 20.603 .....	79
4.3 REGLAS GENERALES Y ESPECIALES DE IMPROCEDENCIA DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS. ....	83
4.3.1 REGLAS GENERALES.....	84
4.3.2 REGLAS ESPECIALES.....	85
4.3.3 CONSIDERACIÓN SOBRE CONDENAS ANTERIORES. ....	86
4.4 ANÁLISIS DE LAS PENAS CONTEMPLADAS EN LA NUEVA LEY N°20.603 .....	86
4.4.1 LA REMISIÓN CONDICIONAL .....	86
4.4.1.1 REQUISITOS DE PROCEDENCIA. ....	87
4.4.1.2 CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR EL SENTENCIADO. ....	89
4.4.2 LA RECLUSIÓN PARCIAL.....	91
4.4.2.1 MODALIDADES DE RECLUSIÓN PARCIAL. ....	91
4.4.2.2 REQUISITOS DE PROCEDENCIA. ....	93
4.4.3 LA LIBERTAD VIGILADA Y LA LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA. ...	94
4.4.3.1 REQUISITOS DE PROCEDENCIA PARA AMBAS PENAS SUSTITUTIVAS. ....	95

4.4.3.2	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA. ....	96
4.4.3.3	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA. .....	97
4.4.3.4	PERIODO DE INTERVENCIÓN Y CONDICIONES COMUNES DEL CONDENADO A LIBERTAD VIGILADA Y LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA. ....	98
4.4.4	BREVE REFERENCIA AL MODELO DE INTERVENCIÓN. ....	100
4.4.4.1	OTROS ACTORES IMPORTANTES EN EL MODELO DE INTERVENCIÓN. ....	106
4.4.4.1.2	Supervisor Técnico.....	108
4.4.5	LA PENA MIXTA.....	110
4.4.5.1	REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN. ....	110
4.4.5.2	DECISIÓN SOBRE LA PENA MIXTA. ....	114
4.4.5.3	RÉGIMEN DE LA PENA MIXTA. ....	115
4.4.6	LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD .....	117
4.4.6.1	ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN CHILE. ....	119
4.4.6.2	RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN DE ESTA PENA. .....	120
4.4.6.3	REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.....	121
4.4.6.4	NORMATIVA APLICABLE PARA SU EJECUCIÓN.....	123
4.4.7	LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.....	131
4.4.7.1	NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS. .	132
4.4.7.2	ANÁLISIS DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS COMO PENA SUSTITUTIVA. FUNDAMENTOS Y REQUISITOS. ....	134
	CONCLUSIONES .....	141
	BIBLIOGRAFÍA .....	154

## INTRODUCCIÓN

La pena privativa de libertad sigue siendo, en la mayoría de las naciones del mundo, así como en Chile, la sanción penal más impuesta, sin embargo esta empieza a ceder en los países más industrializados frente a otras clases de sanciones.

El propósito de este trabajo es poner de manifiesto las funciones que dentro del Derecho Penal se entrega a la pena privativa de libertad y la crisis en la obtención de dichos propósitos, seguido de los fundamentos de diversas tendencias doctrinarias nacionales e internacionales que abogan por la legitimación de un sistema de penas sustitutivos de la prisión y que, en definitiva, han servido de base para la realización de diversas modificaciones legales en derecho comparado y a nuestro país. En este contexto, me centro especialmente en las penas contenidas en la Ley 18.216 sobre Medidas Alternativas a la Privación de Libertad, incluyendo en un capítulo completo las modificaciones introducidas por la reforma producida a través de la Ley 20.063, análisis que realizo desde el paradigma de un Derecho Penal inmerso en un Estado Democrático de Derecho garante y respetuoso de los derechos fundamentales que asisten a los condenados.

De esta manera, pretendo ilustrar un panorama general que permita reconocer la situación práctica de la aplicación del sistema contenido en la Ley 18.216 sobre medidas alternativas a la privación de libertad y si éste ha contribuido verdaderamente a una reducción del uso efectivo de la prisión o bien, y desde un punto de vista político criminal, responde a otras razones más o menos encubiertas, las cuales, -y conforme las

ha llamado parte de la doctrina-, responden a criterios de mero control social y a un expansionismo del Derecho Penal.

## **CAPÍTULO I**

### **ASPECTOS GENERALES DE LA PENA Y SUS LÍMITES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

#### **1.1 LA PENA**

La pena es un concepto que nos remite indefectiblemente al propio Derecho Penal, configurándose como uno de sus elementos más notorios y característicos. En efecto, la pena se configura como la consecuencia jurídica de la realización de un hecho delictivo, esto es, la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales competentes al responsable de un delito<sup>1</sup>.

Se puede constatar, conforme a la generalidad de las definiciones dadas por la doctrina, que el concepto de pena implica un mal; una privación de ciertos derechos determinados, en un tiempo y lugar también determinados<sup>2</sup>, pero que carece de una definición material general respecto de cuáles son esos derechos que pueden privarse o afectarse, sino que, tal “contenido” de privación o afectación de derechos se configura por cada ordenamiento jurídico ubicado en un tiempo y lugar determinado. De este modo, han existido y se han aplicado diversas penas, en cuyas variaciones se reflejan los

---

<sup>1</sup> “El Derecho Penal, desde un punto de vista objetivo, puede ser definido como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo e individualiza al sujeto que lo realizó, imponiéndole por su hecho una pena y/o una medida de seguridad”. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN Y HORMAZÁBAL MALARÉE, HERNÁN, Lecciones de Derecho Penal, Trotta, 1997-1999, 260 p.

“El Derecho Penal en sentido amplio es aquella parte del ordenamiento jurídico que comprende las normas de acuerdo con las cuales el Estado prohíbe o impone determinadas acciones, y establece penas para contravención de dichas órdenes” ETCHEBERRY, ALFREDO. Derecho Penal, Ed. Jurídica de Chile, 1998, 361 p.

“El Derecho Penal está constituido por el conjunto de normas que regulan la potestad punitiva del Estado, asociando a ciertos hechos, legalmente determinados, una pena o medida de seguridad o corrección, como consecuencia, con el objeto de asegurar el respeto por los valores fundamentales sobre los cuales descansa la convivencia humana pacífica”. CURY URZÚA, ENRIQUE. Derecho Penal Parte General Tomo I, pág 3.

<sup>2</sup> Así en ETCHEBERRY, ALFREDO. Ob Cit. pág. 30 y CURY URZÚA, ENRIQUE. Ob Cit. pág 33.

cambios históricos y valorativos sobre el modelo de sociedad y del tipo de Estado en que ésta se inserta.

Según JUAN BUSTOS RAMÍREZ, decir que la pena es un mal, no es suficiente para agotar su contenido, lo cual sólo será posible en la medida en que se reconozca la indisolubilidad absoluta entre el Estado y pena. Esto significa que “la pena es un instrumento de aseguramiento del Estado, la pena no es otra cosa que la autoconstatación general del Estado, reafirmación de su existencia en forma general, una necesidad para su subsistencia”<sup>3</sup>.

En consecuencia, el análisis relativo a la función que se le asigna a la consecuencia jurídica del delito, la pena, dependerá del rol que se asigna al Derecho Penal mismo, y en último término al Estado. Como señala BORJA MAPELLI CAFFARENA, “siendo la pena un instrumento de control estatal, en la teoría de la pena quedan reflejadas las diferencias profundas que separan las diversas concepciones sobre el poder del Estado y su modus operandi”<sup>4</sup>.

Conforme lo anterior, el estudio relativo a la pena, su finalidad y límites pueden hacerse a la luz de distintos paradigmas filosóficos, sin embargo, el presente análisis se inserta en una dialéctica determinada junto al Estado Democrático de Derecho, según el cual, la pena debe ceñirse a ciertas consideraciones y principios fundamentales. En este sentido, la privación o limitación de derechos que la pena siempre trae consigo no es gratuita, debe tener un propósito, una finalidad. Esta es la función de la llamada Teoría de la Pena, que no es otra cosa que la búsqueda y fundamento de un propósito legítimo de ella, búsqueda que aún no se agota en nuestros días y que contribuye al continuo y necesario examen de legitimidad de nuestras instituciones sociales.

---

<sup>3</sup> BUSTOS RAMIREZ, JUAN. Obras completas. Perú. Ara Editores. Tomo II, 2004, pág. 80.

<sup>4</sup> MAPELLI CAFFARENA B. y TERRADILLOS BASOCO J. Las consecuencias jurídicas del delito. 3ª ed. Madrid, Civitas S.A, 1996, p. 259.

## **1.2 FINES DE LA PENA.**

Los intentos de justificación de la pena se han desarrollado siguiendo alguna de las dos grandes corrientes filosóficas: la vía abolicionista y la justificacionista.

### **1.2.1 VÍA ABOLICIONISTA**

Se caracteriza por la severa crítica que realiza a todo el sistema de justicia penal. Sus defensores afirman que la pena no tiene ninguna posibilidad de legitimación, y en consecuencia, proponen la abolición completa del propio Derecho Penal. Dentro de esta corriente abolicionista -que constituye la posición minoritaria- existen diversas posturas que van desde el radicalismo propugnado por autores como MATHIESEN o MAX STIRNER, donde no sólo no se justifican las penas, sino también las prohibiciones y los juicios penales, hasta las posiciones más moderadas donde, a pesar de rechazar frontalmente la existencia del Derecho Penal, admiten otras formas de control social; se trata de doctrinas moralistas y solidarias que cuentan con autores como CHRISTIE, HULSMAN, GODWING, BAKUNIN, KROPOTKIN, MOLINARI y MALATESTA. Sin embargo, este enfoque no responde a la pregunta de por qué existe la pena como una realidad necesaria, ni tampoco satisface los presupuestos de este trabajo, puesto que éste nace precisamente de la aceptación de la legitimidad del Estado democrático de Derecho, como modelo de regulación de la convivencia social. De esta forma, tanto el Derecho Penal como la pena, se configuran como una realidad en nuestra cosmovisión jurídica que es necesario justificar bajo este paradigma.

### **1.2.2 VÍA JUSTIFICACIONISTA**

Es la postura mayoritaria. Según esta corriente la pena tiene una utilidad, y si bien siempre es un mal, es un mal menor que justifica su existencia. Empero, la doctrina penal ha realizado este análisis desde distintas ópticas, por lo que no cabe hablar de una

única doctrina justificacionista, sino de varias. En este sentido, las teorías justificacionistas pueden agruparse en tres: las teorías absolutas, las teorías relativas y las teorías unitarias.

#### 1.2.2.1 LAS TEORIAS ASOLUTAS: LA RETRIBUCIÓN.

Estas teorías rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia pena. Para ellas, la finalidad esencial de la pena se agota en sí misma, en cuanto al mal impuesto a un sujeto por la comisión de un delito. La pena es retribución, castigo del mal cometido con el delito<sup>5</sup>.

Desde una perspectiva jurídica, sus defensores señalan que buscar otro fin ajeno a la mera retribución del delito cometido conllevaría el instrumentalizar al hombre en la búsqueda de fines que le son ajenos, con lo que se le estaría equiparando a una cosa, lo cual es contrario a su dignidad humana. En consecuencia, la justicia no puede depender de conveniencias utilitarias que varíen en cada momento, sino que debe imponerse con carácter absoluto.

Con todo, y a pesar de la estructura lógica de sus construcciones jurídico-filosóficas, las teorías absolutas son inadmisibles en un modelo de Estado democrático de Derecho como el nuestro. La razón fundamental es que si bien explica por qué se castiga, no aclara el contenido de sus fines: para ellos la pena no persigue fin alguno. Además, - como recalca NIEVES SANZ MULAS-, si el Estado democrático de Derecho arranca de situar en el pueblo el origen de todo poder, ¿puede asignarse a la pena otro fundamento y otra finalidad que la de hacer posible la convivencia a través de la lucha contra el delito?

---

<sup>5</sup> En estas teorías confluyen la tradición filosófica del idealismo y la tradición cristiana, donde sus más ilustres exponentes son CARRARA, CARNELUTI, HEGEL y KANT, quienes, sin perjuicio de las diversas justificaciones y orientaciones particulares, concuerdan en considerar que la pena obedece al concepto de justicia, y que el mal impuesto es la retribución del mal causado, y que con la pena se pretende restablecer el orden social que se ha quebrantado.

En un Estado de Derecho como el nuestro las sentencias se pronuncian en nombre del pueblo, luego, sólo puede justificarse como medio de asegurar la convivencia. Esto es, como medio sujeto a fines ajenos al mal que la pena siempre comporta<sup>6</sup>.

#### 1.2.2.2 TEORIAS RELATIVAS.

Estas teorías pretenden explicar los fines externos de la pena, que no es otra cosa, que evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. En estas orientaciones, la pena se dirige al futuro, pretende prevenir determinadas conductas para así mantener la convivencia social como algo históricamente determinado, y, en consecuencia, relativo; de ahí su denominación como teorías relativas. La pena no es un castigo de un mal, sino un instrumento dirigido a prevenir futuros delitos; es algo útil.

Estas teorías se subdividen en dos categorías, según el sujeto al cual van dirigidas: prevención general y prevención especial.

##### 1.2.2.2.1 Teoría de la Prevención General.

Desde este enfoque, la pena se considera dirigida a los miembros de la sociedad que pretende regular para que en el futuro, ante la amenaza de la pena, se abstengan de delinquir. De este modo, se concibe la pena como medio para evitar que se cometan más delitos.

La prevención general, ya sea en la vertiente que fuere, siempre ha existido y nunca ha sido cuestionada la necesidad de intimidar en la generalidad de la población. Su problema radica en la falta de límites, pues en la ambiciosa búsqueda por intimidar a la generalidad se puede llegar incluso al terror penal.

---

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA JULIO; PÉREZ CEPEDA, ANA; SANZ MULAS, NIEVES; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. Manual de Derecho Penitenciario. España. Editorial Colex, Universidad de Salamanca. 2001. 436 p.

El primero en utilizarla en sus construcciones penales en un sentido moderno fue FUERBACH, a principios del siglo XIX. Antes de él, la pretensión era combatir la criminalidad a través de la ejemplaridad en la ejecución de la pena, lo que llevó a cometer excesos y abusos como las ejecuciones públicas, las penas corporales, los azotes, etc., por lo que con ello, el momento más relevante de la prevención se situaba en la propia ejecución de la sanción. Sin embargo, este autor, con su “teoría de la coacción psicológica”, fija su atención en un momento distinto; en la fase legislativa, porque para él, la pena se utiliza como amenaza dirigida a la colectividad en la propia norma. La ejecución de la pena pasa, en consecuencia, a un segundo plano. Pasa a convertirse en una mera confirmación de que la amenaza penal iba en serio<sup>7</sup>.

La prevención general, desde el momento en que es así concebida, constituye una constante en el pensamiento penal llegando hasta nuestros días, de manera tal que en las últimas décadas se le ha subclasificado en dos nuevas categorías: prevención general negativa y prevención general positiva.

La prevención general negativa o intimidatoria es la que se corresponde con la idea de intimidación analizada precedentemente. Por otro lado, la prevención general positiva o integradora, es aquella prevención que busca estabilizar la confianza de la comunidad en el Derecho. De esta forma, la pena no se reduce sólo a la intimidación de los potenciales delincuentes como sujetos que realizan cálculos racionales, sino que debe tratar de influir positivamente sobre el arraigo de las normas. Pretende, en definitiva, una verdadera afirmación y asentamiento social de las normas fundamentales mediante una actitud de respeto por el Derecho<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Anteriormente, otros autores ilustrados como BECCARIA, BENTHAM, FILANGIERI, LARDIZÁBAL o ROMAGNOSI fundan sus argumentos estimando que el comportamiento criminal viene regulado por la ley de la utilidad, y la pena se conforma como el medio idóneo para evitar que surjan nuevos delincuentes en la sociedad.

<sup>8</sup> Este planteamiento es defendido por autores como HASSEMER y JAKOBS, y criticado por autores como SILVA y LUZÓN PEÑA, por estimarlo una actualización de las doctrinas retribucionistas, y que además, permite una injerencia inaceptable en la esfera de actitud interna del ciudadano en su búsqueda de adhesión al Derecho.

#### 1.2.2.2.2 Teoría de la Prevención Especial.

El desarrollo moderno de esta teoría parte del fracaso que significó la amenaza abstracta de una pena que supone la comisión de un delito, en virtud del cual se vislumbró la necesidad de justificar la pena con relación al sujeto que delinquirió. Su premisa básica considera que la seguridad de la sociedad no se alcanza por medio de una amenaza abstracta, sino dirigiéndose a la fuente productora del delito, esto es, el delincuente.

La prevención especial pretende evitar que aquel que ha delinquirido vuelva a hacerlo. Es decir, pretende incidir sobre un sujeto determinado: aquel que ha cometido un delito.

Desde el punto de vista de un Estado Democrático de Derecho, el fin de posibilitar la vida en sociedad mediante la actuación sobre los sujetos que han delinquirido es una finalidad necesaria y racional. Sin embargo, este modelo no es suficiente para proteger a la sociedad, puesto que aquí no es relevante la gravedad del delito, sino la posibilidad de que el delincuente vuelva a delinquir. Además, tampoco puede, por sí sola, justificar el recurso de la pena, pues, siguiendo esta línea argumentativa, en algunas ocasiones ésta aparecería como innecesaria en aquellos casos en que se determine que el autor de un delito no volverá a cometerlo ya que se ha realizado bajo circunstancias extraordinarias que presumiblemente no volverán a materializarse y, sin embargo, sería absurda la impunidad del sujeto.

En consecuencia, la doctrina de la prevención especial ofrece una finalidad de la pena adecuada a un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, pero que ha de delimitarse por las exigencias del propio modelo de Estado, y por la finalidad última de protección de bienes jurídicos que le cabe al propio Derecho Penal.

En definitiva, y a la luz del paradigma del Estado Democrático de Derecho, las finalidades expuestas no justifican por sí sola la imposición de una pena, ya que, por un lado, la retribución implica la admisión de la antigua Ley del Talión, la cual no persigue finalidad alguna y se muestra impracticable desde el punto de vista valorativo. En cuanto a la prevención general, ésta puede derivar en terror penal en su búsqueda de intimidar a la colectividad y, finalmente, la adopción extrema de la teoría de la prevención especial implicaría la admisión de penas indeterminadas, algo también inconcebible en un modelo de Estado que consagra los valores fundamentales de seguridad jurídica y legalidad.

En virtud de estas consideraciones, es que la doctrina penal comenzó a examinar nuevos modelos teóricos con la idea de unir los fines preventivos a los retributivos, buscando una correlación complementaria entre ellos. De esta manera, nacen diversas teorías que consideran que la retribución, la prevención general y la prevención especial son diversos aspectos del mismo fenómeno complejo que constituye la pena. Estas hipótesis se han llamado teorías mixtas o eclécticas.

#### 1.2.2.2.3 Teorías Mixtas o Eclécticas.

Estas teorías nacen, sobre todo a partir de MERKEL y VON HIPEL, con la idea de unir los fines preventivos a los retributivos buscando una limitación entre ellos. Entre las diversas posturas que se basan en esta idea, cabe distinguir a dos subgrupos: las teorías aditivas o unificadoras y las teorías eclécticas.

#### 1.2.2.3 TEORÍAS ADITIVAS O UNIFICADORAS.

Para sus defensores la esencia de la pena es la retribución, y conjuntamente con ella, la pena pretende conseguir fines preventivos. Se trata de teorías frágiles y de difícil limitación conceptual dado el carácter opuesto de las ideas retribucionistas y las

preventivas. Su contenido se manifiesta en una mera adición de los puntos de vista señalados en ambas tendencias doctrinarias, sin establecer un orden de preferencia entre ellas, por lo cual, no entrega una real solución al asunto, sino que termina por complejizar el asunto aún más. Este es el problema conocido como “las antinomias de la pena”<sup>9</sup>.

#### 1.2.2.3.1 La Teoría Unificadora Dialéctica de Claus Roxin.

Con el propósito de dilucidar tales conflictos, Claus Roxin propuso en 1966 su “teoría unificadora dialéctica”. Esta teoría propone diferenciar los tres distintos momentos de la pena, esto es, la amenaza, aplicación y ejecución, asignándole a cada uno de ellos fines parcialmente diferentes. De este modo, se diferencia de las teorías unificadoras que no consideran los distintos momentos en que ésta opera, pasando a una perspectiva diferenciadora que distingue la función de la pena en cada uno de ellos: el momento de amenaza de la pena o legislativo, el judicial o aplicativo, y el ejecutivo o de cumplimiento de la pena.

Según su propuesta, en la fase conminatoria, legislativa o de amenaza de la pena, el fin a perseguir sería preventivo general, ya que aún no existe un delincuente al que resocializar y, en consecuencia, no hay posibilidad de incluir fines preventivo especiales. El fin preventivo general se verá satisfecho a través de la cantidad de pena que de forma abstracta se establece en el correspondiente tipo penal como amenaza abstracta a la transgresión del bien jurídico allí protegido.

De todas formas, en esta fase se observa una cierta inclinación o tendencia preventivo especial, puesto que se prevé el marco de aplicación de la pena que el juez

---

<sup>9</sup> Este problema es producto de una cuestión evidente: los fines de la pena persiguen cosas distintas y proceden de concepciones distintas, por lo cual, descansan en distintos presupuestos, porque, mientras la prevención general haría hincapié en una mayor pena en aras de intimidar a la colectividad para que se abstenga de cometer un determinado delito; la prevención especial, de su parte, exigiría una respuesta punitiva menor buscando resocializar al individuo que transgredió esa norma, o viceversa.

aplicará en la fase siguiente. En efecto, el legislador a la hora de establecer las leyes también debe tener en cuenta los efectos perniciosos que esa pena, prevista de forma abstracta, va a provocar en el individuo que transgreda la norma, procurando evitarla o morigerarla, en la medida de lo posible, a través de figuras e instituciones orientadas a la resocialización o, al menos, a la no desocialización. En consecuencia, en esta fase conminatoria se observan orientaciones preventivo generales como finalidad prioritaria a perseguir, sumada a la consideración de ciertos objetivos preventivo especiales.

En la etapa aplicativa o judicial de la pena, el fin preventivo general se concretaría en el hecho que, la imposición de la pena por el juez es la confirmación de la amenaza abstracta expresada por la ley. Esta etapa, en definitiva, es la prueba de que la amenaza penal iba en serio, ya que el nivel de eficacia preventivo general de un precepto depende directamente de su aplicación. Asimismo, el hecho que un sujeto se vea implicado en un proceso penal, a causa de la comisión de un hecho delictivo, siempre lleva implícito un efecto intimidante para el resto de los miembros de la sociedad.

Por otro lado, se concretarían ciertos fines preventivo especiales, derivados de la aplicación efectiva de la pena dentro de los márgenes señalados en la ley. Esto es así porque la individualización de la sanción penal siempre debe estar guiada por exigencias preventivo especiales; esto es, debe partir del autor del delito y de sus concretas circunstancias en búsqueda de su resocialización. No obstante, como ambos criterios son generalmente opuestos, la doctrina ha creado diversas fórmulas para señalar cuál de ellos debe prevalecer.

Una parte de la doctrina postula que el criterio prioritario a tener en cuenta es el preventivo general, basándose en la primacía de los intereses sociales por sobre los individuales. Para otro sector doctrinario, el criterio que debe prevalecer es el preventivo especial, pues consideran que el hecho que en esta fase la pena produzca efectos preventivos generales no significa que estos deban ser buscados por el juez, sino que ha

sido el legislador, al establecer la amenaza abstracta de la pena, quien ya tuvo en cuenta los correspondientes criterios preventivo generales, pues éstos y no otros son los que llevaron a catalogar como delictiva tal conducta típica. En consecuencia, en la fase aplicativa los únicos efectos que deben ser buscados como fines son los preventivos especiales o resocializadores, aún cuando la imposición de una pena a un sujeto concreto lleve inherentes ciertos efectos preventivo generales sobre la comunidad.

Finalmente, en la etapa penitenciaria, de ejecución o de cumplimiento, la única finalidad a perseguir debe ser preventivo especial. Esto es así porque las penas, y especialmente aquellas que implican la privación de libertad, deben encaminarse hacia la resocialización del imputado, entendida ésta como vida futura sin delitos.

No obstante, esta etapa de cumplimiento de la pena también posee efectos preventivo generales, ya que la sociedad en general al comprobar que efectivamente se aplica una pena a quien comete un delito se ve conminada a la no realización de la conducta típica. De este modo, la ejecución se convierte en la confirmación de los fines de los momentos anteriores, puesto que al no cumplirse las penas previstas por el legislador desaparecería su potencial efecto intimidante. De todas formas, y al igual que en el caso anterior, el hecho de que en esta etapa también concurren fines preventivo generales no legitima a que éstos sean, en ningún caso, buscados como propósitos. El único fin legítimo a perseguir en esta fase debe ser el preventivo especial.

### 1.3 LA PENA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO.

Como se ha señalado precedentemente, la historia del Derecho Penal se confunde con la historia política del propio Estado y, en consecuencia, con el devenir de los tiempos han existido diversas concepciones sobre la finalidad de la pena así como diversas concepciones del Estado.

En la concepción moderna de Estado la pena es monopolizada por éste, y su función dependerá del cometido que a aquél se le asigne.

Conforme las nociones inspiradoras de la tradición jurídica moderna, el *ius puniendi* del Estado está delimitado por una serie de funciones obligatorias en virtud del pacto social adherido por todos y que se encuentra representado en la Constitución. Como la Constitución Política de la República dispone expresamente en su artículo 4° que “Chile es una república democrática”, y en los artículos 6° y 7° inc. 1° señala respectivamente que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley”; y “ Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”, donde, en definitiva, se acogen los conceptos elementales del Estado de Derecho, por lo que resulta fundamental dilucidar cuáles son las implicancias de que la pena esté inmersa en un modelo de Estado de esta naturaleza y cuál es la relevancia de esta relación.

El Estado de Derecho consiste en la materialización de una serie de preceptos o postulados que fijan la sujeción, tanto de los ciudadanos, como de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico, garantizando una serie de derechos fundamentales y libertades públicas, que actúan como verdaderos derechos subjetivos frente a la acción represora del Estado en el ejercicio de su *ius puniendi*<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> GARCÍA PELAYO, M., “El Estado social y democrático de Derecho”, citado en SANZ MULAS, N., Alternativas a la pena privativa de libertad. Madrid, Colex, 2000. 494 p.

Cada uno de estos derechos subjetivos constituye un límite, que a su vez constituye una garantía establecida para la tutela de un valor, que así resulta incorporado por las normas del ordenamiento jurídico positivo como vinculante respecto a todas las normas de nivel inferior<sup>11</sup>.

Por otra parte, el Estado Democrático es aquel que se expresa en la participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones mediante el principio de la soberanía nacional. Desde una perspectiva material, democracia es aquel sistema de gobierno en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente<sup>12</sup>.

El fundamento de la democracia es el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Las personas son libres y conscientes de su libertad, por lo que tienen la facultad de decidir y elegir. En este sentido, es la forma de organización social y política que mejor garantiza el respeto, el ejercicio y promoción de los derechos humanos.

---

<sup>11</sup> LUIGI FERRAJOLI utiliza el término Estado de Derecho como sinónimo de “garantismo”, por eso, designa no simplemente un “Estado legal” o regulado por la ley, sino un modelo de Estado nacido con las modernas Constituciones y caracterizado: a) en el plano formal, por el principio de legalidad, en virtud del cual todo poder público, -legislativo, judicial y administrativo-, está subordinado a las leyes generales y abstractas, que disciplinan sus formas de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por parte de jueces separados del mismo e independientes; b) en el plano sustancial, por la funcionalización de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos, mediante la incorporación limitativa en su Constitución de los deberes públicos correspondientes, es decir, de las prohibiciones de lesionar los derechos de libertad y de las obligaciones de dar satisfacción a los derechos sociales, así como de los correlativos poderes de los ciudadanos de activar la tutela judicial. Todo lo anterior en FERRAJOLI, LUIGI. “Derecho y Razón”. 5ª Edición. Madrid. Trotta. 2001. 1019 p, pág 865.

<sup>12</sup> CARPIZO, JORGE, Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina. Revista Latinoamericana de Derecho. Enero-Diciembre, 2007. Año IV núm. 7-8. [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt8.pdf>> [Consulta : 12 de julio de 2013]

La democracia es constitucionalista, pues sienta sus bases en una Carta Fundamental donde se establece la organización y atribuciones de los poderes públicos como también se reconocen y garantizan los derechos humanos. Se caracteriza también por diversos elementos, como son: establecer el bien común como fin del Estado, ser el gobierno de la mayoría con respeto a los derechos de las minorías, permitir el pluralismo ideológico y político, incentivar las libertades políticas que rodean al proceso electoral, permitir elecciones libres y periódicas de los gobernantes según las normas preestablecidas, con sufragio universal, secreto, personal, igualitario y debidamente informado de los ciudadanos, descartando todo tipo de violencia tanto física como verbal, al igual que el terrorismo. Asimismo, se distribuye el poder del Estado en órganos diferentes, para evitar el abuso de uno de ellos a través del control de los otros, se reconoce la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad para que los ciudadanos satisfagan diversas necesidades y finalmente, permite la vigencia efectiva de un Estado de Derecho<sup>13</sup>.

Respecto de los principios y reglas que todo régimen democrático ha de tener se señala que la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana son fundamentales. El respeto a la dignidad de la persona, significa que el Estado reconoce y valora integralmente a todos los individuos por el hecho de ser persona, sean de distinto sexo, edad, etnia, condición socioeconómica y cultural, todos tienen una misma dignidad inalienable. El reconocimiento de la libertad significa que el Estado comprende que se trata de un derecho inherente a toda persona que trae consigo desde el momento de nacer, y que le permite optar, tomar decisiones, y en definitiva, definir su vida personal y social. Sobre la igualdad podemos decir que es un principio en virtud del cual, el Estado reconoce que todos los seres humanos nacen con una personalidad y cualidades esencialmente iguales y en consecuencia, no pueden establecerse diferencias sobre criterios como la raza, sexo, estirpe o condición económica, social o cultural<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL DE CHILE. La democracia.

En línea: <<http://www.bcn.cl/ecivica/democracia/>> [consulta : 13 de julio 2013]

<sup>14</sup> Los principios esenciales que informan este modelo político son, en primer lugar, el respeto, promoción y garantía de los derechos humanos: el Estado está obligado al respeto de los derechos de las

En consecuencia, la materia medular, principal y última de la democracia es la persona humana, donde la defensa y promoción de los derechos fundamentales constituye un mecanismo de su realización y protección.

Con todo, la construcción conceptual del Estado Democrático de Derecho no consiste en la mera adición de las ideas de uno y otro; la originalidad y significación de la fórmula no radica en los términos que contiene tomados de forma aislada, ni tampoco en su simple agregación o superposición que no añadiría un sentido nuevo a cada uno de ellos, sino en la integración de todos ellos en una totalidad conceptual en que, sin perjuicio de su propia autonomía, se condicionan y complementan recíprocamente tratando de dar respuesta al papel que la sociedad de nuestro tiempo exige al Estado.

Como se puede apreciar, este modelo de Estado, se ve limitado desde diversos frentes. El *Ius Puniendi*, en el contexto de un Estado de Derecho deberá estar sometido a la Ley, por lo que gravitará sobre el principio de legalidad, y con la existencia de la Democracia se verá constreñido a intervenir penalmente con miras a la protección de la sociedad, sin permanecer ajeno a los principios de dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano y, exigirá privilegiar los elementos garantísticos.

En síntesis, se trata de un modelo político-social que coloca en manos del Estado el instrumento sancionatorio y limita su extensión, sujetándolo a una serie de principios que se alzan como valores superiores de todo el Ordenamiento Jurídico, tales como la libertad, igualdad, la justicia, y el pluralismo político.

---

personas, a promoverlos y garantizarlos a través de normas jurídicas y mecanismos eficaces ante un Poder Judicial independiente. Los ciudadanos tienen, por su parte, la responsabilidad de valorar, respetar y promover los derechos de sus semejantes en el medio social que se desarrollan. En segundo lugar, la autodeterminación del pueblo o la soberanía popular constituye un principio fundante por cuanto implica el reconocimiento efectivo de que el pueblo, es decir, el conjunto de ciudadanos-electores a través del sufragio universal, tiene la capacidad y el poder de elegir el tipo de gobierno que estime conveniente con total independencia y libertad.

Como el Derecho Penal es un componente imprescindible del Ordenamiento Jurídico y una de sus misiones básicas es asumir la protección de la convivencia en comunidad, a la luz de los principios del Estado de Derecho, se debe conformar siempre como un sistema jurídico de prevención de delitos, con garantías y controles formales. Se trata, en definitiva, del ejercicio del Ius Puniendi formalizado y controlado, tanto por consideraciones de utilidad social como por la búsqueda de las garantías establecidas a favor del individuo delincuente. Estamos entonces, frente a un Derecho Penal garantista.

#### 1.4 DERECHO PENAL GARANTISTA: LIMITACIONES DE LA PENA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO.

Como al Derecho Penal le corresponden dos funciones, una protectora preventiva, en virtud de la cual, limita derechos esenciales de las personas para proteger los derechos de otros ciudadanos, y una garantista, por la cual, reconoce la limitación a su poder en la dignidad humana, debe ceñirse a ciertas reglas y principios a fin de cumplir su cometido.

Los principios que se expondrán a continuación, limitan y legitiman la acción del ius puniendi de modo que el Derecho Penal pueda cumplir con sus funciones de prevención y garantía.

##### 1.4.1 PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Este principio es característica esencial del Estado de Derecho, y surge como reacción al Estado absoluto. En materia penal, fue PAUL ANSELM FUERBACH, quién otorgó una base jurídica y consagró el clásico aforismo latino “nullum crimen sine lege praevia, stricta et scripta; nulla poena sine lege; nemo damnatur nisi per legale iudicium”.

Según JUAN BUSTOS RAMÍREZ y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE, el principio de legalidad es un límite del ius puniendi que está en relación con todo el sistema penal en su conjunto, ya sea de la creación de la norma, ya sea de aplicación y de ejecución de la misma. El Estado no puede excederse de lo que está expresamente señalado en la ley<sup>15</sup>.

Este principio se fundamenta en la necesidad de controlar al poder punitivo del Estado, esto es, sustituir el gobierno caprichoso de los hombres por la voluntad general de la ley. Este principio es, en consecuencia, un pilar de la seguridad jurídica.

El principio de legalidad es fundamental para la construcción de un Derecho Penal garantista, cuestión reconocida por la unanimidad de la doctrina y que recibe expresa consagración constitucional en nuestra legislación<sup>16</sup>.

En cuanto al contenido de este principio, en primer lugar significa que la ley es la única fuente de Derecho Penal. De lo anterior, se desprenden tres consecuencias esenciales: la primera, implica que solamente la ley puede crear delitos y establecer sus penas, lo que se denomina en doctrina, principio de legalidad estricta, de este modo, el ordenamiento no le da cabida a la analogía ni a la costumbre como fuente de Derecho Penal; la segunda consecuencia, configura el llamado principio de irretroactividad en virtud del cual, la ley penal no puede sancionar conductas acontecidas con anterioridad, en virtud de una ley posterior; y por último, el principio de tipicidad, que se manifiesta en la consagración de los hechos que configuran la creación de delitos y sanciones, además debe referirse a la naturaleza de las penas y a su alcance y límites, prohibiéndose la leyes penales en blanco y las penas indeterminadas .

---

<sup>15</sup> BUSTOS, JUAN Y HORMAZÁBAL, HERNÁN. Ob. Cit. pág. 80 y ss.

<sup>16</sup> Art. 19 N° 3 de la C.P.R en los incisos 4, 7 y 8 señala, respectivamente, que: “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el Tribunal que señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”; “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”; “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

A través de los principios descritos en el párrafo anterior, se realiza la función garantista del Derecho Penal en sus diversos estadios, desde la creación del delito y la pena hasta la ejecución de la sanción impuesta en una sentencia. Cada uno de los mencionados estadios, tiene una denominación y consagración especial en nuestro ordenamiento jurídico:

- Se denomina garantía criminal, a aquella que sólo permite calificar como delito a las conductas que la ley considere como tal<sup>17</sup>.
- La garantía penal, obliga a imponer la pena que la ley señale al delito cometido<sup>18</sup>.
- Como garantía jurisdiccional se entiende aquella que, sólo permite la aplicación de una sanción penal, en virtud de una sentencia firme emanada de un juez competente<sup>19</sup>.
- La garantía de ejecución, establece que sólo podrán ejecutarse las penas en la forma que la ley lo prescriba, sin otras circunstancias que las señaladas en ésta<sup>20</sup>.

En conclusión, se puede estimar que el principio de legalidad, no es sólo una de las instituciones más relevantes de nuestro sistema jurídico, sino que es en realidad la base de todo un sistema político que considera la libertad individual como el más elevado valor social.

#### 1.4.2 PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA.

---

<sup>17</sup> El C.P en su artículo 1° señala: “Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley”.

<sup>18</sup> El C.P en su Artículo 18 inc.1 señala: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”.

<sup>19</sup> El C.P en su Artículo 79 señala: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada”.

<sup>20</sup> El C.P en su Artículo 80 inc.1 señala: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.

Este principio limita al Estado en cuanto éste sólo puede intervenir procurando el bienestar de los ciudadanos, y en consecuencia, obliga a resaltar como principio fundamental la mínima aplicación del ius puniendi reservándola sólo para los casos imprescindibles para la propia protección de los ciudadanos.

La lógica del Estado democrático sólo puede tener como horizonte la reducción del sistema penal, aunque esto no quiere decir que se deba operar en todo momento con la lógica de la descriminalización, sino de garantizar la legitimidad y eficacia de la intervención punitiva.

Este principio de intervención mínima no sólo contribuye a limitar al ius puniendi, sino que además, sitúa al Derecho Penal en el lugar que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico: la última instancia a la que se debe acudir para la solución de los conflictos de relevancia jurídica ocurridos entre los ciudadanos.

Este principio se divide en dos subprincipios: el de fragmentariedad y el de subsidiariedad.

El principio de fragmentariedad es aquel que obliga al Estado a tener presente que el ordenamiento jurídico penal se limita a castigar los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes de la sociedad, seleccionando rigurosamente las conductas que deben ser prohibidas y tipificadas, por cuanto ello supone una restricción en la libertad de los individuos. Es, en consecuencia, una característica propia de un Estado de Derecho respetuoso con la libertad del ciudadano.

El principio de subsidiariedad es aquel que obliga a tener presente que el Derecho Penal, debe utilizarse sólo en cuanto la tutela buscada no se alcance de modo suficiente con la utilización de las otras ramas no represivas del ordenamiento jurídico, como las laborales, las civiles, administrativas, etc. La intervención punitiva debe ser el último de

los recursos utilizados por el Estado en su función de protección de bienes jurídicos, y siempre que deba acudir a ella, debe hacerse de la forma menos gravosa posible.

Esta arista del principio de intervención mínima también tiene injerencia respecto de la gravedad de las sanciones penales, por cuanto su aplicación implica que no deben utilizarse las más graves si es suficiente con otras sanciones más leves.

Por la importancia de las razones señaladas es que la doctrina ha desarrollado a su amparo los principios de humanidad y de proporcionalidad.

El principio de humanidad obliga a no desconocer la calidad de ser humano del sujeto que quebranta la norma jurídica, y por tanto, obliga a reconocerlo como un sujeto de derechos, merecedor de protección del ordenamiento jurídico. Es por esto, que a la luz de este principio se prohíben penas inhumanas y degradantes y aquellas que no ofrezcan ninguna utilidad ulterior.

El principio de proporcionalidad dice relación con la necesidad de una pena justa, de modo de obtener un equilibrio cualitativo, entre la conducta típica, el bien jurídico protegido y la pena. Este principio obliga a los órganos públicos a sujetar su actuar a consideraciones elementales de justicia. Primeramente, el legislador al establecer las penas, debe realizar el ejercicio de proporcionalidad en relación con la conducta ilícita y la importancia del bien jurídico tutelado, y por parte de los tribunales, la imposición de la pena debe ser conforme a la real gravedad de la acción u omisión punible, la importancia del bien jurídico afectado y la lesión efectivamente causada, valorado todo, desde una perspectiva concreta.

Los principios mencionados, encuentran su expresión en diversos tratados y convenciones de carácter internacional, como la “Declaración de protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”

(1975) y la “Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” (1984, que entró a regir en 1987), siendo ratificados en diversos fallos de la Corte Interamericana de Justicia.

#### 1.4.3 PRINCIPIO DE ADECUACIÓN.

A la luz de este principio, la pena debe ser adecuada para la protección de bienes jurídicos, rechazándose aquellas sanciones que no son útiles para tales efectos. Dicho de otro modo, la pena debe ser adecuada para prevenir, tanto general como especialmente, la comisión de ilícitos penales.

#### 1.4.4 PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Para el Derecho Penal, el concepto de culpabilidad es esencial. La culpabilidad tiene relevancia al menos en tres estadios diferentes, señalándose en doctrina que es el fundamento de la pena, la medida de la pena y constituye el elemento objetivo de responsabilidad.

La pena, su fundamento y límites, dependen del grado de responsabilidad subjetiva de los partícipes del hecho ilícito. La inexistencia de culpabilidad, trae como consecuencia la no imposición de una pena, por cuanto no tendría fundamento y no contribuiría a finalidad alguna.

A la luz de estas consideraciones, la doctrina penal estima la culpabilidad como una limitante a la imposición de sanciones penales, pues, y en definitiva, donde no hay culpa, no hay pena.

#### 1.4.5 PRINCIPIO DE NECESIDAD.

La necesidad de la pena, debe ser considerada desde el punto de vista de sus fines. Sirve como límite del ius puniendi del Estado en cuanto se requiere para su legitimidad, el efectivo cumplimiento de los fines de la pena. Dicho en términos negativos, la aplicación de este principio significa que en caso de que una pena no realice de forma alguna las finalidades de la pena, ésta no tendría razón para aplicarse.

En virtud de este principio se ha dado cabida a la introducción de medidas alternativas o sustitutivas a las penas, en especial respecto de penas privativas de libertad, teniendo presente que en determinados casos, la reclusión no es necesaria para cumplir los fines de prevención especial, sino que, por el contrario, resulta más gravosa e ineficiente.

Este principio también ha servido de fundamento a instituciones penales tales como los indultos y las excusas legales absolutorias, de modo de evitar incurrir en mayores perjuicios que soluciones ante la comisión de un delito.

#### 1.4.6 PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN.

Como se ha señalado precedentemente, la imposición de la pena es un mal al infractor de la norma jurídica penal, sin embargo, para un Estado democrático de Derecho, éste no puede constituir su único propósito. En palabras de NIEVES SANZ MULAS, el “Estado no puede reducir su función a ser el carcelero del delincuente sin importarle cual es su destino, en este modelo de Estado hay que ir más allá, la ejecución de la pena debe ser algo más”<sup>21</sup>.

En un Estado Democrático de Derecho, la reacción penal debe partir de una premisa importante: la comisión de un delito no implica la pérdida de la dignidad inherente a

---

<sup>21</sup> SANZ MULAS, NIEVES. Alternativa a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana. 1ºed. Madrid, Colex, 2000, 494 p.

todo ser humano. En este aspecto, el principio de humanidad obliga a que todas las relaciones humanas que el Derecho Penal tipifica se reglen sobre la base de responsabilidad hacia el ciudadano que delinque.

Dicho de otro modo, producto de la labor misma del Estado democrático, éste está obligado a proporcionar los mecanismos y elementos necesarios para que el individuo delincuente lleve una vida futura sin delitos. Este deber supone reconocer al Estado como corresponsable del delito, ya que inicialmente, en este proceso de autoconstatación, es el Estado el que define el delito que castigará en atención al bien jurídico que pretende proteger y la pena que utilizará para este fin y, por tanto, tiene que preocuparse también de establecer las condiciones más favorables para que el individuo particular no delinca.

Con todo, el concepto de resocialización debe ser entendido aquí no como una injerencia en la actitud interna del sujeto que ha delinquido, imponiéndole una “verdad” o un sentido de lo “correcto”, cuestión que no puede permitirse en un Estado Democrático de Derecho, -donde la autodeterminación y la libertad para conducir la propia vida son pilares fundamentales-, sino simplemente a que la pena no puede bastarse a sí misma, y que siendo respetuosa de la dignidad humana, debe conformarse con un propósito más modesto; propender que los ciudadanos no quebranten la norma jurídica penal en el futuro.

## **CAPITULO II**

### **CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

#### **BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS.**

### **2.1 LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**

La pena privativa de libertad como sanción por la realización de un delito es de origen reciente en comparación con otro tipo de sanciones penales.

La prisión, en sus inicios, ejercía funciones completamente diferentes a las que cumple en la actualidad, por cuanto sus fines eran esencialmente provisionales. Hasta fines del siglo XVI su función era la de custodiar a los detenidos hasta el momento del juicio, por lo que la privación de libertad no era considerada una pena en sí misma, esto es, no tenía la naturaleza punitiva que la caracteriza hoy en día. Su carácter era únicamente procesal.

Como la idea de la prisión está estrechamente relacionada con los fenómenos sociales y políticos vigentes en la sociedad, conviene realizar a continuación una breve reseña histórica de su desarrollo.

Como se señaló anteriormente, esta pena era prácticamente desconocida hace dos milenios atrás, es así como en Roma, se privaba de libertad a quienes cometían delitos con la finalidad de asegurarlos mientras duraba el proceso.

En la Edad Media, aparece la pena de privación de libertad en el Derecho Canónico, la cual ordenaba que los clérigos que hubiesen infringido la ley o los herejes y

delincuentes juzgados por la jurisdicción canónica, debían expiarse en lugares denominados “carceres”.

Recién en el siglo XVI, surgen las penas privativas de libertad propiamente tales, aunque con menor importancia que las penas corporales y la pena de muerte. Los cambios derivados del desarrollo económico en la segunda mitad del siglo XVI demandan una gran cantidad de mano de obra, la cual se ve satisfecha con la cárcel, que apareció como la gran proveedora de mano de obra barata. Este es el principal motivo por el cual, en algunos países europeos como Holanda e Inglaterra, surgen las llamadas “casas de trabajo”, cuyo fin era recluir y hacer trabajar para el Estado a toda clase de marginados, (como vagos, prostitutas, delincuentes, viudas, ancianos, etc.), ya sea por mandato judicial o por uno administrativo<sup>22</sup>.

Sin embargo, esta concepción cambia con la superación del mercantilismo y el establecimiento del liberalismo económico durante la segunda mitad del siglo XVIII, pues, en esta nueva realidad, el trabajo carcelario no se vuelve rentable para los empresarios, y la pena de prisión pasa a transformarse paulatinamente en lo que es ahora: la sanción más importante de todos los sistemas punitivos, y cuya finalidad primordial es la privación de libertad en sí misma.

Desde la segunda mitad del siglo XVIII, “la prisión se convierte en una pena inútil económicamente, y es aceptada como un mal inevitable. Aparece como pena en sí misma, con núcleo y esencia en la propia privación de libertad, y progresivamente va sustituyendo a la pena de muerte y a las penas corporales pues, en comparación, aparece como un método sancionatorio más humano y eficaz”<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> MELOSSI D. y PAVARINI M. 1980. Cárcel y Fábrica: los orígenes del sistema penitenciario. (siglos XVI-XIX). México. Siglo Veintiuno. 237 p.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA JULIO; PÉREZ CEPEDA, ANA; SANZ MULAS, NIEVES; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. Ob. Cit. pág. 62.

En consecuencia, en esta centuria se produce la sustitución de la idea de casa de trabajo por la de centro de detención, que tiene como propósito la búsqueda de la transformación técnica de los individuos, su corrección. Se trata de una nueva estrategia de dominio sobre las personas.

A lo largo de los siglos XIX y XX la labor fue de continua búsqueda de modelos penitenciarios dinámicos capaces de satisfacer estas metas de corrección, también llamadas tendencias resocializadoras.

La custodia o retención del reo da paso a la instauración de diversos esquemas carcelarios, destacando los que sitúan como piedra angular del tratamiento la corrección del delincuente. Así, el sistema penitenciario inicia una evolución hacia la individualización de las penas conforme las características singulares de los sujetos, las cuales van tomando forma en atención a las diversas filosofías penales que las sustentan.

Así las cosas, mientras al humanitarismo se le debe la moderna concepción de la prisión, la perspectiva positivista adquiere gran importancia al poner el acento en aspectos metodológicos y técnicos para obtener la reducción del uso de la prisión, lo cual se tradujo en el mecanismo de legitimación apropiado para que a partir de la segunda mitad del siglo XIX y gran parte del XX, la pena de privación de libertad en la cárcel alcanzara un lugar preferencial en las distintas legislaciones<sup>24</sup>.

La orientación reformadora alcanza gran importancia a fines del siglo XVIII y mediados del siglo XIX, momento en el que se asiste a una importante renovación en los

---

<sup>24</sup> Esto se debe a que “en la prisión se podían concretar, mejor que con cualquier otra pena tanto los planteamientos retributivos como de prevención especial dominantes en esos momentos en el pensamiento penal. De una parte, la posibilidad de división de esa pena permitía aplicar una cantidad de mal igual al provocado con el delito, cosa que satisfacía a los más retribucionistas. De otro lado, la cárcel, como si de un hospital se tratase, permitía disponer completamente del sujeto a la hora de aplicarle el tratamiento pertinente en aras al planteamiento preventivo-especial, lo que satisfacía enormemente a los correccionalistas. En tal contexto, es lógico que las penas privativas de libertad se impusieran como el más importante y significativo instrumento sancionatorio”. FERNÁNDEZ GARCÍA JULIO; PÉREZ CEPEDA, ANA; SANZ MULAS, NIEVES; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. Ob. Cit., pág. 63.

sistemas penales internacionales que llega hasta la actualidad, con importantes problemas y trabas, ya que la misma idea de resocialización ha sido objeto de duras críticas<sup>25</sup>.

Precisamente, han sido estas críticas las que han puesto de manifiesto las deficiencias del sistema carcelario en general.

## **2.2 CONCEPTO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

La pena privativa de libertad es la pena de mayor importancia en nuestro ordenamiento, y en general, en todo el mundo, reflejo de su general reconocimiento como un instrumento imprescindible y de primer orden en la lucha contra la criminalidad. La cárcel se convierte en la alternativa más importante a la muerte o a las

---

<sup>25</sup> Según MARIO DURÁN MIGLIARDI, las principales críticas al ideal resocializador se pueden agrupar en las siguientes: Primeramente, parten por señalar que la sociedad es el co-responsable del fenómeno de la delincuencia y, en consecuencia, niegan el derecho de la sociedad a resocializar al autor de un delito, proponiendo la resocialización de la sociedad. En segundo término, respecto de los objetivos de esta teoría, se señala que pretender la transformación de la personalidad del delincuente y no el mero cambio de un comportamiento determinado rompe con el principio de responsabilidad penal proporcionada a la gravedad del hecho cometido. En este mismo orden de ideas, se les reprocha a estas teorías el que planteen como fin de la pena el tratamiento y no se justifiquen claramente sus límites. Este es uno de los puntos más delicados del ideal resocializador, pues la determinación del “para qué y a “qué sociedad se dirige con su instauración” resulta fundamental, toda vez que no es del todo clara ya que carece de un concepto general para el cumplimiento de su fin socializador. En cuarto lugar, también se cuestionan los presupuestos y los medios utilizados por las teorías resocializadoras; respecto de los presupuestos, se critica su absoluta dependencia de los pronósticos, siempre relativos y circunstanciales sobre la peligrosidad del sujeto; esto es, que aún hoy, los conocimientos empíricos son insuficientes para determinar la pena preventivo-especial necesaria para su eficacia, resultando más difícil todavía, establecer si la pena es necesaria para la prevención de la reincidencia o si sólo es idónea en términos generales. En cuanto a los medios, se critica su aplicación por imposición coactiva. En quinto lugar, se señala que la pena, por sus efectos destructivos, irreversibles y estigmatizadores, no es el instrumento más adecuado para cumplir el fin resocializador. La pena, se afirma, no resocializa, sino todo lo contrario. En consonancia con estas críticas, se señala que la teoría presenta problemas metodológicos y prácticos insalvables debido al tipo de penas que se contienen en los distintos ordenamientos jurídicos, como el modo en que ellas se ejecutan. Por último, y desde el prisma de los fines de la pena, se cuestiona el ideal resocializador en cuanto su instauración no justifica la aplicación de la pena, pues, no se castiga para resocializar, ni mucho menos éste es el motivo por el que se criminalizan ciertos comportamientos. DURAN MIGLIARDI, MARIO. “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena. Revista de Estudios criminológicos y penitenciarios. Número 13, diciembre 2008. En línea: [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista\\_n13.pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista_n13.pdf) [Consulta: 25 de Febrero 2014]

torturas, y por ello, conforma el principal camino de minimización de la violencia y racionalización de las penas en la época moderna. Sin embargo, estas consideraciones iniciales han cambiado y su veracidad ocupa el centro de la discusión teórica.

Los autores TERRADILLOS BASOCO y MAPELLI CAFFARENA definen la pena privativa de libertad como aquella pena que conlleva “la pérdida de libertad ambulatoria a un penado mediante su internamiento en un establecimiento penitenciario durante un tiempo determinado previamente por una sentencia judicial y ejecutado conforme a la legislación vigente de forma que favorezca la resocialización”<sup>26</sup>, definición que pone acento en los fines de la pena privativa de libertad. Sin embargo, una conceptualización más bien descriptiva del fenómeno es aquella que la define como “la privación de la libertad ambulatoria durante un determinado período de tiempo. Privación de la libertad de movimientos, por no disponer libremente del lugar material de residencia y de la distribución de su propio tiempo, dejando a salvo todos los demás derechos que no sean incompatibles con dicha pérdida de la libertad ambulatoria, y que el condenado siempre conservará”<sup>27</sup>.

Con todo, siguiendo a los autores TERRADILLOS BASOCO y MAPELLI CAFFARENA recién mencionados, destacan tres grupos de elementos que forman parte del concepto de pena privativa de libertad<sup>28</sup>. Estos elementos se agrupan en:

a) Elementos sustanciales: Estos elementos dicen relación con el objeto material y directo de la pena privativa de libertad, el cual es la privación de la libertad ambulatoria del penado. De ahí que sólo se trate de una pérdida relativa y que sólo afecta sustancialmente a la libertad ambulatoria.

---

<sup>26</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA y TERRADILLOS BASOCO, JUAN. Ob. Cit. pág. 67.

<sup>27</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA JULIO; PÉREZ CEPEDA, ANA; SANZ MULAS, NIEVES; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, LAURA. Ob.cit. pág. 81.

<sup>28</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA y TERRADILLOS BASOCO, JUAN. Ob. Cit. pág. 67.

b) Elementos garantísticos: La inclusión de estos elementos toma en consideración el conjunto de garantías que existen en torno a la ejecución de la pena privativa de libertad señalando, además, que las garantías jurídicas fundamentales que la conforman son: “condición de penado de quien la sufre, cumplimiento en centro penitenciario, duración determinada por el fallo judicial y sometimiento al principio de legalidad<sup>29</sup>”.

c) Elementos dinámicos: El carácter resocializador de la pena de libertad, conlleva inherentemente un concepto de cambio, transformación y dinamismo.

Se puede señalar que nuestra legislación adhiere a esta definición de penas privativas de libertad, ya que en nuestro Derecho estas penas consisten en privar la libertad personal ambulatoria del condenado y además, se caracterizan por el encierro del penado en lugares destinados por el reglamento para este efecto, según lo dispuesto en el artículo 86 del Código Penal, de ahí su denominación de “penas de encierro<sup>30</sup>”. Este encierro se prolonga durante el tiempo señalado en la condena, en el cual el penado debe adoptar un determinado comportamiento, según lo disponga el reglamento y las demás disposiciones legales aplicables.

Como se ha señalado anteriormente, la pena privativa de libertad es la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, pues constituye la pena por excelencia a aplicar respecto de los crímenes y simples delitos. Además, en la gran mayoría de los delitos mencionados, constituye la pena principal, pues, sólo algunos de ellos aceptan o permiten la sustitución de la pena, siempre que el condenado se encuentre en la situación expresamente prevista por el legislador y cumpla con las condiciones impuestas por éste y el tribunal.

---

<sup>29</sup> MAPELLI CAFFARENA, BORJA y TERRADILLOS BASOCO, JUAN. Ob. Cit. pág. 67 y ss.

<sup>30</sup> En nuestro Código Penal, se consideran penas privativas de libertad: las penas de presidio, reclusión y prisión.

### 2.3 CARACTERÍSTICAS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

a) Es personal: La pena privativa de libertad es una pena personal, aplicable a quien se encuentra condenado por la autoridad jurisdiccional competente, previo juicio realizado conforme las reglas y principios del debido proceso; corolario del principio de culpabilidad.

Aún cuando el principio de la personalidad de la pena está perfectamente asentado en la doctrina penal, cabe destacar que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene repercusiones o efectos indirectos en terceros ajenos a la sentencia condenatoria; se trata de los familiares y dependientes de los reclusos.

A la luz de los conceptos de un Estado Democrático de Derecho, el problema del costo social de la intervención penal debe ser considerado. En efecto, deben estimarse “los efectos desiguales de la pena sobre los condenados y sobre su ámbito familiar y social, efectos éstos, que dependen igualmente del diferente *status* social de dichos condenados,(...), la pena carcelaria en sus familias, es mucho mayor en los estratos sociales más bajos que en aquéllos más elevados<sup>31</sup>”.

Asimismo, conforme lo señalado por gran parte de la doctrina, y tomando las palabras de ALESSANDRO BARATTA respecto del funcionamiento selectivo del aparato punitivo estatal, podemos señalar que la persecución penal “está dirigida casi exclusivamente contra las clases populares y, en particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social carcelaria, a pesar de que los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales (...)”<sup>32</sup>, por lo mismo, el Estado no puede hacer extensivo el castigo del penado a personas ajenas al hecho, -que, más aún, están inmersas en un entorno social complejo,

---

<sup>31</sup> BARATTA, ALESSANDRO. Criminología y sistema penal (compilación in *memoriam*). Buenos Aires, Argentina. Editorial B de F. 2004, pág. 311.

<sup>32</sup> BARATTA, ALESSANDRO. Ob. Cit. pág. 301.

donde existen las más variadas carencias económicas y afectivas-, por cuanto le asiste su deber garante del bien común de la colectividad.

Por estas consideraciones, es que resulta necesario que el Estado asuma acciones encaminadas a suplir y contrarrestar las carencias sociales, económicas y afectivas con las que estas personas deben convivir durante el período de tiempo que dure la privación de libertad del familiar, -o persona de la cual depende-, a fin de evitar su absoluta indefensión, lo que sólo podrá generar mayor segregación y vulneración a sus derechos fundamentales.

b) Es suficiente y necesaria: Otra característica de la pena privativa de libertad es la necesidad y suficiencia de la pena, elementos que se derivan esencialmente de los principios rectores del Derecho Penal.

A la luz de estos principios, se desprenden dos consideraciones esenciales, en primer término, al momento de producirse la determinación judicial de la pena, el juez debe considerar que la pena privativa de libertad y no otra menos lesiva de los derechos y garantías del imputado es idónea para lograr que la finalidad de la pena se cumpla. De esta forma, y para el caso que la privación de libertad no aparezca como estrictamente necesaria, el ordenamiento jurídico debe contemplar una variada gama de medidas sustitutivas de estas penas, a fin de que el juez pueda hacer uso de ellas si resultan aplicables atendidas las consideraciones particulares del caso.

c) Es forzosa: La forzosa e inevitable imposición de la pena, es otra de sus características.

d) Es proporcionada: La pena privativa de libertad, al igual que todas las penas debe ser proporcionada. La proporción es la relación jurídico-punitiva que debe existir entre el daño producido y la pena impuesta, conforme la especial valoración que el ordenamiento

jurídico reconozca a ciertos bienes que considere relevantes. La proporcionalidad, en un primer término, se obtiene en atención a las reglas establecidas por el legislador. Sin embargo, la abstracción de estas reglas y las injusticias que puede generar en la práctica, deben ser subsanadas por la proporcionalidad en la aplicación de la pena al caso concreto que efectúa el juez al constatar la realización de un hecho ilícito y el daño producido con él, a fin de que al condenar a un individuo pueda reducir una pena que eventualmente pudiera ser excesiva.

En función de estas características, los principios rectores del Derecho Penal, y los valores ínsitos en un Estado Democrático de Derecho, resulta fundamental que el legislador se encuentre atento a la realidad social, en especial respecto a las desigualdades e injusticias sociales que se encuentran en la base de la delincuencia, a fin de adecuar, a través de una legislación penal moderna y realista, las políticas criminales orientadas a los postulados garantistas que informan y a la vez sirven como límite del poder punitivo estatal.

#### **2.4 CRISIS DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

Como se ha señalado en apartados anteriores, el ideal de la resocialización ha pasado de ser la gran alternativa del Derecho Penal a manifestar importantes dilemas y objeciones con su puesta en marcha, cuestionamientos originados principalmente por la escasez de resultados prácticos.

Hoy se comprueba la incompatibilidad entre la resocialización y la privación de libertad, por lo que se habla de la crisis de la pena privativa de libertad, que, para algunos, no es más que el reflejo del insatisfactorio funcionamiento del propio sistema penal, y que se manifiesta, fundamentalmente, en su reconocida incapacidad para alcanzar la finalidad resocializadora teóricamente pretendida por ella, y en la

comprobación empírica de que opera, en su ejecución, como una auténtica instancia de consolidación del estatus criminal<sup>33</sup>.

Según NIEVES SANZ MULAS, la crisis de la resocialización está ligada también a otras vicisitudes de orden económico y social, que comienzan con la crisis del Estado de bienestar, y que continúa con los fenómenos económicos ocurridos en occidente a contar de la década de los años ochenta, -donde se han producido profundas transformaciones producto de las concepciones liberales e individualistas de la economía-, pues, ambos factores han influido en el recorte presupuestario que han afectado de forma notable al sistema penal, y particularmente al subsistema penitenciario, que se encuentra profundamente desfinanciado. Este cambio en la realidad política y social “ha provocado que hoy se asista en muchos países, sobre todo en Estados Unidos, a un desplazamiento de la prevención general positiva o resocializadora, a la negativa, intimidatoria o inocuizadora”<sup>34</sup>.

Para esta autora, esta escasez de recursos perjudica también los programas de prevención, generando el aumento vertiginoso de la criminalización de los sectores sociales más vulnerables, respecto de los cuales se están adoptando verdaderas políticas de emergencia. Así, las políticas de orden público enfatizan las teorías de prevención general con el correspondiente rechazo de todo objetivo reformista o de intervención asistencial.

Más aún, y siguiendo lo expuesto por JUAN BUSTOS RAMÍREZ<sup>35</sup>, se puede comprobar en la práctica, la existencia de una discrepancia entre las funciones declaradas y las funciones no declaradas de la pena privativa de libertad. Entre las funciones declaradas se señala que “la pena privativa de libertad y la prisión tienen por

---

<sup>33</sup> HORVITZ, MARÍA INÉS. Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216). Cuadernos de Análisis Jurídico (21): 51-57 p, 1993.

<sup>34</sup> SANZ MULAS, NIEVES. Ob. Cit., pág. 189.

<sup>35</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. La crisis de las penas privativas de libertad y de la institución penitenciaria en general. Cuadernos de Análisis Jurídico. (24): 9-14, 1993.

objeto reeducar a la persona, reintegrarla socialmente, resocializarla, y como corolario de ello, que no haya reincidencia, es decir, que no vuelva el mismo sujeto a llevar a cabo un delito”, mientras que “desde el punto de vista de las funciones no declaradas, resulta que la pena no es más que un castigo, y que la privación de libertad no tiene otro sentido que separar a unos individuos determinados del conjunto de la sociedad”.

El mismo autor señala que desde el punto de vista práctico, teniendo presente los principios de la necesidad de la pena, de la autonomía ética y de la intangibilidad de la persona, la profunda diferencia entre las funciones declaradas y las no declaradas, constituye un verdadero regreso al estado premoderno, pues, significa simplemente el uso del castigo, de la venganza. Igualmente, a propósito de las investigaciones empíricas sobre los efectos de la privación de libertad, el fracaso del derecho penitenciario es evidente, sobre todo en relación a los llamados efectos de la prisionización, que muestran cómo el único efecto comprobado empíricamente es que la cárcel produce la despersonalización de los sujetos, lo que implica impedirle al sujeto cualquier desarrollo de carácter personal”.

De esta forma, los objetivos declarados de la prevención especial, -incluyendo el de la no reincidencia-, no se cumplen. El fracaso de estos fines en sí misma es grave, y lo es mucho más en virtud de la violencia discriminatoria que implica la cárcel. En síntesis, se observa que la cárcel es doblemente negativa, porque aún respecto de aquellos, que alguna posibilidad tendrían de reintegrarse o que de alguna manera estaban integrados socialmente, los despersonaliza y los margina socialmente.

Así las cosas, la doctrina está conteste en la profunda segregación y afectación de los derechos de los individuos condenados a la pena privativa de libertad, donde la reincidencia, la sobrepoblación, corrupción, falta de condiciones de higiene mínimas y la violencia han contribuido a crear una atmósfera de desilusión, frustración y desesperación creciente, originado principalmente porque en la prisión se da un

ambiente antinatural; se separa al preso de sus familiares y amigos, se le hace olvidar su medio habitual, se le da forzada compañía con otros sujetos, se le somete a sistemas opresivos, etc. La acción de la cárcel es, en consecuencia, nefasta para el interno, por lo que se vuelve remota la posibilidad de readaptarse<sup>36</sup>.

Con todo, y como la cárcel tiene una existencia indiscutible en nuestra realidad y no se prevé en un futuro cercano su abolición, la resocialización de los reclusos debe seguir siendo el punto de referencia indispensable que debe forjarse como objetivo de una sociedad respetuosa de los derechos humanos de las personas, teniendo presente, en todo caso, las limitaciones que este modelo ofrece.

El gran marco regulador del renovado ideal resocializador deben ser las normas y principios que constituyen el Estado democrático de Derecho y fundamentalmente, la consideración del ser humano como sujeto de derechos inalienables, inherentes a su existencia. Se trata, en consecuencia, de una concepción limitada de la resocialización que le otorgue un contenido garantista y pluralista, a través de una política criminal coherente, dirigida a la prevención de los delitos a través del tratamiento de sus causas políticas y sociales, a través de un Derecho Penal mínimo.

## **2.5 POLÍTICA CRIMINAL Y GARANTÍAS INDIVIDUALES DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO. CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA PENAL.**

La marcada selectividad con que opera el sistema penal, junto a los insuficientes recursos para tratar las necesidades de los reclusos, conduce a que diversos autores se pregunten si la cárcel cumple la función de instrumento jurídico de pacificación social, o

---

<sup>36</sup> Congreso Internacional de Derecho Penal (2º: 1999, Villa Hermosa, México). Las sanciones: presente y futuro. México. Editorial Jus Poenale. 2001. 633 p.

bien, por el contrario, lo que hace es potenciar las situaciones de desigualdad y marginación latentes en la sociedad.

Tristemente, la doctrina penal está conteste en que la cárcel reproduce las relaciones de marginación existentes en la sociedad, principalmente porque su competencia en lo delictual es inadecuada para tratar la causa del fenómeno criminal y la ocurrencia de los delitos; en otras palabras, al sistema penal no puede exigírsele la erradicación de la injusticia social o la modificación de las estructuras económicas o culturales que generan desigualdad y marginación.

El instrumento adecuado para enfrentar el fenómeno criminal y, consecuentemente, dar solución de los conflictos penales en la sociedad y al mismo tiempo entregarle al infractor de la norma jurídica las herramientas necesarias para llevar una vida futura sin delitos, no es otro que la política criminal.

Según el autor EMILIANO BORJA JIMENEZ<sup>37</sup>, “la política criminal es aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”. Además, -recalca este autor-, no se puede olvidar su carácter marcadamente histórico, coyuntural, impregnado de comportamientos ideológicos y políticos.

En el Estado Democrático la política criminal está dirigida a disminuir hasta niveles tolerables las cifras de criminalidad, pero no pretende borrar toda huella de la presencia del delito, pues, este objetivo no es trascendental, como en un Estado totalitario que pretende eliminar al sujeto delincuente. En el Estado democrático se persigue que todos

---

<sup>37</sup> BORJA JIMENEZ, EMILIANO. Curso de política criminal. Valencia. Tirant lo Blanch. 2003, 322 p.

los ciudadanos convivan pacíficamente y en libertad, cubriendo sus necesidades materiales y culturales para que toda persona pueda gozar de su propia dignidad humana.

La lucha contra el crimen no puede emprenderse a costa del sacrificio de las libertades y garantías del ciudadano pues, el respeto a los derechos fundamentales constituye uno de sus principios de carácter irrenunciable. A raíz de lo anterior es que la política criminal debe guiarse por un cuidadoso equilibrio entre el necesario mantenimiento de unos mínimos en materia de seguridad ciudadana y el pulcro respeto de los derechos humanos de todos los individuos, incluso los delincuentes.

El Estado Democrático de Derecho debe conservar una cuidadosa ponderación entre protección de libertades fundamentales del ciudadano, y la propia limitación de su poder punitivo, hasta el límite de lo estrictamente necesario para preservar la pacífica convivencia, lo que implica también una determinada concepción del delito, restringida a la protección de bienes jurídicos fundamentales, en virtud de la cual el Estado no puede catalogar como delito todo aquello que le moleste o incomode. No puede sancionar bajo pena meros criterios morales o la diferente forma de entender el mundo, la diversidad cultural, o el concreto modo de ser del individuo. El delito debe suponer siempre una agresión a las condiciones básicas de la coexistencia humana y sólo entonces estará justificada esta limitación extraordinaria de la libertad del ciudadano.

Igualmente, el respeto absoluto a las garantías de la persona implica a su vez que el Estado, bajo pretexto de mantener una política fuerte de orden público, no puede incriminar comportamientos que se encuentran “lejanos” en la puesta en riesgo de bienes jurídicos.

Como se ha señalado en el Capítulo I, el componente garantístico del Derecho Penal democrático se concreta también en el principio de intervención mínima, según el cual,

sólo se recurrirá a la vía penal cuando el conflicto no pueda ser resuelto por el resto del ordenamiento jurídico. Inherente al principio de intervención mínima, se encuentra el principio de proporcionalidad, que garantiza una reacción estatal adecuada al delito perpetrado en atención a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto, evitando así, un sacrificio arbitrario e innecesario de los bienes y derechos del condenado. De este modo, tenemos que la concepción político criminal del Estado de Derecho se proyecta, asimismo, en la función que se le atribuye a la pena.

Todo mecanismo represivo que limite las libertades del ciudadano debe estar justificado en la medida en que sea absolutamente necesario para la consecución de un fin legítimo, y si este fin es la tutela de bienes jurídicos en orden al mantenimiento de la paz social, la principal consecuencia jurídica necesaria para su obtención será la de crear los mecanismos dirigidos a evitar futuros delitos.

Como Estado Democrático de Derecho, dicha prevención de los delitos no puede obtenerse exclusivamente por la intimidación, ya sea, frente a toda la ciudadanía o frente al condenado. Es necesario que se institucionalicen mecanismos racionales de futura prevención de hechos criminales fuera de la tradicional coacción psicológica. A través del fortalecimiento del funcionamiento del sistema penal en todos sus órdenes, (policía, proceso penal, legislación penal, centros de ejecución de condena, etc.), se logra la necesaria confianza en la eficacia del Derecho Penal, lo cual, internaliza en la ciudadanía la convicción de la necesidad del seguimiento de la norma, produciéndose finalmente, una menor propensión a la realización de la conducta delictiva. Desde el punto de vista del individuo, al Estado democrático le interesa ahora no sólo que éste se encuentre “cohibido” por haber sufrido las consecuencias negativas de la aplicación de la pena, sino que, como ciudadano que es, se desea su integración en la sociedad. Es por esto que la institución de la resocialización aparece como uno de los fines de la pena en el sistema democrático, pues la participación en la vida social de todas las personas, incluidos los que perpetraron hechos delictivos, se considera una de las formas más

humanas y legítimas de evitar nuevos hechos penales en el futuro por parte de aquellos que ya delinquieron.

Con todo, y recalcando la opinión de CLAUS ROXIN<sup>38</sup>, resulta fundamental no perder de vista que el camino acertado hacia el respeto de los derechos humanos de los individuos y la ansiada seguridad pública sólo pueden obtenerse dejando penetrar las consideraciones y decisiones valorativas,-de orden político criminal-, en el sistema de Derecho Penal, en que su fundamentación legal, su claridad y legitimación conforme un sistema libre de contradicciones, y sea capaz de construir un sistema coherente y respetuoso de la dignidad humana.

#### 2.5.1 POLÍTICA CRIMINAL Y SISTEMA PENITENCIARIO. TENDENCIAS.

El modelo de ejecución de las penas privativas de libertad está íntimamente relacionado con la posición política que adopte el poder público respecto de diversos aspectos, como los fines que se le asignen a la pena, la relevancia de los derechos individuales, la seguridad ciudadana, etc. También es importante considerar los costos económicos que la aplicación de este tipo de pena supone para el erario público, en tanto la administración puede optar por una vía presupuestaria restrictiva o extensiva, lo cual supondrá necesariamente, una postura ideológica frente a la cárcel.

De este modo, en países en vías de desarrollo como el nuestro, con escasos recursos económicos, los centros penitenciarios están destinados casi exclusivamente a segregar de la sociedad a los infractores con escasísimas posibilidades de llevar a cabo la añorada resocialización. En estos casos, el poder público no puede, -ni siempre quiere-, dedicarle al recluso los escasos medios económicos con los que cuenta, pues en tales circunstancias, se afirma que el ciudadano común no comprende que el Estado no pueda

---

<sup>38</sup> ROXIN, CLAUS. Política criminal y sistema del derecho penal. Traducido por Francisco Muñoz Conde. 2ª Ed. Buenos Aires. Hammurabi. 2002. 123 p.

satisfacer las necesidades básicas de la población, como son la salud, la educación, la seguridad social, etc., pero pueda dirigir sus recursos y esfuerzos a la rehabilitación social de los internos; opinión pública que la administración estatal suele tomar en cuenta, pues, electoralmente le resulta indispensable.

De esta forma, la ejecución penitenciaria cumple exclusivamente una función retributiva, (castigar al infractor por el daño causado con el delito), y de prevención general, (tranquilizar la alarma social provocada con la realización de hechos delictivos, encerrando al delincuente e intimidando con las drásticas consecuencias impuestas, a los potenciales autores de futuros delitos).

En este punto conviene hacer una breve descripción de las más importantes y representativas políticas penitenciarias que demuestran la exteriorización de un modelo ideológico previamente establecido.

Siguiendo al autor EMILIANO BORJA JIMENEZ<sup>39</sup>, podemos decir que existen principalmente dos mecanismos claros de política criminal, el primero representado por la tendencia conservadora llevada a cabo en Estados Unidos, donde a partir de los años sesenta se ha impuesto una política de “mano dura” y de “máxima seguridad”, en materia de ejecución de pena privativa de libertad. En este país se destina mucho dinero a la creación de prisiones de alta seguridad, al establecimiento de personal especializado, y fuertes mecanismos destinados a la vigilancia de los internos, mientras se renuncia al tratamiento dirigido a la reinserción social, donde las posibilidades de acortamiento de condena son escasas. Según el autor, este modelo de política criminal pretende responder a ciertas exigencias ciudadanas auspiciadas exageradamente por los medios de comunicación masivos, de una lucha sin cuartel contra la criminalidad, a través de una política de “ley y orden”, que pone el acento casi exclusivamente en la protección de la

---

<sup>39</sup> BORJA JIMENEZ, EMILIANO. Ob. Cit. pág 90 y ss.

sociedad. De este modo, la política penitenciaria cumple una función de incapacitación social del delincuente, encaminada a que éste no dañe a la sociedad. Se trata, simplemente de una función de pura retribución, pues el castigo se satisface casi íntegramente, con pocas posibilidades de disminución. Por otra parte, cumple una función de prevención general, puesto que se persigue con el encierro de la mayoría de los condenados que el resto de la ciudadanía evite el deseo de realizar hechos delictivos por miedo a las perniciosas consecuencias a las que se enfrentan los internos. Igualmente, cumple una función de prevención especial, dirigida a que el sujeto no delinca en el futuro, lo que se pretende alcanzar por medio de la intimidación que sufre el reo en un régimen tan restrictivo para su libertad y el resto de sus derechos.

Sin embargo, la aplicación generalizada de la pena privativa de libertad no ha conseguido el propósito de mantener en prisión al máximo de delincuentes, ni reducir la criminalidad. No se ha podido evitar la superpoblación carcelaria y el Estado ha tenido que solventar costosas demandas judiciales por menoscabos de los derechos básicos de los internos producto de las pésimas condiciones de los establecimientos penitenciarios.

El segundo modelo de política criminal es el representado por legislaciones como la española, donde el poder público pretende también cumplir con su obligación de protección a la sociedad, lo que se materializa internando a los sujetos responsables de los delitos más graves en las prisiones. Sin embargo, la tutela de la sociedad se realiza en forma diferente al sistema adoptado en los Estados Unidos, pues no se pretende realizar a través del encierro de todos los delincuentes y con el máximo de cumplimiento de la condena. Por el contrario, la cárcel se contempla como una modalidad de pena que tiene que aplicarse de forma subsidiaria en los hechos de pequeña y mediana envergadura, siendo preferible la consideración de otras consecuencias jurídicas menos drásticas. En este modelo, la defensa de la sociedad no se busca en la incapacitación social del recluso, eliminando su peligrosidad para la ciudadanía mientras éste se encuentra en prisión, sino en su recuperación como ser humano que puede reintegrarse a la sociedad.

Estos modelos penitenciarios responden respectivamente a dos perspectivas diversas de las democracias occidentales. El sistema conservador estadounidense es propio del sistema neoliberal de la nueva derecha americana, que postula que la segregación e incapacitación social de los individuos que atacan las bases de la sociedad libre de mercado es la solución al problema de la delincuencia. Mientras que el modelo progresivo es más propio de un Estado social, y quiere incidir directamente en la raíz de la personalidad del infractor, con la pretensión de reintegrarle a la vida social.

Pues bien, cabe preguntarse entonces cuál de estos modelos asegura de mejor forma los derechos fundamentales de la persona humana conforme los principios democráticos del Estado de Derecho. En este sentido, cobra importancia tener presente al autor ANTONIO BERISTAIN, quien señala que la política criminal que mejor se conforma con el respeto de los derechos fundamentales de las personas, es aquella que es promotora y protectora de los valores humanos, a través de la tutela de la paz, la igualdad y la justicia, entendiéndose que, aunque se mantenga la amarga necesidad de emplear herramientas de carácter negativo, como la privación de libertad, la moderna política criminal debe buscar y encontrar el sentido solidario e incluso fraternal que subyace (o debe subyacer) en todas las respuestas al delito, incluso en las respuestas sancionadoras, incluyendo el análisis de la infraestructura de la organización judicial, policial y penitenciaria, ya sea respecto de su personal y sus medios<sup>40</sup>.

A la luz de estas consideraciones de fondo, la política criminal que pretenda decididamente la protección de todos los ciudadanos, debe considerar las causas subyacentes al fenómeno criminológico en general y el reconocimiento de que los reclusos no pierden su estatus de sujetos de protección jurídica por haber cometido un delito, más aún, teniendo en cuenta que se trata de personas que, por regla general,

---

<sup>40</sup> BERISTAIN, ANTONIO. [Congreso Internacional de Derecho Penal \(2º: 1999, Villa Hermosa, México\)](#). Las sanciones: presente y futuro. México. Editorial Jus Poenale. 2001. 633 p.

sufren de variados problemas de socialización aún antes de la comisión de un hecho ilícito.

## **2.6 BÚSQUEDA DE ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.**

Es innegable la urgente necesidad de encontrar respuesta a la crisis profunda que vive nuestro sistema penitenciario, donde se producen diversas violaciones a los derechos humanos de los internos, donde existe hacinamiento y sobrepoblación, estructuras organizacionales dirigidas únicamente a la seguridad de los recintos penitenciarios, donde además se aprecia una escasísima oferta de reinserción social<sup>41</sup>, cuestiones todas que contribuyen al fracaso del fin resocializador que le sirve de fundamento a la pena privativa de libertad, y en consecuencia, producen nefastas consecuencias para el delincuente, la familia de éste y la sociedad en general.

Si la pena de prisión no ha dado los resultados que se esperaban en base a los fines propuestos, es necesario encaminar esfuerzos para evitar su uso. Resulta urgente la necesidad de encontrar nuevas formas de pena que sustituyan eficientemente a la prisión y que permitan ofrecer una verdadera y válida vía de resocialización basada en la asignación de responsabilidades al sujeto.

Actualmente hay consenso por parte de la doctrina, en el sentido de reemplazar por medio de substitutivos convenientes, las penas cortas de privación de libertad, pues por su breve duración, límite de tiempo y aplicación, no permiten lograr la intimidación individual, la enmienda y readaptación, o en su caso, la eliminación del delincuente; sin embargo, sus efectos negativos afectan seriamente al imputado, al arrancarlo de su grupo familiar y social, y, en la mayoría de los casos, lo inclinan hacia la vida criminal.

---

<sup>41</sup> SOTO G, ROSA. Análisis de la experiencia de aplicación de penas alternativas. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. (10): 49-63, Octubre 2007.

Con todo, hablar de substitutivos penales, no es nuevo. Desde principios del siglo XIX, cuando se inician los primeros movimientos filosóficos que pugnan por reformas penales identificadas con principios liberales humanitarios, CESAR BECCARIA<sup>42</sup> postuló que la totalidad de los delitos contra la propiedad deberían ser punidos sólo pecuniariamente, sin perjudicar jamás el derecho a la libertad personal. Continuando en esta línea de pensamiento, ENRICO FERRI<sup>43</sup> a fines del siglo XIX había enunciado su proposición de los substitutivos penales como un conjunto de medios preventivos del delito, consistentes en medidas de tipo social destinadas a extirpar o atenuar las condiciones que favorecen la generación del delito en los planos físicos, individual y social. Se daba con ello un anuncio de que el combate contra la criminalidad empezaba a trasladarse desde el terreno estrictamente jurídico, en que lo habían situado las ideas tradicionales, a un plano Político de mejoramiento general de las condiciones de vida social. En su más conocido libro, "Sociología Criminal", puso de manifiesto sus ideas de origen sociológico, y se debe a él la consideración del delito no sólo como un ente natural, sino también social; su teoría parte de la idea que para la prevención del delito es preciso que existan substitutivos penales equivalentes de pena, orientaciones que permitan guiar la actividad humana a través de propuestas para un orden económico, político, civil, religioso, familiar y educativo.

Más modernamente, el autor MASSIMO PAVARINI circunscribe el tema de las alternativas legales a la pena privativa de libertad dentro de los paradigmas de la justicia y la utilidad. Respecto del primer punto, el autor señala que el asunto debe analizarse desde la perspectiva de la necesidad de una pena "justa", afirmando que no todos los delitos "merecen" la privación de libertad, aunque sea temporalmente limitada. Igualmente, desde el punto de vista de su utilidad, afirma que la pena privativa de

---

<sup>42</sup> BONESANA, CÉSAR (Marqués de Beccaria). Tratado de los Delitos y de las Penas. Editorial Heliasta S.R.L., 1993, 271 p.

<sup>43</sup> FERRI, ENRICO "Sociología Criminal". Nueva Biblioteca Universal, Sección Jurídica. Tomo Segundo. Madrid, centro editorial de Góngora. Versión española por Antonio Soto y Hernández.

libertad se revela como un fracaso en relación a cualquier criterio de utilidad social; pues, no intimida al delincuente que ha violado la ley penal a no cometer nuevos delitos, ni tampoco a la población que todavía no lo ha hecho; concluyendo que la pena de prisión, más que inútil, se revela dañina porque favorece la reincidencia<sup>44</sup>.

Es en este contexto, y como reacción a la deplorable legitimidad de la pena privativa de libertad, que se ha venido gestando una fuerte corriente doctrinaria que insta por limitar en forma drástica el recurso de las penas privativas de libertad y, en general, el ámbito del Derecho Penal. Dentro de esta tendencia existen diversas posturas, la versión más extrema postula la abolición del sistema general de Derecho Penal, mientras que otros, más moderados, postulan la reducción de la violencia punitiva estatal, a través de la proposición de diversas medidas alternativas, como mecanismo gradual dirigido a conseguir la abolición futura de la cárcel, a través de diversos procesos, como son: la desinstitucionalización, descriminalización, despenalización y control comunitario.

Es evidente que tales propuestas constituyan un cuestionamiento serio para el Derecho Penal, que por excelencia es represivo, mediante la cual se intenta dar respuesta a la expresión inmediata del conflicto,- el delito-, sin preocuparse por el conflicto de fondo, la raíz social, cultural, y psicológica del comportamiento delictivo.

Con las medidas alternativas y sustitutivos penales, se pretende reducir el ámbito de actuación del sistema penal, y reforzar otras ramas del ordenamiento jurídico con el objeto de despojar a la pena privativa de libertad de su supremacía en el elenco de penas, desplazando el castigo corporal en pos de otros elementos que con mayor pertinencia

---

<sup>44</sup> PAVARINI, MASSIMO. ¿Menos cárcel y más medidas alternativas? La vía italiana a la limitación de la cárcel reconsiderada sobre la base de la experiencia histórica y comparada. Cuadernos de análisis jurídico (24):17-26, 1993.

permiten la construcción de verdaderas soluciones a los conflictos penales, como son: la prevención, la coacción y la restitución<sup>45</sup>.

Así las cosas, un sistema alternativo a la prisión se presenta a todas luces como altamente recomendable, cuestión que la Organización de Naciones Unidas reconoce e insta a su adopción en diversos Congresos relativos a la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, especialmente en el documento adoptado por la Asamblea General el 14 de noviembre de 1990, denominado “Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio)”, donde se acordó, -entre otros-, como objetivos fundamentales los siguientes puntos:

1.1 “Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión.”

1.2 “Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.

1.5 “Los Estados Miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones, y de esa manera reducir la aplicación de las penas de prisión, y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los derechos humanos, las exigencias de la justicia social y las necesidades de rehabilitación del delincuente”.

---

<sup>45</sup> LOPEZ, SORIANO; BRIGITTE, DORA; VASQUEZ RAMOS, SALOMÓN RODRIGO; PRADO, JOSÉ ANTONIO. Alternativa y sustitutos a la pena de prisión, para superar el desequilibrio entre la finalidad y el medio de ejecución de la pena. Tesis (para optar al título de licenciado en ciencias jurídicas). Ciudad Universitaria, El Salvador, 1997, 123 p.

## **CAPÍTULO III**

### **MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN. INSTAURACIÓN DE LA LEY 18.216.**

#### **3.1 CONCEPTUALIZACIONES PREVIAS.**

Es frecuente encontrar en la literatura jurídica una tendencia a referirse indistintamente a medidas alternativas y sustitutivos de la pena de prisión, confusión que se perpetúa por las diversas técnicas legislativas utilizadas en las distintas legislaciones. Como señala MARÍA ANGÉLICA JIMENEZ y TAMARA SANTOS ALVINS “sobre las medidas alternativas no hay unidad de criterios acerca de si son autónomas o son sustitutos de la prisión. Suele encontrarse que en algunos países una pena sustitutiva equivale en otros a una alternativa autónoma”<sup>46</sup>. Con todo, es fundamental tener presente que se trata de conceptos diversos que involucran técnicas y tendencias político criminales diversas.

Primeramente, el concepto de “alternativa” indica una elección entre dos o más opciones; mientras que el concepto “sustitutivo” hace referencia a las situaciones en que se trata de reemplazar una cosa por otra<sup>47</sup>.

Teniendo presente las consideraciones antes indicadas y las definiciones formuladas por las autoras ya referidas, conviene definir para los fines de la presente memoria qué se entiende por medidas alternativas y sustitutivas a la prisión. Por medidas alternativas a la prisión se considerarán aquellas que por su naturaleza se caracterizan por ser

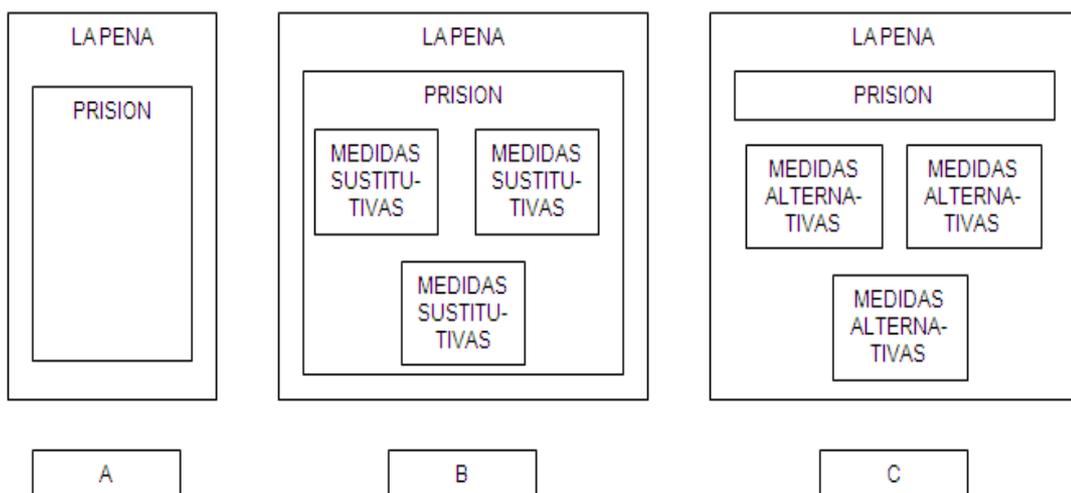
---

<sup>46</sup> JIMÉNEZ ALLENDES, MARÍA ANGÉLICA y SANTOS ALVINS, TAMARA. ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión? *Nova criminis*,(1):157-240, Octubre 2010.

<sup>47</sup> La Real Academia de la Lengua Española define la palabra “alternativa” como: 1. Opción entre dos o más cosas. 2. Cada una de las cosas entre las cuales se opta. Mientras que la palabra “sustitutiva” se define como: 1. Que puede reemplazar a algo en el uso.

otorgadas directamente por el delito cometido, las que generalmente se asignan en casos de delitos leves, por ejemplo, en la pena de multa en los casos en que se propone como sanción única sin que se haga referencia alguna a la pena privativa de libertad. Por otro lado, se considerarán medidas sustitutivas a la pena de prisión, aquellas que se caracterizan por reemplazar la pena privativa de libertad por otra pena bajo el cumplimiento de ciertas condiciones y, que generalmente se contemplan para delitos que conllevan penas cortas de prisión, como por ejemplo, los casos de libertad vigilada y la remisión condicional de la pena.

A fin de explicar con mayor claridad la lógica sistémica en que se desarrollan los conceptos de medidas alternativas y sustitutivos a la prisión, se presenta el siguiente esquema:



En el esquema A se aprecia el caso en que el contexto inmediato de la pena privativa de libertad es la pena, en su sentido genérico; el esquema B muestra la ubicación que ocupan las medidas sustitutivas, cuyo contexto inmediato es la prisión; y el esquema C indica la ubicación de las medidas alternativas, en donde el contexto inmediato es la pena en su sentido genérico. Las medidas alternativas coexisten juntamente con la pena

de prisión, pero de manera autónoma, es decir que no dependen bajo ninguna circunstancia de ésta.

### **3.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: ORIGEN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN CHILE.**

El surgimiento de las medidas alternativas en nuestro país es relativamente reciente. La normativa aplicable de carácter general que actualmente se aplica en nuestra legislación está regulada en la Ley 18.216. Estas medidas, que la doctrina ha llamado como medidas alternativas “tradicionales” son: la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna.

La remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, consisten en suspender la ejecución efectiva de la condena dictada en una sentencia firme, en contra de quien cumple los requisitos dispuesto por la ley, y el beneficio se mantiene si cumple con las condiciones legalmente requeridas. Una vez que transcurre el tiempo de vigilancia, la pena se tiene por cumplida.

La reclusión nocturna consiste en una forma de cumplimiento de la pena privativa de libertad atenuada. La menor gravedad consiste en que el penado sólo deberá pernoctar en un establecimiento penitenciario durante el tiempo que lo estime el Tribunal, gozando de libertad durante el día.

Los precedentes de esta ley se remontan a un Decreto del Ministerio de Justicia dictado en 1906, en el cual se contempla la suspensión de las condenas privativas de libertad inferiores a 60 días.

En 1907, el Código de Procedimiento Penal, establece, 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 agrega: “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”. El artículo mencionado sigue en vigencia y se aplica sólo respecto de las faltas, según lo previsto en el Artículo 2 de la ley 18.216.

Durante las décadas del 20 al 40, se dictaron disposiciones sobre libertad condicional, regímenes carcelarios progresivos y rehabilitación y reinserción social, adecuándose al espíritu preventivo especial, imperante en esa época.

Un hito importante lo constituye la publicación de la Ley 7.821, el día 29 de agosto de 1944, sobre Remisión Condicional de la Pena, estableciéndose esta institución con carácter general y beneficiando a los condenados por primera vez, a menos de un año de privación de libertad. El espíritu de esta institución apuntaba a evitar los nefastos efectos de la prisonización de las penas de corta duración.

Cabe señalar, que el 4 de mayo de 1972 fue publicada la Ley 17.642 que modifica la Ley 7.821 sobre remisión condicional de la pena recién señalada. La gran innovación que introdujo esta normativa fue la de ampliar el plazo de 1 año a 3 años de privación de libertad de los condenados, con la finalidad de lograr una mayor aplicación de la institución. De esta forma, se observa que la normativa relativa a este mecanismo de sustitución de la pena se mantuvo sin modificación sustancial durante casi tres décadas sin incorporar otros mecanismos de sustitución de la pena en forma general.

Posteriormente, a fines de la década de los setenta, se elaboró un anteproyecto de Decreto Ley por el Ministerio de Justicia, que modificaba la Ley 7.812 sobre remisión condicional de la pena y fijaba el texto refundido del estatuto legal sobre estas materias en el que se introducían a la legislación como alternativas a la ejecución de las penas privativas y restrictivas de libertad: la colaboración con la comunidad, la reclusión nocturna, la reclusión de fin de semana y la libertad vigilada.

Este proyecto fue enviado al Director de Gendarmería de Chile, para que formulara observaciones respecto de las instituciones señaladas y su aplicación práctica. En 1979, don Marco Aurelio González Berendique, profesor de Criminología de la Universidad de Chile y en ese momento, asesor en planificación de la División de Defensa Social del Ministerio de Justicia, emite un informe, el cual es enviado al Presidente de la Corte Suprema, en abril de ese año. Posteriormente, el proyecto es reenviado a Gendarmería y se solicita una revisión del sistema sobre libertad vigilada para adultos al psicólogo Jorge García, al sociólogo Benjamín Núñez y al abogado Hugo Rivera. En el mes de diciembre, se emite el informe de Gendarmería, el cual señala que la libertad vigilada para adultos solucionaría en gran medida el problema de hacinamiento carcelario. 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 pertinente, se promulga en 1983, entrando en vigencia el 1 de Diciembre del mismo año y que sería la Ley 18.216<sup>48</sup>.

Desde la fecha de promulgación de la Ley 18.216 en 1983, hasta el 27 de junio de 2012 fecha de publicación de la Ley 20.603, no existió ninguna reforma sustancial al régimen de medidas alternativas, por lo que nuevamente transcurrieron casi tres décadas para que se realizara una modificación al sistema imperante en la materia.

---

<sup>48</sup> FERNANDEZ, CATALINA y SUAREZ, JOSÉ. Análisis de la ejecución de la pena privativa de libertad. (Memoria para optar al grado de licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 2004. 670 pp.

### **3.3 MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN LA LEY 18.216. ÁMBITO DE APLICACIÓN.**

La Ley 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas de libertad y restrictivas de libertad, que actualmente se encuentra en vigencia, fue publicada el 14 de mayo de 1983 y su contenido original se refiere a tres medidas: la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada. A fin de llevar a la práctica este conjunto de disposiciones, el 19 de enero de 1984, se dicta el Reglamento de la Ley 18.216, en el que se comprenden normas respecto de la función de Gendarmería, como órgano a cargo de aplicar estas medidas y desarrollar planes de rehabilitación para los beneficiados.

Recientemente, el 27 de junio de 2012, fue publicada en el Diario Oficial la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216 e introduce nuevos mecanismos de alternatividad, con la idea de modernizar el sistema imperante en la redacción original de la ley. Una importante señal de dicho fin es la nomenclatura utilizada pues, dicho instrumento viene en sustituir el antiguo vocablo de “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, por el de “penas que indica como sustitutivos a la pena privativas o restrictivas de libertad”.

La modificación del lenguaje utilizado no es menor en tanto viene en dejar claro el ideal del legislador en el sentido de otorgar al conjunto de medidas que en el texto de reforma se señalan, el carácter de pena individual y separada de la pena privativa de libertad. De esta forma, se da cabida a una nueva concepción de las penas, y en especial, a la pena privativa de libertad, puesto que ya no se trata de una regulación donde la

prisión se configura como la pena fundamental y central; sino que se trata de la instauración de un régimen en que existen un conjunto diverso de penas, entre las cuales se encuentra la de privación de libertad. Más adelante se analizará si dicho ideal puede vislumbrarse como posible a la luz de la nueva regulación y la realidad penitenciaria nacional.

### 3.3.1 DESCRIPCIÓN DE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS CONTEMPLADAS EN LA LEY 18.216

Como requisito fundamental, para otorgarse cualquiera de las medidas de la Ley N° 18.216, debe existir una sentencia criminal condenatoria firme, que imponga una pena privativa o restrictiva de libertad. Lo anterior, en virtud del Art. 79 del C.P. que dispone: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia ejecutoriada” y en concordancia con los principios constitucionales, consagrados en los Arts. 19 N° 3 incs. 5 y 7 y N° 7, letra B y en el Art. 73 inc. 1.

Las medidas se conceden de oficio o a petición de parte y en la sentencia condenatoria por el tribunal que conoce de la causa criminal.

Además, la sentencia debe contener los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción. Si el tribunal negare la petición para conceder algunos de los beneficios previstos en esta ley, deberá exponer los fundamentos de su decisión en la sentencia. En caso que no se hayan solicitado los beneficios, el tribunal no debe expresar los fundamentos de la denegación.

El principal efecto de las medidas alternativas consiste en que una vez que el condenado haya cumplido con los requisitos establecidos por ley y dictados por el tribunal durante el periodo determinado en la sentencia, la pena privativa de libertad inicialmente impuesta se tiene por cumplida. Este importante efecto se encuentra

establecido en el Art. 28 de la Ley 18.216, señalando: “Transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta”.

Las medidas de la Ley 18.216 tienen como objeto beneficiar a aquellos sujetos que no constituyen un gran peligro para la sociedad y que si son reclusos, el contagio criminógeno y la desocialización que produce la cárcel atentarían seriamente en contra de los postulados rehabilitadores de nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, esta oportunidad otorgada a los delincuentes mencionados en el párrafo anterior, encuentra una importante condicionante en la ley. En efecto, el Art. 26 de la Ley 18.216 dispone que: “Si durante el período de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas que establece esta ley, el beneficiado comete un nuevo crimen o simple delito, la medida se entenderá revocada por el solo ministerio de la ley.” Como se puede apreciar, la norma es muy drástica, pues contempla la revocación del beneficio por el solo ministerio de la ley.

En atención a lo dispuesto en el Art. 27 de la ley en estudio, la revocación del beneficio concedido implica cumplimiento del total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración, en caso de tratarse de libertad vigilada o remisión condicional de la pena. En el caso de la reclusión nocturna, el condenado será sometido al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida.

#### 3.3.1.1 REMISION CONDICIONAL DE LA PENA

La primera medida contemplada en la ley 18.216, es la remisión condicional de la pena. Según lo expresado en el artículo 3 de la ley, consiste en “la suspensión del

cumplimiento de la pena privativa de libertad y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo”.

En esta medida se suspende la ejecución de la sanción impuesta en la sentencia condenatoria. Esta sanción no se cumple sino que se sustituye por la discreta observación de la autoridad administrativa. Lo anterior recalca el carácter tutelar de esta medida.

La remisión condicional pretende evitar el contagio criminológico producido en los recintos carcelarios, debido al contacto entre los distintos sujetos internados en las cárceles, donde no existe una distinción entre los delincuentes primarios u ocasionales con los delincuentes habituales y más avezados.

#### 3.3.1.1.1 Condiciones

El artículo 4 señala los requisitos para que el tribunal pueda conceder esta medida alternativa, los cuales son:

1. Que la pena privativa o restrictiva de libertad, impuesta en la sentencia, no exceda de tres años.

Para contabilizar el plazo señalado, se considera la pena concretamente impuesta en la sentencia, esto es, se examina en forma independiente del o de los delitos que se hayan cometido, pudiendo otorgarse este beneficio a quienes hayan cometido diversos delitos, pero que el total de las sanciones impuesta no excedan del límite mencionado.

2. El reo no debe haber sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito.

En todo caso, las condenas previas por faltas no obstan para cumplir con este requisito.

Como se puede apreciar, en esta exigencia entra en juego la institución de la reincidencia. El concepto de reincidencia es amplio y se encuentra tratado como agravante en el Código Penal, en el artículo 12 en los N° 14, 15 y 16 y en el artículo 92<sup>49</sup>.

3. Que de los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible, y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que no volverá a delinquir.

El tribunal debe analizar y determinar el grado de peligrosidad del penado, para lo cual, debe seguir los criterios rectores que la ley le confiere, de modo de valorar en conciencia los antecedentes de que dispone, para determinar si se cumple o no con el requisito pedido.

4. Que de las circunstancias indicadas en el artículo 4 letras b y c, de la Ley N°18.216, esto es la reincidencia y los antecedentes personales del condenado, el tribunal pueda concluir que es innecesario el cumplimiento efectivo de la pena o un tratamiento.<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> El Art.12 del Código Penal en sus N°s 14, 15 y 16 señala: “Son circunstancias agravantes:  
14. Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento.

15. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena.

16. Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie.”.

El Art. 92 del Código Penal establece: “Si el nuevo delito se cometiere después de haberse impuesto una condena, habrá que distinguir tres casos:

1. Cuando es de la misma especie que el anterior.

2. Cuando es de distinta especie y el culpable ha sido condenado ya por dos o más delitos a que la ley señala igual o mayor pena.

3. Cuando siendo de distinta especie, el delincuente sólo ha sido condenado una vez por delito a que la ley señala igual o mayor pena, o más de una vez por delito cuya pena sea menor.

En los dos primeros casos el hecho se considera revestido de circunstancia agravante, atendido a lo que disponen los números 15 y 16 del artículo 12, y en el último no se tomarán en cuenta para aumentar la pena los delitos anteriores”.

<sup>50</sup> Además se le imponen al condenado, las siguientes condiciones:

-Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesta por el condenado.

En virtud de esta exigencia, el tribunal puede estimar conveniente la aplicación de esta medida o si considerar que es mejor la aplicación de otra.

### 3.3.1.2 LIBERTAD VIGILADA.

El artículo 14 de la Ley 18.216 señala que la libertad vigilada consiste en someter al condenado a un régimen de libertad a prueba, que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado.

Esta medida se caracteriza por la sujeción del beneficiado a un régimen de libertad a prueba, con una asistencia mucho más intensa que en la remisión condicional. El condenado se encuentra en una relación de vigilancia permanente de parte de un Delegado de Libertad Vigilada<sup>51</sup>.

La libertad vigilada es un proceso sistemático de reinserción social. En éste se pretende que el penado, al no ser excluido de su ambiente habitual, y al no estar inmerso en el sistema penitenciario, tenga un menor deterioro psicosocial y de contagio criminógeno.

---

- Sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el Reglamento.

- Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determinará el CRS, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee la calidad de estudiante.

- Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia.

<sup>51</sup> El Delegado de Libertad Vigilada, según lo dispuesto en el Art. 23 del Reglamento de la Ley 18.216, son oficiales penitenciarios del área jurídica, social, educacional o de salud, que presten servicios en Gendarmería, quienes están 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.

La funciones que según el Reglamento debe ejercer un delegado, respecto del tribunal, son la siguientes: informar al tribunal, a lo menos semestralmente o cuando éste lo solicite, sobre el comportamiento y la evolución de las personas sometidas a su vigilancia y orientación, solicitar, cuando corresponda, mediante informe fundado, la reducción del plazo de la medida, su prórroga, o el egreso del beneficiado del sistema, según lo dispuesto en el Artículo 18 del Reglamento, poner oportunamente en conocimiento del tribunal, todo quebrantamiento de algunas de la condiciones impuestas al beneficiado, o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa, a las normas de conducir que él le imparta, concurrir, al inicio de la medida, al tribunal de la causa, a fin de reunir la información consignada en el expediente.

El objetivo de la Libertad Vigilada es fundamentalmente establecer una relación entre el Delegado con el beneficiario de la medida, que se caracterice por ser personalizada, por desarrollarse en un clima de confianza e incentivar el auto desarrollo del sujeto. Asimismo, se pretende lograr una participación activa de la comunidad en la recuperación social del usuario, nuevamente, mediante la acción del Delegado, quien ha de articular los recursos disponibles de la comunidad; también se persigue atenuar la estigmatización del condenado.

En consecuencia, podemos afirmar que esta medida es una de las que establece una forma de prevención especial más integral en nuestro sistema penal. Esta medida se encuentra destinada a tratar al sujeto en su entorno habitual, evitando los efectos nocivos de la desocialización y prisonización, en relación con la persona del reo como también los efectos perjudiciales que la familia se ve obligada a soportar.

#### 3.3.1.2.1 Condiciones para su concesión.

El tribunal sentenciador se encuentra facultado para conceder el beneficio, si se cumplen los requisitos indicados en el Art. 15, son los siguientes:

- i. Que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria sea superior a dos años y no exceda de cinco.
- ii. Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y
- iii. Que los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. Si dichos informes no hubieren sido agregados a los autos durante la tramitación del proceso, el juez de la causa o el tribunal de alzada los solicitarán como medida para mejor resolver.

Estos informes serán evacuados por el organismo técnico que determine el reglamento.

∞.

### 3.3.1.2.2 Obligaciones Anexas

El Art. 17 la ley dispone las obligaciones a las que queda sujeto el beneficiado, durante el periodo de tratamiento y observación:

- i. Residencia en un lugar determinado, la que podrá ser propuesta por el condenado, pero que, en todo caso, deberá corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada<sup>52</sup>. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo;
- ii. Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término del período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad;
- iii. Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante;

---

<sup>52</sup> El Art.32 del Reglamento establece que el Ministerio de Justicia confeccionará y distribuirá a cada Corte de apelaciones del país, una nómina de las personas habilitadas para desempeñarse como delegados de libertad vigilada dentro de sus respectivos territorios jurisdiccionales, según sea el domicilio que hubieren fijado al efecto. En dichas nóminas se individualizarán a las personas con sus domicilios y se indicará, en los casos que fuere procedente, el servicio o la institución a la cual pertenecen. Las nóminas serán mantenidas debidamente actualizadas por esa secretaría de Estado.

- iv. Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, en virtud del art. 5 letra d y
- v. Reparación, si procediere, en proporción racional, de los daños causados por el delito.

### 3.3.1.3 RECLUSIÓN NOCTURNA

A diferencia de las medidas antes analizadas, la reclusión nocturna no importa una suspensión de la pena, sino que implica el cumplimiento efectivo de la condena, sólo que de una forma más atenuada. El beneficiado, efectivamente se ve privado de su libertad ambulatoria, pero sólo por algunas horas durante la noche.

El artículo 7 de la ley 18.216, define la reclusión nocturna como una medida consistente en el encierro del beneficiado en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente.

El objetivo de esta medida, es evitar el contagio criminógeno inherente a los recintos de cumplimiento cerrado, la pérdida de contacto con el medio social, laboral y familiar que habitualmente rodea al condenado, y disuadirlo de la comisión de nuevos delitos encerrándolo en las noches.

La reclusión nocturna, también se diferencia de las otras medidas contempladas en la Ley 18.216, en que ésta no contempla tratamiento, ni tutela por parte de funcionarios de Gendarmería. No existe asistencia de ningún tipo, simplemente consiste en la reclusión voluntaria del beneficiado, quien todos los días debe ingresar a la hora señalada al recinto<sup>53</sup>. Del cumplimiento estricto de este requerimiento depende el mantenimiento del beneficio.

---

<sup>53</sup> En su Art. 8 inc. 4, el Reglamento dispone que cuando circunstancias especiales lo requieran y a petición expresa del beneficiado, el jefe del respectivo establecimiento podrá autorizarlo para que permanezca en el recinto entre las 18.30 y las 7.30 horas.

Cabe hacer notar, que en esta medida prima la confianza por parte del ordenamiento jurídico hacia el beneficiado, quien no está sujeto a control alguno por parte de la autoridad. Su conducta debe ser voluntaria, al ingresar todos los días del período de cumplimiento al recinto especial y la infracción a este deber, es decir el mal uso de la confianza otorgada, será sancionada con alguna otra medida más estricta en cuanto a la vigilancia.

#### 3.3.1.3.1 Requisitos

Para que sea otorgada esta medida por el tribunal, deben concurrir los siguientes requisitos, indicados en el artículo 8 de la Ley 18.216<sup>54</sup>:

- i. Que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no exceda de un año.
- ii. Que el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o si lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que esta no haya excedido

---

<sup>54</sup> La ley contempla casos en los cuales se suspende el cumplimiento de la reclusión nocturna, por considerarse que en esas circunstancias resultaría imposible concurrir a los centros o que de concurrir, esto conlleva efectos perjudiciales para el beneficiado.

- La suspensión opera en los siguientes casos:  
- Embarazo y puerperio coincidente con los períodos indicados en el artículo 195 del Código del Trabajo.

- Enfermedad, de invalidez o de la ocurrencia de circunstancias extraordinarias que impidieren el cumplimiento de la reclusión nocturna o lo transformaren en extremadamente grave.

El tribunal sólo a petición de parte y exclusivamente por el tiempo que durare el impedimento, podrá suspender el cumplimiento de la reclusión nocturna, o bien decretar alguna de las siguientes medidas sustitutivas:

- Arresto domiciliario nocturno, en los términos a que alude el art. 7 de esta ley.  
- Prohibición de salir de la comuna en la cual resida el condenado o del ámbito territorial que fije el tribunal, el cual, no obstante, podrá autorizar la salida temporal en caso de enfermedad o muerte del cónyuge o de hijos u otros parientes por consanguinidad.

- Tratándose de condenados que tuvieren más de setenta años, el tribunal, sólo a petición del condenado y por todo el tiempo que restare para el cumplimiento de la reclusión nocturna, podrá decretar alguna de las medidas sustitutivas mencionadas.

de dos años, y si a sido condenado más de una vez, que el total no exceda de dicho límite.

- iii. Que los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitan presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos.

El Art. 12 se remite al Art. 5 letra d señalando que los condenados a reclusión nocturna deberán satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. Son aplicables las mismas reglas que en el caso de la remisión nocturna, por lo que nos remitimos a lo señalado en esa oportunidad.

### **3.5 CONSECUENCIAS DE LA INSTAURACIÓN DE LA LEY 18.216**

El sistema de medidas alternativas a la reclusión anteriormente descrito se aplica en Chile como cuerpo legal integrado de sanciones desde el 14 de mayo de 1983, año en que fue promulgada la Ley 18.216. Según señala MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ Y TAMARA SANTOS ALVINS, la legislación a favor de las medidas alternativas a la prisión “se hizo menos en relación a sus contribuciones a la resocialización y a hacer valer los derechos de los prisioneros, que por la necesidad de reducir la cantidad de procesados, lo cual ayudaría a descomprimir los problemas de sobrepoblación carcelaria que acarreaban entre otras cosas la violencia extrema que se tornó en el estilo cotidiano de vida en prisión”<sup>55</sup>.

De este modo, y como la Ley 18.216 no fue diseñada como un sistema fundado en una política criminal encaminada a resolver las deficiencias intrínsecas de un sistema penitenciario centrado en la pena de prisión como pena fundamental, este sistema tiene varias deficiencias, incoherencias y contradicciones, los cuales se pueden apreciar tanto

---

<sup>55</sup> JIMENEZ, MARÍA ANGÉLICA y SANTOS ALVINS, TAMARA. ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión? Nova Criminis (1): 157-240, Octubre 2010.

en la formulación y ámbito de aplicación de tales medidas, como en los resultados prácticos de su aplicación.

Si entendemos que el fin o fundamento que subyace al modelo penitenciario que insta por la alternatividad responde a una perspectiva o paradigma que procura la utilización de la cárcel como un sistema de pena aplicable a aquellos casos de criminalidad grave, prefiriendo otros tipos de penas para la comisión de delitos leves y medianos, nos encontramos frente a una paradoja ya que la Ley 18.216 se configuró únicamente como un mecanismo destinado a descongestionar el sistema carcelario, por lo que no trajo consigo un proceder político criminal racional que permitiera enfrentar los difíciles problemas subyacentes al fenómeno criminal.

De este modo, y desde sus inicios, se puede afirmar que el sistema instaurado por la Ley 18.216 no responde a una política criminal definida, falencia que se verifica desde varios frentes. Primeramente, la Ley 18.216 se aprobó sin un plan de financiamiento que asegurara su efectividad, un contrasentido pues, para concretar el ideal de reinserción que efectivamente evite el encarcelamiento de los sujetos, se requiere de un sistema capaz de resolver aquellos problemas que subyacen al fenómeno criminal y que han sido considerados por los estudiosos como los factores que influyen determinadamente en la comisión de conductas delictivas. Como se puede apreciar, la falta de recursos es un elemento que refleja una falta de voluntad seria a fin de contribuir al fortalecimiento de los mecanismos necesarios para un tratamiento integral del fenómeno criminal, como son el mejoramiento de las condiciones de vida de los reclusos una vez que egresan del sistema penal.

Por otra parte, esta deficiencia se observa en las características propias de las sanciones alternativas a la reclusión instauradas puesto que se trata sólo de medidas tradicionales parciales, aisladas del resto del sistema penal, que se configuran como un verdadero “agregado” al sistema de ejecución penal y no un verdadero sistema de

alternatividad a la privación de libertad, en la cual se asumieron los mismos fines e instituciones carcelarios<sup>56</sup>.

Así, en pos de la obtención de los fines descritos, la norma legal permite una intervención coactiva y punitiva sobre el sujeto con el mismo sentido y propósito de corrección que se contempla en el caso de la privación de libertad, sólo que en este caso, tales fines se trasladan y aparecen en las sanciones alternativas, a través de un tratamiento en medio libre.

Esta perspectiva niega las propuestas de adopción de nuevos fines de la pena para las Medidas Alternativas, que se conciben, programan y desarrollan en un contexto que forma parte integral de una nueva concepción de control social.

Además, la proyección del medio institucional al medio no institucional se aprecia en el hecho de concebir el funcionamiento de los establecimientos del Medio Libre, anexo y dependiente del medio carcelario, como ocurre con Gendarmería de Chile, organismo al que le corresponde la vigilancia de los reclusos sujetos al medio institucional, como aquellos sujetos al medio libre o no institucional<sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> JIMÉNEZ, MARÍA ANGÉLICA. Núcleos problemáticos de las medidas alternativas a la privación de libertad. (Referencia a países de América Latina). Cuadernos de Análisis Jurídico. (30): 41-52, Noviembre 1994.

<sup>57</sup> Así, en el artículo 3 del Decreto Ley 2859 se señala que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile se establece que a este organismo le corresponde:

e) Custodiar y atender a las personas privadas de libertad en las siguientes circunstancias: 1.- Mientras permanezcan en los establecimientos penales. 2.- Durante las salidas autorizadas con vigilancia por orden emanada de los tribunales o autoridad administrativa competente. 3.- A los egresados de los recintos carcelarios en los casos que la ley determine;

f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social;

g) Asistir en el medio libre a las personas que accedan al mismo por encontrarse cumpliendo condenas por otra causa legal, en las condiciones que señalen los reglamentos.

En tercer término, otra consecuencia de la ausencia de una política criminal coherente y moderna en materia de alternativas a la prisión es que éstas tienen una reducida cobertura.

En efecto, como la Libertad Vigilada beneficia a los sujetos condenados a penas cortas que no exceden de 5 años, cuantitativamente representa un bajo porcentaje respecto de la población penal total, como respecto al total de los beneficiarios de las medidas alternativas<sup>58</sup>.

En esta materia, en los sistemas penales modernos y avanzados respecto de los delitos considerados leves, -que no exceden de los 3 años-, se han adoptado otras medidas como multa, trabajo comunitario, reparación, etc<sup>59</sup>. Se trata, en definitiva de verdaderos procesos de despenalización para conductas que no revisten una peligrosidad social tan marcada, consiguiendo, por una parte, la aplicación de nuevas formas de control social menos nocivas para el sujeto, y más inclusivas de los intereses de las víctimas, y por otra, logran efectivamente reducir el sistema procesal y de ejecución penal, trayendo una real oportunidad de reinserción social al infractor, pues se trata, en la mayoría de los casos, del primer delito o infracción penal. Es importante señalar en este punto que nuestro legislador ha publicado el día 27 de junio de 2012 la Ley N° 20.603 con la que ha modificado la Ley 18.216, intentando avanzar en este moderno sentido, sin embargo, su concepción técnica y el contexto político criminal y jurídico en el que se inserta, genera una serie de cuestionamientos que se plasmarán en el capítulo siguiente.

---

<sup>58</sup> Así, de acuerdo a los datos obtenidos de la Unidad de Estadística de la Subdirección Técnica de Gendarmería de Chile, tenemos que el año 2013 solo un 18,2% del total de la población penal en Chile pudo hacer efectivo el uso de este derecho. Datos obtenidos en línea

<sup>59</sup> Respecto de la reclusión nocturna, se puede afirmar que en sentido estricto se trata de una medida de complemento de pena, y en consecuencia, pertenece el campo de sanciones institucionales, no al medio libre o no institucional. A mayor abundamiento, las forma de cumplimiento de estas medidas constituyen en sí mismo un tratamiento semi institucional, y en consecuencia, no corresponde considerarla como alternativa a la privación de libertad.

En consecuencia, la precariedad de las medidas alternativas adoptadas se manifiesta en que la medida que cuenta con una mayor cobertura, como es la remisión condicional de la pena, abarca una serie de conductas que han entrado en el campo de la despenalización o descriminalización en los sistemas penales modernos, mientras que el mecanismo de la libertad vigilada y la reclusión nocturna tienen una baja representatividad del conjunto de medidas. Inclusive, esta última, más que corresponder a una medida alternativa, corresponden más bien a disposiciones semi institucionales que más parecen complementos de pena.

Otro elemento que contribuye al problema de no contar con una política criminal definida y sostenida en el tiempo, son las condiciones de selección de la población que accede al medio no institucional o medio libre. Este requisito dice relación con la gravedad del delito requerida para obtener la concesión de una medida alternativa. En efecto, para acceder a la medida, el carácter del delito debe ser leve, esto es, ameritar una pena corta, que generalmente oscila entre los 2 y 3 años.

Tal requisito implanta una rigidez extremadamente dura al sistema, toda vez que la escala de sanciones en nuestro país es muy amplia, llegando incluso, al presidio perpetuo calificado. Esta condición se ve notoriamente agravada por las penas excesivamente altas, especialmente respecto de los delitos contra la propiedad, que afectan a la mayoría de los sujetos condenados a una sanción penal

Otro elemento a considerar y que contribuye a exacerbar aún más el sistema punitivo, es el aumento de penas privativas de libertad a través de la creación de nuevos delitos o bien a través de la reforma de tipos penales existentes. Así queda de manifiesto en el informe del Consejo para la Reforma Penitenciaria<sup>60</sup> en el acápite relativo al diagnóstico del Sistema Penitenciario donde se señala textualmente que: “En la última

---

<sup>60</sup> Consejo para la reforma penitenciaria. Recomendaciones para una nueva política penitenciaria. Santiago, Marzo 2010.

década se han implementado algunas modificaciones legales que, por diversas razones, han aumentado la población en las cárceles”, como por ejemplo: La dictación de la ley 20.000, publicada el 16 de febrero de 2005, que sanciona el tráfico ilícito de drogas, contemplando un nuevo delito de microtráfico, un delito de asociación ilícita para el tráfico; normas para castigar el uso fraudulento de tarjetas de crédito o débito (ley 20.009, de 18 de marzo de 2005); Ley 20.066 (del 7 de octubre de 2005), que castiga penalmente los ilícitos constitutivos de violencia intrafamiliar, creando el delito de maltrato habitual; La ley 20.074 (del 14 de noviembre de 2005) que entre otras materias, amplió las facultades de la policía para detener por flagrancia; La ley 20.253 (de 14 de marzo de 2008) modifica las normas de reincidencia, en virtud de las cuales, para estimar la concurrencia de esta agravante, basta que la persona haya sido condenada anteriormente; y a través de la Ley 20.140 (del 30 de diciembre de 2006) se modificó el artículo 494 bis del Código Penal, estableciendo una pena para el caso de la comisión de hurto falta en grado de desarrollo frustrado.

En sexto lugar, en nuestro sistema penal existe otra restricción importante, y dice relación con que el otorgamiento de las medidas alternativas se da a aquellos sujetos que han delinquido por primera vez, negándose su concesión a los reincidentes. Se estima que esta restricción por sí sola, excluye alrededor de la mitad de la población penal, dejándola fuera de la opción a alguna medida alternativa, lo cual, además de atentar contra las garantías propias de un Estado de Derecho, vulnera el principio non bis in idem y el principio de igualdad ante la ley.

Según se observa, las medidas alternativas adoptadas están inmersas en un contexto altamente selectivo y restrictivo, lo que trae como consecuencia que la mayor parte de la población penal tenga una escasa posibilidad de optar al medio no institucional.

Ahora bien, el análisis estadístico de la población penal sujeta a prisión, da cuenta que la incorporación de las Medidas Alternativas no ha logrado detener ni disminuir de

manera sostenida el crecimiento de la población carcelaria, es decir, del medio institucional cerrado.

### 3.5.1 MEDIDAS ALTERNATIVAS COMO NUEVO MECANISMO DE CONTROL SOCIAL.

Las falencias descritas precedentemente dan cuenta de una falta de política criminal encaminada a la reducción sostenida de la privación de libertad como pena, y al mismo tiempo, ponen de manifiesto la ampliación de los mecanismos de control social por parte del Estado.

Basado en fundamentos de orden público y de seguridad ciudadana, las decisiones tomadas por los órganos del Estado que han sido reseñadas en el presente capítulo, (el escaso financiamiento de los mecanismos alternativos a la privación de libertad, la propia elaboración de las medidas como un “agregado” al sistema tradicional de penas, la reducida cobertura de las mismas, la gran selectividad de la población que puede optar a ellas, y el aumento en la tipificación de nuevos delitos cuya condena es la pena privativa de libertad), han contribuido a aumentar los procesos penalizadores bajo fórmulas represivas. Esta formulación, programada o no, ha dado lugar a la ampliación de la intervención de los órganos policiales, procesales y de ejecución penal en la población, aumentando con ello, las conductas sujetas a control penal y, por ende, las formas de control social.

Esta dirección o sentido en que el Estado ha abordado el tema penal y penitenciario resultan en la práctica, contradictorias a las propuestas teleológicas realizadas por la doctrina que promueve las Medidas Alternativas ya que propician, por el contrario, procesos descriminalizadores y despenalizadores, que incluyen fórmulas alternativas de control social, con mayor énfasis en el área social y no penal.

En conclusión, la adopción de Medidas Alternativas no sólo no ha logrado alcanzar el objetivo latente y primario, esto es, reducir el número de penados privados de libertad, sino que en la práctica constituye una nueva forma de control social. De este modo, al control institucional (encarcelamiento) se agrega el control en medio libre.

Se puede afirmar que las medidas alternativas tradicionales adoptadas en nuestro país, se caracterizan por ser tardías y precarias en su aplicación, ya que abarcan conductas que han entrado en el campo de la despenalización o descriminalización en los sistemas penales con tendencias penales modernas, y las restantes, presentan una baja representatividad en el conjunto, tal es el caso de la multa.

Consideramos que la mayor cuestión planteada en torno a estas medidas, es la clara división presentada entre la concepción antigua retribucionista de nuestro legislador, y una concepción moderna por parte de la doctrina en torno a la finalidad social de la pena y a la finalidad del Derecho Penal. Son entonces estas medidas, las que resultan ser la proyección clara de una retrasada división político-criminal de un sistema en vías de innovación.

En este orden de ideas, es importante no perder de vista que la concepción y propósitos de las medidas alternativas, deben funcionar de manera independiente del nivel penitenciario, en tanto constituyen una forma distinta de abordar el control social. En este sentido, la forma adecuada de abordar el tema de alternatividad a la prisión conforme al Estado democrático de Derecho, dirigido de forma sostenida a reducir la intervención penal, es a través de procesos despenalizadores y descriminalizadores, que en suma contribuyan a eliminar o transferir conflictos que puedan controlarse en su mayor parte por otras vías alternativas más eficaces y menos dañosas que la intervención penal.

### 3.5.2 CRITICAS A LAS ALTERNATIVAS A LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD.

A pesar de los beneficios señalados a las medidas alternativas a la prisión, existen en doctrina algunas posturas que dan cuenta de sus eventuales peligros. De todas formas, tales peligros están circunscritos a aquellos casos en que las medidas alternativas no se insertan en un verdadero Estado de Derecho, respetuoso de la persona humana y los derechos fundamentales, en tanto si la política criminal del Estado está dirigida ciertamente a la reducción del uso de la prisión, de la mano del principio de la última ratio, las medidas alternativas cumplirían eficazmente su cometido. Es por esto que una política criminal definida y decidida es fundamental para el correcto devenir de las medidas alternativas a la prisión y la integración de los intervinientes del sistema penitenciario.

Con todo, y en virtud de los contrasentidos analizados resulta necesario revisar y analizar brevemente las eventuales consecuencias que tendrá la instauración de la Ley N° 20.063 que viene a modificar la Ley 18.216, cuestión que será analizada en el siguiente capítulo.

## **CAPITULO IV**

### **LEY N° 20.603 QUE REFORMA LEY N° 18.216. NUEVOS MECANISMOS DE SUSTITUCIÓN A LA PRISIÓN. COMENTARIOS.**

#### **4.1 FUNDAMENTOS.**

El día 27 de junio de 2013 fue publicada en el Diario Oficial la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216 incorporando, entre otras instituciones, nuevas medidas alternativas a la prisión, las que de ahora en adelante, asumirán la denominación de medidas sustitutivas.

El Mensaje del Ejecutivo señala que “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.

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.

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.

En este entendido, las modificaciones que aquí se proponen van en la dirección que entendemos correcta, pues conservan el carácter de las penas sustitutas tal y como son entendidas, no solo en Chile, sino también en los sistemas comparados, esto es, una oportunidad para un tipo de delincuencia menor; pero establece una serie de medidas a través de las cuales se espera lograr que las medidas alternativas cumplan su objetivo final, introduciendo mecanismos de control más eficientes que impidan frustrar sus fines. De esta manera, al inyectar mayores y mejores formas de control de la ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo, se estima que aquel sector de la sociedad que ha sido objeto de una medida alternativa, cumpla efectiva y satisfactoriamente la sanción impuesta, haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo”<sup>61</sup>.

Se puede apreciar que el Ejecutivo hace suyo los argumentos revisados en orden a los fines resocializadores y de seguridad ciudadana que se han revisado en el capítulo anterior.

A fin de delimitar con mayor precisión si dicha voluntad o dirección de los poderes del Estado se condice con el texto normativo aprobado, analizaremos la publicación respecto de la capacitación realizada por el Ministerio de Justicia en relación a las modificaciones introducidas por la Ley 18.216<sup>62</sup>, dirigida a los operadores de Justicia Penal en Chile.

El mencionado trabajo hace una exposición de los fines de la nueva legislación, los que procedo a enunciar brevemente:

---

<sup>61</sup> Historia de la Ley 20.603. BCN En Línea: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1040510>> [Consulta: 13 de marzo 2014]

<sup>62</sup> “Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603, elaborado por el Ministerio de Justicia, División de Reinserción Social”  
En línea: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/03/ejecucion13.pdf>> [Consulta: 20 de Marzo, 2014]

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

## **4.2 NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENAS SUSTITUVAS DE LA LEY 20.603**

Respecto a la naturaleza jurídica de las penas que se establecen en la nueva Ley N°20.603, ellas se denominan expresamente en su artículo 1° como “penas sustitutivas”. Ello evidencia que no nos encontramos ante una pena principal y autónoma, susceptible de ser empleada como tal en la redacción de la parte especial del Código Penal, como fue propuesto por la Comisión de Académicos en el marco del Foro Penal, ya que no son penas asociadas a un tipo penal específico. Así, al establecerse jurídicamente como penas sustitutas, necesariamente debe existir una pena, en este caso privativa o restrictiva de la libertad, susceptible de ser sustituida, contenida actualmente en el Código Penal<sup>63</sup>.

Como ya se ha analizado el concepto de penas sustitutivas, significa que existe una pena que se impone en lugar de otra pena, la principal, que en nuestro análisis, es la privativa de libertad. Ya se ha señalado que el objetivo del cambio en la denominación obedece a la intención de la ley de cambiar la percepción del sistema como un “perdonazo” o “beneficio”, dotándolo de mayor credibilidad, posicionando al sistema como una alternativa legítima de respuesta penal frente a la comisión de ilícitos. La nueva Ley N°20.603 establece en el Art. 1° que “*La ejecución de las penas privativas o*

---

<sup>63</sup> Es necesario considerar que su inclusión en el Código Penal, llevaría necesariamente a revisar todos los tipos penales y sus penas asociadas, de manera de evaluar su congruencia en términos de su proporcionalidad, trabajo de largo aliento que excede con creces las pretensiones de la reforma y que deberá ser abordado cuando se estudie una modificación integral al Código punitivo.

*restrictivas de libertad podrá **sustituirse** por el tribunal que las imponga, por algunas de las siguientes penas...*”, frente a lo cual 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...*”. Sin embargo, a solicitud del Ejecutivo, se mantuvo la redacción original.

Para justificar esta indicación parlamentaria se señaló lo siguiente:

“Sobre la denominación, el cambio de medidas alternativas a penas sustitutivas no es casual, como es obvio, si medidas como la *remisión condicional* o *libertad vigilada* suponen suspender la imposición de la condena (pena), el hecho de considerarlas una pena en sí misma, tiene un efecto inmediato en materia de reincidencia. ¿Qué justifica esta desnaturalización y la exasperación del régimen? Además cabe tener presente lo siguiente:

a. El discurso de suprimir la idea de beneficio, atenta 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 como en el caso de la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada) o estableciendo formas alternativas de cumplimiento de la pena como la reclusión nocturna (sustituye a la privativa de libertad). Entre estas últimas, es decir, las auténticas penas alternativas, nuestro sistema ha incorporado la asistencia obligatoria a programas de prevención y el trabajo en beneficio de la comunidad. Lo que la doctrina objeta a este sistema es que “no contempla un sistema de apoyo efectivo al beneficiario de la remisión...”. Lo mismo puede decirse de las penas alternativas atendidas las dificultades prácticas de su control.

b. En el derecho comparado estas instituciones no se consideran penas. “Una institución similar a nuestra *remisión condicional* sólo se encuentra en el Código Penal francés de 1992, bajo la denominación de "suspensión simple", para cuya concesión, facultativa según el Art. 132-29 ss., se exige una no reincidencia limitada en el tiempo (5 años) y una condena no superior a cinco años de prisión (penas de "simples delitos") y se revoca en caso de reincidencia dentro de un período de cinco años a partir de su concesión. Las menores exigencias de esta "suspensión simple" deben siempre ser dimensionadas con las penas previstas para los delitos, comparativamente superiores a las que establece nuestro Código Penal, como puede verse en el caso del homicidio simple, castigado en el Art. 221-1 con la pena de treinta años de reclusión criminal. En Alemania, la *suspensión condicional de la pena* también puede llegar a asimilarse a nuestra *remisión condicional*, en un limitado número de casos, cuando conforme lo dispuesto en el § 56 d) II, el tribunal decide no acompañar esta medida con la supervisión de un *ayudante de prueba*, lo que, por regla general, debe hacer si se trata de suspender penas de *menos de nueve meses de prisión*”. En cuanto a la *libertad vigilada*, puesta en perspectiva de derecho comparado, puede decirse que esta institución se contempla en todos los ordenamientos de nuestra órbita cultural: en el § 56 StGB (*Strafgesetzbuch*), en el Art. 85 del nuevo Código Penal español de 1995, en el Art. 132-40 del Código Penal francés de 1992, y en el Art. 53 de la ley italiana de 24 de noviembre de 1981, n. 689.

Para mantener la redacción original propuesta del Art. 1, refiriéndose únicamente a la suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta, el Ejecutivo señaló lo siguiente<sup>64</sup>:

a.- La modificación que propone la indicación del Ejecutivo en cuanto a la denominación de esta ley, esto es, regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas

---

<sup>64</sup> Ob. cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág 25 y ss.

alternativas”, se basa en precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, si no 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 de ser incumplida.

b.- Ahora bien, sobre la naturaleza jurídica de estas instituciones, sólo la reclusión parcial (actual reclusión nocturna) aparece como una verdadera pena sustitutiva, en la que se sustituye por completo la pena privativa de libertad, y en caso de ser revocada permite el cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva. Por otra parte, tanto en la remisión condicional de la pena, como en la libertad vigilada, simple o intensiva, su naturaleza jurídica corresponde a la de suspensión condicional de la pena, y en consecuencia en caso de revocación procede el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta.

La indicación parlamentaria, considera a las 3 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).

c.- Sin perjuicio de lo anterior, no es efectivo, como señala la indicación parlamentaria, que se trate de una “exasperación del régimen” y que “tiene un efecto inmediato en materia de reincidencia”. Para determinar la reincidencia, basta haber sido condenado anteriormente, con absoluta independencia de si se aplica la Ley N° 18.216, sea como medida alternativa, como pena alternativa o como pena sustitutiva.

e- De acogerse la indicación parlamentaria, en esta parte, debe dejarse sin efecto toda propuesta referente a “imponer” estas medidas.

Ahora bien, independientemente que la Ley N° 20.603, las denomine como penas sustitutivas, su naturaleza jurídica no debiese ser alterada. De esta forma, sólo la

reclusión parcial y la pena de prestación de servicios a favor de la comunidad, aparecen como verdaderas penas sustitutivas, en las que se sustituye por completo la pena privativa de libertad. Si bien, sólo en estas penas (en caso de ser revocadas), se permitiría el cumplimiento únicamente del saldo de la pena privativa de libertad, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de la pena sustitutiva, veremos más adelante a propósito de las normas de quebrantamiento y revocación que por razones de justicia material también se consideran cómputos de abono para efectos de revocación tratándose de otras penas sustitutivas como la remisión condicional, la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva, instituciones cuya verdadera naturaleza jurídica corresponde a la de suspensión condicional de la pena, ya que en caso de revocación, procedería en estricto rigor el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta<sup>65</sup>.

#### **4.3 REGLAS GENERALES Y ESPECIALES DE IMPROCEDENCIA DE LAS PENAS SUSTITUTIVAS.**

Actualmente, las medidas alternativas están prohibidas sólo respecto de 2 delitos: la llamada violación impropia (Art.362 CP) y violación con homicidio (Art.372 bis CP), cuando en este último caso la víctima es menor de 12 años.

La nueva Ley N° 20.603, en el Art. 1°, amplía el catálogo de delitos respecto de los cuales no proceden las penas sustitutivas, en algunos casos respecto de la totalidad de las penas sustitutivas, y, en otros, con exigencias adicionales o respecto de una pena sustitutiva en particular. Por cierto, este fue uno de los temas más debatidos durante la tramitación del proyecto, especialmente en cuanto a los delitos en particular incluidos en el catálogo, que comentaremos a continuación, y la extensión de la inaplicabilidad dentro de la misma ley, que veremos a propósito de la pena mixta.

---

<sup>65</sup> De ahí entonces que, el art. 37 de la nueva ley, al regular el recurso de apelación, asume que la decisión acerca del otorgamiento o denegación de una pena sustitutiva sólo se encuentra contenida formalmente en una sentencia definitiva. Sin embargo, no todos comparten esta opinión, y por cierto, será la doctrina y la jurisprudencia quienes deban desarrollarla en mayor profundidad.

#### 4.3.1 REGLAS GENERALES.

La nueva ley establece, en primer lugar, un catálogo de delitos excluidos. Si bien se amplía el catálogo de delitos en comparación a la legislación actual, es importante tener presente que la aplicación de este catálogo, y por ende, de la prohibición de aplicar penas sustitutivas, se diferencia en que la nueva ley sólo lo dispone respecto de aquellos que sean condenados como autores de los delitos que se encuentren en grado de desarrollo consumado<sup>66</sup>.

No obstante este catálogo de exclusión, la propia ley contempla una excepción, que consiste en que aun tratándose de condenados como autores por estos delitos en grado de desarrollo consumado, si la sentencia reconoce al condenado el haber obrado amparado en una eximente incompleta de responsabilidad penal del Artículo 10 del Código Penal, en los términos del Artículo 11 N° 1 del mismo Código, es procedente la aplicación, si se cumplen los restantes requisitos, de una pena sustitutiva. Sobre esto último, diremos que la concurrencia de una eximente incompleta comunica un menor juicio valorativo del delito que repercute en la magnitud de la pena y en estos casos el legislador ha entendido procedente una pena sustitutiva dado el serio cuestionamiento efectuado mediante el reconocimiento jurisdiccional del Artículo 11 N° 1 a las afirmaciones relativas a que una conducta se sabe contraria a derecho y que efectivamente lesiona bienes jurídicos específicos.

---

<sup>66</sup> El listado que conforma el catálogo de delitos excluidos es el siguiente:

- Secuestro calificado (Art. 141, incisos tercero, cuarto y quinto CP)
- Sustracción de menor (Art. 142 CP)
- Violación (Art. 361 CP)
- Violación impropia de menor de 14 años (Art. 362 CP)
- Violación con homicidio (Art. 372 bis CP)
- Parricidio (Art. 390 CP)
- Homicidio calificado (Art. 391 N° 1 CP)

#### 4.3.2 REGLAS ESPECIALES.

Hemos señalado que además de las reglas generales, se establecen normas especiales en el mismo Art. 1°. Pues bien, una de ellas está referida para aquellos autores de delito consumado condenados por robo con violencia y/o intimidación (Art. 436 inciso primero CP). Sin embargo aquí es necesario destacar que para que opere esta exclusión, se establece la regla especial consistente en que la persona haya sido condenada previamente por robo calificado (Art. 433 CP), robo por sorpresa (Art. 436 inciso segundo CP), robo con violencia o intimidación (Art.436 inciso primero CP) o robo en lugar habitado.

Otra regla especial se aplica específicamente respecto de la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad. Como veremos en su oportunidad, esta pena será aplicable para aquellos que, no teniendo posibilidad de acceder a otras penas sustitutivas en razón de sus antecedentes penales anteriores, sean condenados en concreto a una pena privativa igual o inferior a 300 días de presidio menor en su grado mínimo. Esta regla especial consiste en hacer inaplicable esta pena sustitutiva cuando la condena privativa de libertad sea consecuencia de la comisión de crímenes o simples delitos tipificados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en las antiguas leyes sobre la misma materia, que son las leyes N°s 18.403 y 19.366.

Por último, el proyecto establece que no se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos contenidos en las leyes ya citadas sobre drogas, en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el Artículo 22 de la Ley N° 20.000. Como se observa, más que una regla especial, esta norma es una

reiteración de lo ya señalado en el Art. 62 de la actual Ley N° 20.000, aunque en este caso, se refiere a condenas también dictadas en virtud de la Ley N° 18.403.

#### 4.3.3 CONSIDERACIÓN SOBRE CONDENAS ANTERIORES.

La nueva ley establece al final del Art. 1° expresamente una norma especial de prescripción, para efectos de considerar o no condenas anteriores para efectos de aplicar la sustitución. Así, en todos los casos en que el tribunal deba evaluar si el condenado tiene o no anteriormente condenas, la ley prescribe que no se considerarán las condenas cumplidas 10 años antes, si aquella condena hubiese sido aplicada por la comisión de un crimen, o 5 años antes, si la condena se impuso por la comisión de un simple delito.

### **4.4 ANÁLISIS DE LAS PENAS CONTEMPLADAS EN LA NUEVA LEY N°20.603**

#### 4.4.1 LA REMISIÓN CONDICIONAL

Como revisamos en el capítulo anterior, debido a la falta de peligrosidad del sujeto, constatable por la falta de antecedentes penales, y a la escasa lesividad del delito cometido, resulta innecesaria la aplicación de una pena privativa de libertad que se cumpla de forma efectiva, suspendiéndose su ejecución y quedando el condenado sometido al cumplimiento de determinadas condiciones.

En la nueva Ley N° 20.603, la pena de remisión condicional se mantiene en su concepción original, en que se suspende el cumplimiento de la pena privativa de libertad, bajo la discreta observación y asistencia del condenado por Gendarmería de Chile, durante el tiempo establecido en la respectiva sentencia judicial. No se establece ningún tipo de intervención y conlleva, por existir condena, la anotación de los

correspondientes antecedentes penales en el registro correspondiente (prontuario penal), sin perjuicio de la regla especial establecida en el actual Art. 29 de la ley, que se mantiene, aunque con mínimas modificaciones.

Aunque se trata de una medida que se aplica desde hace mucho tiempo en el Derecho Penal continental, hoy en día la forma en que se ha configurado legalmente en Chile, no coincide con la adoptada por la mayoría de los países occidentales, donde prima la llamada libertad a prueba (*probation*), que más se asemeja a nuestra libertad vigilada que a la remisión condicional de la pena, instituto que, según JEAN PIERRE MATUS tiene que ver “con características de perdón judicial condicionado, más que de intervención resocializadora en la vida del condenado”<sup>67</sup>.

#### 4.4.1.1 REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

i. La pena privativa de libertad que imponga la sentencia condenatoria no debe exceder de tres años, tal cual como acontece hoy.

ii. La persona condenada debe carecer de condenas anteriores por crimen o simple delito. Sin embargo la nueva ley agrega que no se considerarán para estos efectos, las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. Es decir, dependiendo si se trata de un crimen o simple delito, puede acceder a la remisión condicional una persona, no obstante, haber terminado de cumplir una condena 5 o 10 años antes de la comisión del nuevo ilícito sobre el cual se pueda imponer la remisión condicional.

---

<sup>67</sup> MATUS ACUÑA, JEAN PIERRE. Medidas alternativas a las penas privativas de libertad en una futura reforma penal chilena. Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, 4(5): 187-201, 2003. <<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/ficha.asp?xId=4736>>

iii. Presentar buenos antecedentes personales y de conducta, que permitan presumir que el condenado no volverá a cometer nuevos delitos, en los mismos términos que se consagran hoy en la ley.

iv. Por último, y modificando levemente la actual redacción, se exige que los antecedentes mencionados anteriormente, junto con la ausencia de condenas anteriores (sin perjuicio de las normas de prescripción), permitan presumir al tribunal que sea innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena<sup>68</sup>.

Salvo lo referido a la regla expresa sobre condenas anteriores para efectos de prescripción, y el cambio de la expresión “tratamiento”, los requisitos se mantienen con relación a la ley actual. Sin embargo es importante destacar que el proyecto establece una importante restricción para la aplicación de la remisión condicional. En efecto, agrega una restricción tratándose de condenados por determinados delitos que, a pesar de cumplir con el tramo de pena referido, no pueden optar a esta pena sustitutiva. Se trata de los siguientes casos:

- Condenados por delitos cuya pena sea superior a 541 días pero no exceda los 3 años y se trate del delito de microtráfico contemplado en la Ley N° 20.000 (Art. 4) o se trate del delito de manejo en estado de ebriedad causando muerte o lesiones (incisos segundo y tercero del Art. 196 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 2009, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito)<sup>69</sup>.
- Condenados por delitos cuya pena sea superior a 541 días y no exceda de 5

---

<sup>68</sup> Sobre este último requisito se cambió la redacción actual, pues en la redacción de la antigua ley se señalaba que tanto los antecedentes como la ausencia de condenas anteriores deben permitir al tribunal presumir que sea innecesario “*un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena*”

<sup>69</sup> Todo esto según lo dispuesto en el Artículo 15 letra b) de la nueva ley, que se refiere al ámbito de aplicación de la libertad vigilada. Es decir, en estos casos, no obstante haber sido condenada la persona a una pena menor o igual a 3 años de presidio menor en grado medio, y no teniendo antecedentes anteriores, o teniendo, se encuentran prescritos de acuerdo a lo establecido en la nueva ley, el juez está impedido de aplicar la remisión condicional, debiendo aplicar la libertad vigilada en este caso o bien la reclusión parcial, si se cumplen los requisitos para ello.

años, por delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar o delitos sexuales, señalados en el Artículo 15 bis b) de la nueva ley, que se refiere al ámbito de aplicación de la libertad vigilada intensiva. Los delitos en particular contemplados en este caso son los establecidos en los artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 ó 399 del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar y aquellos contemplados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter y 411 ter del mismo Código.

Resulta legítimo preguntarse la razón de porqué en estos casos se hace improcedente aplicar la remisión condicional. Como hemos señalado, esta medida alternativa no está sujeta a una intervención, en consecuencia, en estos casos resulta aconsejable, por el tipo de delito que se condena, realizar una intervención, de mayor o menor intensidad según el caso en concreto. Si bien en un inicio no se contempló la posibilidad de incluir expresamente la reclusión parcial como alternativa junto con la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva, finalmente a propuesta del Ejecutivo se incluyó tal posibilidad, por razones de equidad.

#### 4.4.1.2 CONDICIONES QUE DEBE CUMPLIR EL SENTENCIADO.

El período de observación del condenado no podrá ser inferior al tiempo de la duración de la condena privativa de libertad impuesta, y en ningún caso podrá ser inferior a un año ni superior a tres, en los mismos términos que actualmente consagra la ley.

Las dos primeras condiciones se mantienen exactamente iguales a la actual legislación<sup>70</sup>. La diferencia se produce con la tercera condición<sup>71</sup>, tanto por cuestiones de

---

<sup>70</sup> Recordar que las condiciones anteriores fueron detalladas en el Capítulo III al analizar la Ley N°18.216.

carácter formal como aquellas más sustanciales. En efecto, desde el punto de vista formal, si bien la ley reformada empleaba el término *ejercer* una profesión, esta expresión se ha cambiado con la reforma por el término *ejercicio*, ya que el resto de las condiciones de la remisión condicional que debe cumplir el condenado también emplean sustantivos y no verbos en el mismo artículo. En cuanto a la modificación de fondo, es importante destacar que se ha eliminado la referencia a que el ejercicio de la actividad sea determinado “*bajo las modalidades y plazos que determine la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile*”. La razón obedece a que, por un lado, resulta cuestionable desde el punto de vista de la legitimidad que luego de la sentencia condenatoria sea un órgano administrativo quien determine las condiciones de una obligación esencial que forma parte de la remisión condicional, y, por otro, que al tratarse esta pena sustitutiva de aquellas que no implican mayor intervención, sino más bien control, no resulta aconsejable que Gendarmería deba, por ley, fijar las modalidades y plazos. Sin embargo vale la pena señalar que durante la discusión parlamentaria se propuso entregar esta función (fijar modalidades y plazos del ejercicio de una actividad) al tribunal, postura que finalmente se descartó por considerar que no necesariamente los tribunales contarán con todos los antecedentes para delimitar esta condición.

Por último, es importante destacar que con la nueva ley se elimina la exigencia de satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, que contempla actualmente el art. 5 letra d). Si bien fue objeto de arduo debate a nivel

---

<sup>71</sup> En lo concerniente a las condiciones que debe cumplir el sentenciado durante el período de observación, estas se encuentran reguladas en el Art. 5°:

“Artículo 5°.- Al aplicar esta sanción, el tribunal establecerá un plazo de observación que no será inferior al de la duración de la pena, con un mínimo de un año y un máximo de tres, e impondrá al condenado las siguientes condiciones:

a) Residencia en un lugar determinado, que podrá ser propuesto por el condenado. Éste podrá ser cambiado, en casos especiales, según la calificación efectuada por Gendarmería de Chile;

b) Sujeción al control administrativo y a la asistencia de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el reglamento. Dicho servicio recabará anualmente, al efecto, un certificado de antecedentes prontuarios, y

c) Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”.

parlamentario, el Ejecutivo ha justificado su eliminación por alejarse del fin de resocialización, ser cuestionable la legitimidad de la norma y por existir otros mecanismos dentro y fuera del proceso penal (acuerdos reparatorios y demandas civiles) que cubrirían parte del ámbito que abarca esta norma.

#### 4.4.2 LA RECLUSIÓN PARCIAL

La nueva ley elimina la pena de reclusión nocturna<sup>72</sup>, pero en su lugar, contempla la pena de reclusión parcial<sup>73</sup>, que supone el encierro en el domicilio del condenado, o excepcionalmente, en establecimientos especiales, durante 56 horas semanales, sea en forma diurna, nocturna o de fin de semana. El juez deberá priorizar su cumplimiento en el domicilio del condenado y preferir su control mediante monitoreo telemático, salvo que Gendarmería de Chile informe desfavorablemente la factibilidad técnica de la imposición del sistema de tecnovigilancia, en cuyo caso, el tribunal podrá decretar otros mecanismos de control.

##### 4.4.2.1 MODALIDADES DE RECLUSIÓN PARCIAL.

La nueva ley ofrece un grado de flexibilidad al tribunal para determinar el periodo preciso en que se cumplirá la pena, considerando necesidades laborales, familiares o

---

<sup>72</sup> Como se ha señalado en el capítulo III, (pág. 63 y ss.), la reclusión nocturna es una medida alternativa al cumplimiento de una pena privativa de libertad, consistente en la restricción mediante el encierro en establecimientos penitenciarios especiales, entre las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente. Esta medida ha sido la de menor aplicación dentro de las 3 que contemplaba originalmente la Ley N° 18.216, alcanzando en el último tiempo un promedio levemente por sobre las 3.000 personas, lo que representa tan solo un 3% aproximadamente de la población atendida por Gendarmería de Chile. Según información estadística de Gendarmería de Chile año 2013. Unidad Estadística, Subdirección Técnica. Gendarmería de Chile. Así mismo, la reclusión nocturna genera un contrasentido con los fines de la Ley N° 18.216, toda vez que, en aproximadamente el 50% de los casos, el sujeto condenado a esta medida alternativa debe cumplirla, por falta de establecimientos especiales, en cárceles, lo que produce su desocialización y contagio criminógeno, con lo que dejan de cumplirse los objetivos explícitos que justifican la existencia de esta medida alternativa.

<sup>73</sup> Conocido como arresto domiciliario en otras legislaciones.

educativas del condenado, como asimismo considerando también el tipo de delito y la forma de ejecución, en cuyo caso la reclusión parcial puede operar como un mecanismo inhibitorio efectivo de comisión de nuevos ilícitos de igual naturaleza. Cualquiera sea la modalidad a imponer, se busca que el sujeto no deje su entorno social y familiar, lo que contribuye a su resocialización y evita el contagio criminológico.

Las modalidades son las siguientes:

i) Reclusión diurna: Consiste en el encierro en el domicilio del condenado, durante un lapso de 8 horas diarias y continuas, las que se fijarán entre las 8 y las 22 horas. La ley se encarga de definir lo que ha de entenderse por domicilio, disponiendo que es la residencia regular que el condenado utiliza para fines habitacionales.

ii) Reclusión nocturna: Consiste en el encierro en el domicilio o en establecimientos especiales, entre las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente.

iii) Reclusión de fin de semana: Consiste en el encierro en el domicilio del condenado o en establecimientos especiales, entre las 22 horas del día viernes y las 6 horas del día lunes siguiente.

Cuando la pena de reclusión parcial se deba cumplir en establecimientos especiales, se entenderá que alude a los centros o anexos abiertos y las dependencias destinadas a penados beneficiados con salidas diarias o dominicales, todos administrados por Gendarmería de Chile. El objeto de esta alternativa es abarcar aquellos casos en que el condenado no tenga un domicilio, lo que haría improcedente la aplicación de esta pena sustitutiva, de no contemplarse los establecimientos especiales.

Como consecuencia del cambio de lugar para cumplir la reclusión (preferentemente en el domicilio del condenado), dejan de tener justificación la vigencia de los Arts. 10 y

10 bis, en donde se contemplaba la facultad del tribunal de suspender la reclusión nocturna, o bien decretar el arresto domiciliario nocturno o la prohibición de salir de la comuna donde reside el condenado, en casos de embarazo, puerperio, enfermedad, invalidez o ser mayor de setenta años el condenado.

#### 4.4.2.2 REQUISITOS DE PROCEDENCIA.

1. La pena privativa de libertad que se imponga no debe ser superior a 3 años (igual a la legislación actual).

2. El condenado no debe haber sido sancionado anteriormente por crimen o simple delito. Sin embargo nuevamente aquí se establece una prescripción especial, disponiendo la ley que no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años por un crimen o simple delito, respectivamente, antes de la comisión del nuevo ilícito.

3. Junto con lo anterior, existe otra importante innovación en relación a la situación precedente, consistente en que si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva. Con ello se pretende evitar que se siga imponiendo esta medida a quienes, pese a la imposición reiterada de la misma, han seguido cometiendo delitos de menor lesividad.

4. Por último, tal como se contemplaba, el condenado debe contar con antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justifiquen la pena, así como exigirse que los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito

permitan presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos.

#### 4.4.3 LA LIBERTAD VIGILADA Y LA LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA.

La libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva, constituyen una de las penas de mayor relevancia para cumplir con los ejes fundamentales de la reforma, toda vez que a diferencia del resto de las penas (remisión condicional, reclusión parcial, expulsión de extranjeros, servicios comunitarios), contienen un proceso de intervención, de mayor o menor intensidad, con el objetivo de cumplir con fines de reinserción social del condenado, disminuyendo sus probabilidades de reincidencia. Por esta razón, tanto la nueva ley como el plan de implementación contienen importantes innovaciones y mejoras en la intervención, tanto desde el punto de vista técnico, como de recursos humanos y presupuestarios.

Definida en el Art. 14 de la nueva ley, la libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado de Gendarmería de Chile.

La libertad vigilada intensiva en tanto, definida en el mismo artículo, 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.

Es importante señalar que la nueva normativa reemplaza el término “tratamiento” por “intervención”, actualmente contemplada en la Ley N° 18.216. Ello obedece a la intención de actualizar la terminología desde el punto de vista criminológico, pues el término “tratamiento” pertenece más al ámbito médico, y con ello se pretende evitar

mantener antiguas concepciones positivistas de la ejecución de la pena. La misma razón explica que la nueva ley ya no se refiera a la rehabilitación sino a la reinserción, salvo para el tratamiento de problemas de salud, como el consumo problemático de drogas y/o alcohol.

Ahora bien, tal como lo indica el nombre, la diferencia entre ambas modalidades de intervención radica en la intensidad de la misma, lo que se ve reflejado en el trabajo directamente a desarrollar por los delegados, y en eventuales seguimientos judiciales a través de audiencias de control de ejecución, conjuntamente con los ámbitos de procedencia de una y otra modalidad en particular.

#### 4.4.3.1 REQUISITOS DE PROCEDENCIA PARA AMBAS PENAS SUSTITUTIVAS.

1. Que el penado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito<sup>74</sup>.

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

Además de las adecuaciones conceptuales sobre intervención y reinserción, conviene señalar un cambio más, consistente en que con la reforma se propone que los antecedentes que deba considerar el tribunal para evaluar la imposición o no de una pena sustitutiva, deberán ser aportados por los intervinientes antes de la dictación de la sentencia o en la oportunidad prevista en el Artículo 343 del Código Procesal Penal.

---

<sup>74</sup> Al igual que en el resto de los casos en que se debe analizar la existencia de condenas anteriores en la nueva Ley N° 18.216, se prescribe que no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes respectivamente (según se trate de un crimen o simple delito), de la comisión del nuevo ilícito.

Sólo excepcionalmente, si estos antecedentes no fueron aportados en dicha instancia, podrá el tribunal solicitar un informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo previsto en el Artículo 344 del Código Procesal Penal, es decir, el plazo para redactar la sentencia.

De lo anterior aparece que el llamado informe “presentencial” desaparece como requisito obligatorio para que el tribunal se pronuncie sobre la libertad vigilada, debiendo los intervinientes (fiscal, defensor y querellante) aportar los antecedentes necesarios para resolver el tribunal la imposición o no de la libertad vigilada o la libertad vigilada intensiva. Sin embargo, de todas formas se contempla la posibilidad de recurrir a Gendarmería de Chile si el tribunal estima insuficiente lo aportado por los intervinientes.

#### 4.4.3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA.

La libertad vigilada podrá decretarse:

1. Si la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta en la sentencia es superior a dos y no excede de tres años, o,
2. Si la pena privativa o restrictiva de la libertad que se imponga fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de los tres años, y se trata de algunos de los delitos de microtráfico contemplado en la Ley N° 20.000 (Art. 4) o se trate del delito de manejo en estado de ebriedad causando muerte o lesiones graves o menos graves (incisos segundo y tercero del artículo 196 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, de 2009, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito).

Dos observaciones pueden realizarse a propósito de estos requisitos. En primer lugar, al contemplarse en el proyecto dos modalidades de libertad vigilada, la propiamente tal y

la intensiva, la primera de ellas abarca el tramo de 2 a 3 años de condena (en el primer supuesto). En este caso, dicho tramo se comparte con el ámbito de aplicación de la remisión condicional y de la reclusión parcial, debiendo el tribunal, en estos casos, optar por una u otra pena sustitutiva.

En segundo lugar, respecto del segundo supuesto de aplicación, y como lo hemos advertido a propósito de la remisión condicional, existe un grupo de delitos (microtráfico y manejo en estado de ebriedad causando lesiones o muerte) que, a partir de condenas iguales o superiores a 541 días, es improcedente la aplicación de la remisión condicional debiendo aplicarse en consecuencia la libertad vigilada (o incluso la libertad vigilada intensiva como veremos a continuación, tratándose de delitos contra la indemnidad sexual o cometidos en contexto de violencia intrafamiliar), sin perjuicio de poder imponer también la reclusión parcial.

#### 4.4.3.3 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA.

La libertad vigilada intensiva, se puede imponer siempre que:

1. La pena privativa de libertad sea superior a 3 años y no exceda de 5 años, o,
2. La pena privativa de libertad es superior a 540 días y no exceda de 5 años, y se trate de los siguientes delitos:
  - a) Delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar: Homicidio simple y calificado (art. 391 CP), Amenazas (arts. 296 y 297 CP), Parricidio (art. 390 CP), Castración (art. 395 CP), Otras mutilaciones (art. 396 CP), Lesiones graves y menos graves (arts. 397, 398 y 399 CP).

b) Delitos contra la indemnidad sexual: Estupro (art. 363 CP), Abuso sexual agravado por la introducción de objetos (365 bis CP), Abuso sexual (art. 366 CP), Abuso sexual respecto de persona menor de 14 años (art. 366 bis y 366 quáter CP), Participación en la producción de material pornográfico en que hayan sido utilizados menores de 18 años (366 quinquies), Facilitación o promoción de la prostitución de menores de edad (art. 367 CP), Obtención de servicios sexuales de menor de 18 años y mayor de 14 años (art. 367 ter CP), Tráfico de personas (Art. 411 ter CP).

#### 4.4.3.4 PERIODO DE INTERVENCIÓN Y CONDICIONES COMUNES DEL CONDENADO A LIBERTAD VIGILADA Y LIBERTAD VIGILADA INTENSIVA.

Cabe señalar que en cuanto al período de “tratamiento y observación”, la ley disponía que éste no será inferior al de la duración de la pena (privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta), con un mínimo de tres años y un máximo de seis. Con la finalidad de mantener el criterio actual, en el sentido de establecer plazos flexibles para el tiempo de ejecución de las nuevas penas de libertades vigiladas, el Ejecutivo propuso en el proyecto original establecer en el caso de la libertad vigilada un plazo no inferior al de la duración de la pena privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta, con un mínimo de dos años y un máximo de cuatro; y, respecto de la libertad vigilada intensiva, un plazo no inferior al de la duración de la pena privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta, con un mínimo de tres años y máximo de seis. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria, específicamente durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados, se cuestionó la legitimidad de estos plazos, por permitir exceder el tiempo fijado para la pena originalmente impuesta, no aprobándose en definitiva la propuesta. En consecuencia, el Ejecutivo propuso una indicación señalando que el plazo de ejecución de la pena sustitutiva será el mismo que el determinado para la pena privativa o restrictiva de libertad originalmente impuesta, indicación que fue finalmente aceptada.

En lo concerniente a las condiciones que debe cumplir el sentenciado durante el período de intervención<sup>75</sup>, cabe destacar la tercera de ellas. Esto es parecido, pero no exactamente igual a lo que hemos revisado respecto de la remisión condicional de la pena, en la cual las dos primeras condiciones se mantienen exactamente igual a la actual legislación. La diferencia se produce con la tercera condición, tanto por cuestiones de carácter formal como aquellas más sustanciales. En efecto, desde el punto de vista formal, si bien la ley actual emplea el término *ejercer* una profesión, esta expresión se cambió por el término *ejercicio*, ya que el resto de las condiciones de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva que debe cumplir el condenado también emplean sustantivos y no verbos en el mismo artículo. En cuanto a la modificación de fondo, es importante destacar que se ha reemplazado la referencia a que el ejercicio de la actividad sea determinado bajo las modalidades y plazos “*que determine el delegado de libertad vigilada*”. Recordemos que a propósito de la remisión condicional señalamos que la eliminación de la frase “*bajo las modalidades y plazos que determine la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile*” obedecía a que, por un lado, resultaba cuestionable desde el punto de vista de la legitimidad que, luego de la sentencia condenatoria, fuera un órgano administrativo quien determinara las condiciones de una obligación esencial que forme parte de la remisión condicional, y, por otro, que al tratarse dicha pena sustitutiva de aquellas que no implicaban mayor intervención, sino más bien control, para el caso de esa pena sustitutiva (remisión condicional) no resultaba aconsejable que Gendarmería debiese, por ley, fijar las modalidades y plazos. Pues bien, lo cierto es que en el caso de la libertad vigilada y

---

75

Estas son:

1. Residencia en un lugar determinado, la que podrá ser propuesta por el condenado, pero que, en todo caso, deberá corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo.

2. Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término del período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquel imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento.

3. Ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, bajo las modalidades que se determinen en el plan de intervención individual, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante.

libertad vigilada intensiva dichos argumentos no son replicables, pues, por una parte, como veremos más adelante, las condiciones deberán fijarse dentro de un plan de intervención que deberá ser aprobado judicialmente, subsanándose cuestiones de legitimidad, y por otra, obviamente en estas penas sí se contempla la intervención durante la ejecución de las mismas. Sin embargo, igualmente se ha cambiado la redacción de esta tercera condición, pues ya no se establece que el ejercicio de actividades laborales sea determinado bajo las modalidades y plazos “que determine el delegado de libertad vigilada” sino “que se determinen en el plan de intervención individual”, debiendo en consecuencia ser aprobado por el tribunal.

Por último, y por las mismas razones que se expusieron a propósito de la remisión condicional, es importante destacar que con la reforma se elimina la exigencia de satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia.

Tratándose de la libertad vigilada intensiva, el tribunal considerará, especialmente, la periodicidad e intensidad en la aplicación del plan de intervención individualizada.

#### 4.4.4 BREVE REFERENCIA AL MODELO DE INTERVENCIÓN.

Como ya hemos señalado, tanto para la pena de libertad vigilada como para la de libertad vigilada intensiva, se establece que exista una intervención que deberá contenerse en un plan de intervención individual, que deberá proponer el delegado de libertad vigilada al tribunal.

En particular, respecto de la vigilancia y supervisión que se realice al penado, cabe destacar la importancia que revisten las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre

las Medidas No Privativas de Libertad para la salvaguarda de los derechos fundamentales de los condenados en esta fase<sup>76</sup>.

Para estos efectos, se entiende por *proceso de intervención* el conjunto de acciones orientadas a modificar los aspectos que han contribuido a la actividad delictual del condenado, por medio de la adquisición de competencias y habilidades que disminuyan las probabilidades de reincidencia y posibiliten un desenvolvimiento social acorde con las normas establecidas.

Lo anterior, comprende tanto acciones referidas al control y supervisión de las condiciones impuestas por el tribunal, como la ejecución y seguimiento del plan de intervención individual que se ha establecido de manera diferenciada, en función de las necesidades de intervención, nivel motivacional y receptividad del condenado a las actividades propuestas por el delegado a cargo de la conducción del proceso.

En ese contexto, es importante señalar la relevancia que ha cobrado el modelo de tratamiento penitenciario del *Riesgo-Necesidad-Responsividad*, desarrollado en los años

---

<sup>76</sup> Especialmente importantes son las reglas contenidas en el acápite denominado “Proceso de Tratamiento” de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad que señalan textualmente lo siguiente:

“13.1. En el marco de una medida no privativa de la libertad determinada, cuando corresponda, se establecerán diversos sistemas, por ejemplo, ayuda psicosocial individualizada, terapia de grupo, programas residenciales y tratamiento especializado de distintas categorías de delincuentes, para atender a sus necesidades de manera más eficaz.

13.2. El tratamiento deberá ser dirigido por profesionales con adecuada formación y experiencia práctica.

13.3. Cuando se decida que el tratamiento es necesario, se hará todo lo posible por comprender la personalidad, las aptitudes, la inteligencia y los valores del delincuente, y especialmente las circunstancias que lo llevaron a la comisión del delito.

13.4. La autoridad competente podrá hacer participar a la comunidad y a los sistemas de apoyo social en la aplicación de las medidas no privativas de la libertad.

13.5. El número de casos asignados se mantendrá, en lo posible, dentro de límites compatibles con la aplicación eficaz de los programas de tratamiento.

13.6. La autoridad competente abrirá y mantendrá un expediente para cada delincuente.”

noventa como una alternativa al fracaso de las prácticas retributivas o punitivas imperantes<sup>77</sup>.

El modelo reseñado se considera como una estrategia de intervención efectiva para disminuir la reincidencia, al identificar mediante la evidencia científica aquellos factores relacionados con la aparición y mantenimiento de la actividad delictual. Este modelo, cuenta en la actualidad con más de quince años de aplicación práctica desarrollada principalmente en Estados Unidos, Canadá y el Reino Unido que respalda la efectividad de sus principios en diversos infractores y contextos socioculturales. Además, las investigaciones y estudios de meta análisis realizados han documentado una disminución de la reincidencia que oscila entre un 15% a 30%, en quienes han sido intervenidos bajo estos postulados.

En términos generales, el modelo se compone por tres grandes principios (Principio de riesgo, de necesidad y de responsividad)<sup>78</sup> cuya finalidad es estructurar y organizar la intervención del condenado en función de su perfil delictual, estableciendo criterios

---

<sup>77</sup> “Debates penitenciarios” Revista electrónica N° 13, Julio 2010. Instituto de Asuntos Públicos. Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana. Universidad de Chile.

En línea: <[http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates\\_penitenciarios\\_13.pdf](http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_13.pdf)> Consulta: 14 de abril de 2014

<sup>78</sup> **Principio de riesgo.** Este principio se refiere a que la intensidad de la intervención debe ser proporcional al riesgo de reincidencia que presenta el condenado (bajo/moderado/alto). El nivel de riesgo se obtiene a través de instrumentos para la evaluación del riesgo de reincidencia, que son herramientas principalmente de base estadística, que permiten ponderar los factores considerados por la evidencia como predictores de una reincidencia futura.

**Principio de necesidad.** En virtud de este principio deben intervenir aquellos factores relacionados directamente con la aparición y mantenimiento de la conducta delictual, también denominados necesidades criminógenas, en contraposición con aquellas necesidades no criminógenas, que corresponden a las variables que, si bien, inciden en el comportamiento antisocial, por sí solas no permiten, disminuir el riesgo de reincidencia del condenado.

**Principio de responsividad.** Este principio se relaciona con la receptividad o capacidad que tiene el condenado de beneficiarse de las intervenciones propuestas. Una intervención que busca tener un impacto positivo debe considerar los elementos relacionados con el estilo de aprendizaje, género, contexto cultural y grado de motivación de cada condenado, no existiendo una estrategia que sea eficaz para todos los casos, por lo cual debe cautelarse la implementación de procesos de intervención debidamente individualizados.

consensuados que permitan disminuir las brechas generadas por la discrecionalidad profesional al momento de implementar las medidas de control e intervención.

Los principios recién mencionados forman parte de los aspectos centrales del modelo, los cuales se focalizan en su mayoría en dotar al condenado de las competencias de las que carece.

Sin embargo, la evidencia comparada desarrollada durante los últimos años, sostiene que la intervención no debe orientarse exclusivamente a compensar los déficits de los sujetos, sino que también debiese considerar las fortalezas o factores protectores que inciden en el abandono de la actividad delictual como ejes transversales del proceso de intervención. De este modo, durante la ejecución de la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, será necesario incorporar procesos que identifiquen tanto los déficits del condenado como las fortalezas de éste, a fin de desarrollar procesos integrales para una reinserción más efectiva y duradera en el tiempo.

El objetivo general de la intervención<sup>79</sup> es entregar una intervención individualizada a los condenados a la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva que permita disminuir los factores de riesgo delictual para favorecer su reinserción social.

---

<sup>79</sup> Dentro de los objetivos específicos de la intervención se considera:

- Efectuar una evaluación integral que permita determinar el nivel de riesgo de reincidencia y las necesidades de intervención del condenado.
- Potenciar las fortalezas y el sentimiento de eficacia personal del condenado como un recurso fundamental del proceso de reinserción social.
- Favorecer la vinculación del penado con los servicios sociales y redes comunitarias disponibles que contribuyan a su reinserción social.
- Implementar estrategias de supervisión e intervención basadas en criterios de coherencia, progresividad y continuidad, acorde al perfil delictual y a lo dispuesto por el tribunal.
- Desarrollar programas de intervención que aborden los factores dinámicos que han contribuido al comportamiento delictual.
- Establecer procedimientos técnicos y administrativos de supervisión para evaluar el desarrollo de los procesos de intervención.

Para alcanzar los objetivos de la intervención en la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, existen varios componentes que se traducen en acciones que el delegado deberá efectuar junto al condenado, de acuerdo a lo que se expone a continuación:

**Componente 1:** Diagnóstico. Corresponde a una evaluación que permita identificar los factores de riesgo criminógenos y la intensidad de la intervención a través de la utilización de instrumentos de evaluación del riesgo a fin de elaborar el plan de intervención individual del condenado.

**Componente 2:** El plan de intervención individual. Este plan deberá ser remitido al tribunal dentro de los primeros 45 días una vez que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, a fin de ser aprobado judicialmente. Deberá contener el nivel de riesgo obtenido en la evaluación diagnóstica del condenado, los objetivos que se buscan alcanzar para disminuir las necesidades identificadas, el tipo de intervención propuesta y los tiempos esperados para alcanzar los fines esperados.

**Componente 3:** Ejecución y seguimiento del plan de intervención. Una vez aprobado el plan de intervención individual por el tribunal correspondiente, el delegado deberá iniciar las acciones propuestas, efectuando él mismo las intervenciones, o bien, coordinando la entrega de la prestación requerida con el profesional que corresponda.

Para estos efectos, en los Centros de Reinserción Social de Gendarmería de Chile<sup>80</sup>, en adelante CRS, se dispondrá de una oferta programática que permitirá entregar las

---

<sup>80</sup> GENDARMERÍA DE CHILE. Los Centros de Reinserción Social (C.R.S.) son establecimientos penitenciarios con régimen abierto (que brindan atención ambulatoria) donde se coordinan, concentran y desarrollan las actividades de control, asistencia e intervención de las personas que han sido condenadas a alguna de las Penas Sustitutivas a la Reclusión.

A nivel nacional existen 37 Centros de Reinserción Social:

Arica, Iquique, Antofagasta, Calama, Copiapó, Vallenar, La Serena, Ovalle, Quillota, Quilpué, Valparaíso, Los Andes, San Antonio, Rancagua, San Fernando, Curicó, Talca, Linares, Cauquenes,

intervenciones criminológicas requeridas para los condenados, entre las cuales se puede mencionar al menos los siguientes programas de intervención, disponibles en modalidad grupal e individual:

- Programa especializado para ofensores sexuales
- Programa especializado para agresores en contexto de violencia intrafamiliar
- Programas especializados en factores de riesgo dinámicos (Programa de competencias sociales generales y Programa con enfoque de género).
- Programa laboral

Estos programas tienen por finalidad abordar las principales necesidades o déficits en materia delictual que se observan en la mayoría de los condenados. De acuerdo a lo mencionado previamente, la intervención en estos programas se focaliza en la modificación de los aspectos deficitarios que desfavorecen el desarrollo y ajuste social del sujeto, tales como razonamiento y toma de decisiones responsables, resolución y manejo de conflictos, control de la agresión, etc.

Sin perjuicio de esto, tanto estos programas como el proceso de intervención en general, buscarán reforzar aquellos recursos personales que el penado posee y que pueden apoyar el trabajo de los déficits identificados.

**Componente 4:** Preparación para el egreso. Corresponde al periodo que se inicia a lo menos 6 meses antes del término de la condena del infractor. En esta fase es importante reforzar los elementos protectores que promueven un estilo de vida prosocial, focalizando el trabajo en aumentar el sentimiento de eficacia personal del infractor a través de la identificación de objetivos de realización personal y/o vinculándolo con las redes que lo ayudarían a alcanzar estas metas.

---

Chillán, Concepción, Los Angeles, Cañete, Angol, Temuco, Valdivia, Osorno, Puerto Montt, Castro, Coyhaique, Punta Arenas, Santiago, Santiago Sur, Santiago Poniente, Santiago Oriente.

En línea: <<http://http://www.gendarmeria.gob.cl>> [Consulta: 30 julio 2014]

**Componente 5:** Evaluación permanente. Durante todo el proceso de intervención existirá un método de observación de los avances del infractor, que se caracteriza por la ejecución de actividades de aprendizaje, un sistema de refuerzo y periódicas revaluaciones de la efectividad de las intervenciones propuesta y los correspondientes avances o retrocesos<sup>81</sup>.

#### 4.4.4.1 OTROS ACTORES IMPORTANTES EN EL MODELO DE INTERVENCIÓN.

##### 4.4.4.1.1 Delegado de Libertad Vigilada

La ley establece que el delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva es un funcionario público de profesión psicólogo o trabajador social, que ha sido habilitado por el Ministerio de Justicia para ejercer la función de conductor del proceso de reinserción social de las personas condenadas a la pena de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, mediante su intervención, orientación y supervisión, a fin de evitar su reincidencia y facilitar su reinserción en la sociedad.

Cabe señalar que la Ley N° 18.216 concebía a los delegados como encargados de vigilar, controlar, orientar y asistir a los condenados a quienes se hubiese impuesto esta pena, a fin de evitar su reincidencia y lograr su reinserción e integración a la sociedad.

Si bien el proyecto original presentado por el Ejecutivo no contemplaba establecer en la ley requisitos adicionales para los delegados de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, sí se contempló desde un inicio establecer estas exigencias a nivel reglamentario. No obstante lo anterior, durante la discusión parlamentaria en el Senado

---

<sup>81</sup> Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág. 50 y ss.

se exigió prescribir a nivel legal dichas exigencias, razón por la cual se incorporaron estos requisitos.

En concordancia con los cambios de funciones señaladas por la norma, lo cierto es que la figura del delegado, en virtud de la implementación de este proyecto, se ve fuerte y merecidamente resaltada. Así, ya en cuanto al número de funcionarios que ejecutan esta función se produce un cambio sustancial. En efecto, Gendarmería de Chile a octubre del 2011 contaba con cerca de 230 delegados de libertad vigilada, para una población sujeta a libertad vigilada de 11.304 personas. Ello arroja un promedio de 49 condenados por delegado, lo que claramente contrasta con la exigencia de que cada delegado no tenga más de 30 “beneficiados” a su cargo. Con la reforma se contempla la contratación de 194 nuevos delegados para la libertad vigilada y la libertad vigilada intensiva, cumpliendo entonces con el estándar antes mencionado, en concordancia con requerimientos técnicos internacionales, además de 38 nuevos supervisores técnicos, figura innovadora en el sistema. Por lo demás, siendo obvia la importancia de un proceso de capacitación intenso y permanente, ya la ley contempló recursos para la realización de una capacitación a todos los delegados, actividad previa a la entrada en vigencia de la ley, aplicada tanto a los actuales como a los nuevos delegados que se incorporarán a esta función. Esto por cierto, no es menor, por cuanto actualmente los delegados han señalado que sus principales fuentes de aprendizaje lo constituyen la experiencia de otros profesionales y la que ellos mismos van adquiriendo durante el tiempo, por sobre la capacitación que hayan podido recibir.

Ahora bien, el delegado tendrá el rol principal el ser un agente de cambio, al promover en el penado la adopción de un estilo de vida pro social y la implicación en las actividades tendientes a disminuir sus factores de riesgo. Para esto, desarrollará su acción en el medio libre, siendo éste el entorno donde el delegado deberá asegurar la supervisión y el control de las condiciones impuestas por el Tribunal.

El delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva debe potenciar las capacidades de los condenados para generar un cambio, desplegando todas las estrategias necesarias para favorecer este proceso. Asimismo, el delegado deberá entregar al penado toda la información respecto de sus derechos y obligaciones, asegurándose que sean conocidas por éste, a fin de que frente a una situación que le perjudique, éste pueda ejercer su derecho de reclamo.

Como hemos anticipado, y dado que se concibe principalmente al delegado como agente de cambio por sobre un agente de control, se incorpora la nueva función de supervisor técnico a cargo de controlar el proceso de intervención y cautelar la correcta ejecución de los procedimientos establecidos en la normativa técnica de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.

Asimismo, para realizar las diversas labores que deben efectuarse para asegurar una eficiente supervisión de los condenados, se han establecido funciones diferenciadas para optimizar la gestión de los casos. De este modo, los delegados, a diferencia de lo que sucede hoy en día, desempeñarán funciones como delegado encargado de caso, delegado encargado de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar y delegado encargado de programa. A continuación explicaremos cada una de estas funciones.

#### 4.4.4.1.2 Supervisor Técnico

Con la finalidad de garantizar efectividad en los procesos de evaluación, intervención y de control de los condenados se crea la figura de supervisor técnico, quien es un profesional dedicado exclusivamente a velar por la ejecución de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva en cada Centro de Reinserción Social, de acuerdo a lo establecido en los lineamientos técnicos.

El supervisor técnico es un profesional psicólogo/a, responsable de administrar los procesos relacionados con la gestión de caso y la intervención de los penados. El rol del supervisor técnico, es cautelar la adopción de los enfoques teóricos explicitados en la normativa técnica, asesorar los procesos de diagnóstico e intervención de los penados y efectuar las funciones administrativas atinentes al proceso de intervención.

Las funciones del supervisor técnico serán:

- Asignar los casos ingresados a los delegados de libertad vigilada en función de los criterios establecidos para tal efecto.
- Asesorar los procesos de diagnóstico e intervención acorde a lo establecido en la Norma Técnica.
- Aprobar el plan de intervención individual diseñado por los delegados de libertad vigilada en cualquiera de sus modalidades.
- Controlar la ejecución de los programas de intervención grupales acorde con los lineamientos vigentes.
- Supervisar y retroalimentar el trabajo de los delegados de libertad vigilada, cautelando el cumplimiento de los lineamientos establecidos para el proceso de diagnóstico e intervención sea este individual o grupal.
- Controlar la calidad técnica de toda información referida al cumplimiento del penado remitida a tribunales y otras instancias, tales como informes para la disminución y sustitución de pena, etc.
- Planificar y ejecutar reuniones de trabajo con los delegados de libertad vigilada para el abordaje de temáticas referidas a los procesos de intervención en sus dos modalidades.
- Participar en el Consejo Técnico del CRS y determinar aquellos casos que considere pertinente presentar, teniendo en cuenta criterios de complejidad de la intervención, requerimientos del delegado, solicitudes del penado y peticiones de tribunales.

- Administrar la lista de espera para el ingreso de los penados a los programas de intervención, considerando la pena y la complejidad del caso.
- Retroalimentar a las jefaturas del CRS respecto del funcionamiento técnico de la libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, mediante la elaboración de informes y la participación en reuniones específicas.

#### 4.4.5 LA PENA MIXTA

Cabe señalar que si bien se trata a esta medida como una pena sustitutiva, en estricto rigor no lo es, sino que se trata de un mecanismo para llegar a imponer la libertad vigilada intensiva, por consistir en una forma adicional de poner término al cumplimiento de penas privativas de libertad, junto a las ya existentes, tales como el cumplimiento efectivo de la pena, la obtención de la libertad condicional o de la rebaja de condena<sup>82</sup>, o la aplicación de indultos generales y particulares. En este sentido, se trata de una institución innovadora dentro del sistema de ejecución penal chileno, y particularmente, dentro del régimen de medidas alternativas a la privación de libertad, pues como se observará a continuación al señalar sus requisitos de procedencia, permite que, por primera vez, penas privativas de libertad superiores a los 5 años de presidio menor en su grado máximo, accedan a un sistema de medidas alternativas.

##### 4.4.5.1 REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN.

La nueva ley establece que concurran lo siguientes requisitos:

1. Que la pena privativa de libertad impuesta al condenado fuera de 5 años y 1 día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior.

---

<sup>82</sup> Beneficio contemplado en la Ley N° 19.856, de 2003, que crea un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de observación de buena conducta.

2. Que al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registre otra condena por crimen o simple delito.

Tal como se desprende del requisito, sólo se contempla la aplicación de la pena mixta para personas que no tengan condenas anteriores. Sin embargo, hay que tener presente que la ley establece que no se considerarán las condenas cumplidas 10 o 5 años antes, si se tratare respectivamente de un crimen o simple delito cometido con anterioridad.

3. Que se hubiere cumplido un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva.

Sobre este punto cabe señalar que se exige un tiempo menor al exigido para optar a la libertad condicional. En efecto, de acuerdo al Decreto Ley 321, la regla general es que para postular a este último mecanismo se requiere el cumplimiento de la mitad del tiempo de condena, sin perjuicio de otros casos excepcionales donde se exige mayor tiempo, (como en el caso de los condenados a presidio perpetuo calificado en que se exige como tiempo mínimo 40 años y tratándose de presidio perpetuo simple, 20 años). Las razones que llevan a establecer tiempos menores para acceder a la pena mixta, en comparación a la libertad condicional, se fundamentan en que ya siendo la libertad condicional un mecanismo de egreso desde los establecimientos penitenciarios que en general presenta satisfactorias cifras en cuanto a reincidencia y revocaciones, lo cierto es que no contempla un control y apoyo de la medida suficientemente adecuados para ampliar un sistema de egresos anticipados de la cárcel. Ello permite concluir entonces en la necesaria ampliación de instituciones que, sobre la base de buenas conductas y otros requisitos adicionales, permiten anticipar los egresos desde establecimientos penitenciarios, bajo un programa efectivo de control y apoyo a la reinserción, lo cual justamente se contempla en el contexto de la ejecución de la libertad vigilada intensiva, que como veremos, es el régimen al cual acceden los favorecidos con la pena mixta.

4.- 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, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional<sup>83</sup>.

Gendarmería de Chile certificará esta circunstancia al momento de remitir el informe al que nos referiremos a continuación.

#### 5. Informe favorable de Gendarmería de Chile.

Considerando que en virtud de la pena mixta podrían sujetarse al régimen de penas sustitutivas personas de mayor compromiso delictual, la nueva ley también exige que para solicitarse esta medida se cuente con un informe favorable de Gendarmería. Lo anterior tiene por objetivo otorgar un piso mínimo para poder discutir esta forma de egreso anticipado, de manera que el tribunal cuente con antecedentes que avalen que la persona se encuentra preparada para un régimen en libertad en forma anticipada.

El contenido del informe, regulado en el propio Art. 33 de la Ley 18.216, es el siguiente:

*1) “Una opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinserirse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad. Dicha opinión contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado y una propuesta de plan de intervención individual que deberá cumplirse en*

---

<sup>83</sup> El art. 21 del Decreto Supremo N° 2442 prescribe: “Las notas para clasificar la conducta, aplicación y aprovechamiento de los reos serán: pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno. En cada bimestre, el Tribunal sólo podrá aumentar en un grado la nota de conducta que haya obtenido un reo en el bimestre anterior.

No podrá figurar en la lista a que se refiere el artículo 24 de este Reglamento, el reo que haya obtenido en conducta o en aplicación una o más notas inferiores a "muy bueno" durante el semestre correspondiente.”

*libertad. Considerará, asimismo, la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado”.*

Como se observa, la opinión técnica debe sustentarse en la evaluación de factores de riesgo que se determinarán conforme a la aplicación de instrumentos estandarizados que sustentan el nuevo modelo de intervención. Considerando que, como veremos en su oportunidad, la aplicación de la pena mixta se contempla recién al inicio del tercer año de vigencia de la ley, este nuevo método de trabajo ya estará suficientemente asentado como para constituirse el informe en un elemento relevante para la decisión que adopte el tribunal.

También en este punto se hace mención a una propuesta de plan de intervención individual. Esto obedece a razones de economía procesal. En efecto, si para realizar la audiencia en que se discuta la aplicación de la pena mixta se requiere un informe favorable de Gendarmería, donde se incluyen aspectos referidos a sus posibilidades de reinserción en libertad, no hay razón para no exigir en ese mismo momento que se adjunte una propuesta de plan de intervención individual, permitiendo que, en caso de acceder el tribunal a otorgar la pena mixta, en la misma audiencia se apruebe el plan de intervención, no debiendo aplicarse en consecuencia, el inciso segundo del Art.16, en lo referido al plazo para la propuesta y aprobación del plan, aunque sí obviamente en lo que respecta a su contenido.

También se señala en este primer componente del informe que se debe consignar la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del postulante a la pena mixta. Si bien este elemento no estaba considerado en el proyecto original presentado por el Ejecutivo, su incorporación se debió a que durante el segundo trámite constitucional, se propuso por parlamentarios que la existencia de tales antecedentes impidiese el otorgamiento de la pena mixta. En virtud de que dicha

propuesta podía vulnerar el principio de inocencia, se acordó finalmente considerarlo como un antecedente más dentro del informe a presentar al tribunal.

2) Informe de comportamiento, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1926, Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

Este segundo componente del informe permite verificar la exigencia de la evaluación del comportamiento comentado en el punto 4 anterior.

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

La inclusión de este elemento en el informe se debe a que, como se verá a continuación, para el control de las condiciones de la libertad vigilada intensiva impuesta por aplicación de la pena mixta, el monitoreo telemático se prescribe por la nueva ley como obligatorio.

#### 4.4.5.2 DECISIÓN SOBRE LA PENA MIXTA.

Desde ya cabe destacar que la aplicación de la pena mixta puede decretarse por el tribunal tanto de oficio como a petición de parte, aunque ciertamente deberá contarse siempre con el informe favorable de Gendarmería. Tal como lo prescribe el propio Art. 33, el tribunal debe citar a una audiencia, para que, luego de escuchar a los intervinientes y examinar los antecedentes, resuelva sobre el punto.

Sin embargo, se contempla la posibilidad de que a propósito de dicha audiencia, el tribunal requiera mayores antecedentes a Gendarmería acerca de la factibilidad técnica del monitoreo. Sin perjuicio de que este informe de factibilidad se estudiará en mayor detalle a propósito del monitoreo telemático, conviene mencionar la razón de esta

facultad expresa que se otorga al tribunal. Su justificación radica en que, como hemos señalado, el monitoreo telemático tiene aplicación obligatoria cuando la libertad vigilada intensiva se impone a consecuencia de la aplicación de la pena mixta. Como es obligatorio contar con un informe de factibilidad favorable para decretar la supervisión mediante monitoreo, la ley señala que se debe emitir ese informe de factibilidad, sobre “*aspectos relativos a la conectividad de las comunicaciones en el domicilio y la comuna que fije el condenado para tal efecto*”. Gendarmería sólo puede verificar la factibilidad respecto de una de las condiciones específicas de la libertad vigilada intensiva (obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez) y no respecto de las otras dos condiciones susceptibles de ser controladas por monitoreo (prohibición de acudir a determinados lugares y prohibición de acercamiento a determinadas personas). En consecuencia, si el juez al momento de la audiencia estima procedente imponer alguna de estas últimas condiciones, para lo cual utilizaría el monitoreo telemático como mecanismo de supervisión, deberá necesariamente requerir un informe de factibilidad técnica adicional respecto de los elementos propios referidos a esas condiciones (por ejemplo, lugares donde no se podrá acercarse el condenado, conocidos como zonas de exclusión).

Por otra parte, si el tribunal decide en la audiencia no aplicar la pena mixta y en consecuencia, mantener la privación de libertad, no se podrá discutir nuevamente su aplicación sino transcurridos seis meses de la realización de la audiencia.

Por último, de conformidad al Art. 37 de la nueva ley, cualquiera sea la decisión del tribunal en esta audiencia, es susceptible de ser apelada.

#### 4.4.5.3 RÉGIMEN DE LA PENA MIXTA.

El efecto principal de otorgarse la pena mixta, consiste en que la persona favorecida interrumpe su privación de libertad, pasando, por el tiempo equivalente al saldo de la

pena que le resta por cumplir, a un régimen de libertad vigilada intensiva, aplicándose en consecuencia todo lo referido a ella, en cuanto a plan de intervención individual, obligaciones y condiciones a las que queda sujeto, etc. Así, la pena privativa de libertad queda interrumpida durante la ejecución de la libertad vigilada intensiva.

Al igual que en el caso de los delitos contra la indemnidad sexual y aquellos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, también cuando la libertad vigilada intensiva se ejecuta por aplicación de la pena mixta, la ley contempla el uso del sistema de monitoreo telemático, para controlar y fiscalizar las condiciones a las que queda sujeto el condenado, aunque en este caso de manera obligatoria, lo cual ha quedado expresamente definido por la ley en virtud de los siguientes arts.:

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

*“Artículo 33 (inciso segundo).- En el caso que el tribunal dispusiere la interrupción de la pena privativa de libertad, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático.”*

Otra característica especial de la libertad vigilada intensiva que se ejecuta en virtud de la aplicación de la pena mixta, lo constituye el hecho de que la ley prohíbe en estos casos que la persona sujeta a este régimen pueda beneficiarse de la institución del reemplazo establecida en el art. 32, en virtud de la cual, particularmente tratándose de la libertad vigilada intensiva, previo informe favorable de Gendarmería, dicha pena sustitutiva puede reemplazarse por la libertad vigilada (simple).

Finalmente, si se cumple con la libertad vigilada intensiva impuesta, señala la ley que se debe reconocer en una resolución fundada, y que el saldo de la pena privativa de

libertad, que se encontraba suspendido, se remite, teniéndose por cumplida la pena con el mérito de dicha resolución.

#### 4.4.6 LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

La incorporación de esta pena constituye también, al igual que la pena mixta, una importante innovación en el sistema de medidas alternativas a la privación de libertad, tanto por la pena en sí misma como por el grupo de condenados que podrían acceder a ella. Respecto de lo primero, si bien esta pena ya existe en términos muy limitados para la población adulta en algunos cuerpos legales, el diseño normativo no permite una aplicación generalizada. En cuanto a lo segundo, al enfocarse como alternativa efectiva a la privación de libertad por tiempos breves, diversifica de manera importante el tipo de respuestas penales que ofrece el sistema penal a personas reincidentes que cometen delitos de baja gravedad.

Por tratarse entonces de una pena relativamente nueva en nuestro Ordenamiento Jurídico, abordaremos brevemente la evolución histórica de la misma, la experiencia comparada sobre su ejecución y las referencias que son posibles de encontrar actualmente en la legislación nacional.

La pena de prestación de servicios en favor de la comunidad ofrece interesantes antecedentes en los ordenamientos jurídicos comparados desde el derecho romano hasta el siglo XVII. En su desarrollo, esta pena implicó no solo la restricción de la libertad ambulatoria, el forzamiento al despliegue de jornadas durísimas de trabajo en condiciones sanitarias y de seguridad prácticamente inexistentes, sino además un fuerte contenido degradante dada la naturaleza vejatoria que tenían estas actividades en el entender de la sociedad en general.

La pena de servicios comunitarios, tal como se conoce en la actualidad, presenta su primer antecedente directo en el *Community Service* de Inglaterra. Dicha modalidad data de la tercera parte del siglo XX y solo en la experiencia inglesa los trabajos comunitarios alcanzan estándares mínimos de credibilidad en tanto pena propiamente tal. Las justificaciones que impulsaron la aplicación del modelo inglés se vinculan especialmente a la crisis del sistema carcelario, específicamente en lo relativo a aspectos humanitarios, el nulo efecto resocializador de la cárcel y el costo económico del sistema carcelario. Este modelo es relevante puesto que para la doctrina especializada, solo a partir de 1979 aparecen los trabajos comunitarios propiamente tales. Ahora bien, no pueden dejar de mencionarse las experiencias ocurridas en Nueva Zelanda, Alemania y Estados Unidos entre 1950 y 1966 donde se dieron cita al menos tres precedentes considerados en la construcción definitiva de la estructura de los trabajos comunitarios. El llamado *informe Wooton*, recoge todas estas experiencias previas y propondrá los elementos fundantes del actual trabajo comunitario y servirá de base a su implementación a partir de 1979. Dicho informe describe los elementos centrales de la pena de trabajos comunitarios y fue adoptado por la mayoría del resto de Europa a partir de la década de los setenta, ochenta y noventa, bajo la lógica de los siguientes factores para entenderla como una legítima alternativa a la privación de libertad:

- a) El trabajo comunitario es una pena distinta de la privación de libertad.
- b) Es una parte integrante del sistema de justicia penal.
- c) Se puede aplicar a condenados adultos o mayores de edad.
- d) Implica la utilización de instituciones voluntarias para su ejecución.
- e) La pena, al institucionalizarse, asume una reflexión previa acerca del trabajo forzado y la necesidad de consentimiento.
- f) Se especifican las horas de trabajo a cumplir y un procedimiento preciso que regula hipótesis de incumplimiento.
- g) La ejecución de la pena debe estar a cargo del sistema de *Probation* u otro similar.

h) El trabajo no se dirigía de modo directo a la reparación de la víctima<sup>84</sup>.

En general la pena de trabajos comunitarios se ha considerado como una de gravedad intermedia, dado que se aplica respecto de casos que se castigaban con multa o con prisión y su aplicación más exitosa, considerando como baremo la reducción de la pena de prisión, ha tenido lugar principalmente en Alemania y Austria.

Actualmente la experiencia comparada acerca de los trabajos comunitarios o prestación de servicios a favor de la comunidad es abundante, pudiendo observarse su aplicación en la mayoría de los países europeos, como los ya mencionados, y dentro del contexto latinoamericano, como en el caso de México, Puerto Rico y Perú.

#### 4.4.6.1 ANTECEDENTES NORMATIVOS DE LA PENA DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN CHILE.

Antes de la incorporación de la pena de prestación de servicios en favor de la comunidad a la Ley 18.216, esta pena se consideraba, en nuestro ordenamiento jurídico, para casos específicos. En ellos, el contenido de la pena y su prolongación se entrega a los tribunales en la medida que se cuente con plazas de trabajo que, a su turno, se contienen en planes municipales prácticamente inexistentes<sup>85</sup>.

Como se advierte, que la casi nula aplicación de los trabajos comunitarios en nuestra legislación se debe a que se concibe la aplicación de estos servicios bajo un sistema que entrega gran responsabilidad al tribunal que la impone, pero sin proveerle de herramientas que permiten aplicar realmente la pena y, en consecuencia, dotarle de un contenido comunicacional de cierta relevancia.

---

<sup>84</sup> Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág. 74 y ss.

<sup>85</sup> Además, merece la pena señalar que si bien el proyecto definitivo de reforma a la Ley N°18.216 se presentó en agosto de 2010, la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad se incorporó al proyecto recién en marzo de 2011 a través de una indicación presentada por el Ejecutivo.

Con la normativa contenida en la nueva Ley N° 20.603, se pretende establecer esta pena de un modo general dotando al sistema de insumos que le permitan su real funcionamiento de modo de presentarla como una alternativa al encierro de corto lapso, cuestión que de todos modos es cuestionable en virtud de las reducidas hipótesis de aplicación práctica.

#### 4.4.6.2 RAZONES QUE JUSTIFICAN LA INCORPORACIÓN DE ESTA PENA.

Tal como hemos advertido en los capítulos precedentes, las penas privativas de libertad de corta duración traen aparejados efectos perjudiciales significativos. En efecto, dada la imposibilidad de tratar al condenado mediante efectivos procesos de reinserción, se provoca una privación de libertad, que en muchos casos se acompaña de la privación,-o afectación al menos-, de otros derechos fundamentales, sin que sea posible enmarcar la ejecución de estas penas dentro de un proceso facilitador para la reinserción.

Ahora bien, sin perjuicio de tener presente que esta pena, en la mayoría de los casos, y al igual que lo que se propone con la nueva ley, no está acompañada de un proceso de intervención, igualmente debe tenerse presente que la prestación de servicios a favor de la comunidad centra sus exigencias en los aspectos positivos del penado; vale decir, cuenta con el desarrollo de actividades que permiten al condenado desplegar potencialidades encaminadas a lograr un resultado. En otras palabras, no se le pide al sujeto que se haga cargo de sus problemas, resaltando el déficit que pueda presentar sino que, en una línea diferente, exige de sus capacidades personales. Igualmente beneficia a la reinserción el implícito reconocimiento que el condenado no debe segregarse del cuerpo social; por el contrario, se parte de la base que ejecutará un servicio que beneficia a la comunidad en presencia y a la vista de toda la población.

En consecuencia la pena, para que logre un efecto de reinserción, debe aplicarse considerando los siguientes aspectos:

- a) La pena permite el desarrollo de hábitos necesarios para la vida laboral.
- b) La pena puede mejorar las posibilidades de encontrar trabajo remunerado después de cumplida.
- c) La pena desarrolla la capacidad de usar constructivamente el tiempo de ocio.
- d) La pena promueve la responsabilización del penado con la sociedad.
- e) La pena promueve actitudes pro-sociales mediante el trabajo mismo y por el contacto con los supervisores.

#### 4.4.6.3 REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Aun cuando la propuesta global de reestructuración del régimen actual de medidas alternativas se presentó en agosto del 2010 por el Ejecutivo, complementando un proyecto ya presentado originalmente el año 2008, la pena de presentación de servicios en beneficio de la comunidad se incorporó en el proyecto como pena sustitutiva a las penas privativas de libertad en marzo de 2011, mediante una nueva indicación del Ejecutivo. Esto es importante tenerlo presente por cuanto, como veremos, existen varias normas especiales referidas a esta pena que la diferencian del tratamiento general de las penas sustitutivas.

En primer lugar es necesario recordar que la nueva ley establece un catálogo general de delitos excluidos, cuando la persona condenada es autora y el delito se encuentra en grado de desarrollo consumado. En efecto, vimos en su oportunidad que los delitos excluidos son: secuestro calificado, sustracción de menor, violación, violación impropia de menor de 14 años, violación con homicidio, homicidio calificado y parricidio, y que en el caso de robo con violencia y/o intimidación no procedían las penas sustitutivas por condenas anteriores por delitos de igual naturaleza, o robo en lugar habitado o robo por

sorpresa. Ahora bien, tratándose exclusivamente de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, ésta es inaplicable cuando la condena privativa de libertad sea consecuencia de la comisión de crímenes o simples delitos tipificados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en las antiguas leyes N° 18.403 y N° 19.366.

Lo segundo que debe considerarse especialmente para la aplicación de esta pena es que ella es sólo procedente para aquellas condenas privativas o restrictivas de libertad iguales o menores a 300 días. Si bien originalmente el proyecto cifró el baremo en una pena privativa de un año o menos, el cambio ocurrido en el marco de la discusión parlamentaria se justificó en el mayor apego a la escala de penas contemplada en nuestro Código Penal.

En tercer término, se debe tener presente que no basta con que la pena privativa o restrictiva de libertad sea igual o inferior a 300 días. Se exige además que sólo proceda para el caso en que no sea aplicable otra pena sustitutiva, en razón de los antecedentes penales anteriores del condenado. Sobre esto, es necesario tener presente que el espíritu de la norma es que, si una persona, en virtud de sus antecedentes penales, no puede acceder a la aplicación de otra pena sustitutiva, como lo sería por ejemplo la reclusión parcial, la prestación de servicios en beneficio de la comunidad surge como una última alternativa para evitar la privación de libertad.

En cuarto lugar, se debe tener presente que esta pena sustitutiva es aplicable sólo por una vez.

Por último, se establece como requisito para su aplicación contar con el consentimiento del condenado para la imposición de la pena<sup>86</sup>.

---

<sup>86</sup> “Este requisito se exige como elemento de resguardo contra la prohibición de trabajos forzosos, lo que no significa que se anule el contenido aflictivo de la pena, puesto que de no mediar la voluntad del

Sin perjuicio de lo anterior, todo lo referente a la ejecución de la sanción, y especialmente lo referido al soporte humano y material para la implementación de estos servicios comunitarios, se realiza de acuerdo a lo establecido para Gendarmería de Chile de acuerdo a la modificación de la Ley 18.216<sup>87</sup>.

#### 4.4.6.4 NORMATIVA APLICABLE PARA SU EJECUCIÓN.

La pena se trata específicamente a partir del Párrafo 3° del Título I de la nueva ley y se titula “Prestación de Servicios en Beneficio de la Comunidad”. Está compuesto de cinco artículos y reglamenta la procedencia y exigencia de la pena. Luego, en el apartado del quebrantamiento y de los incumplimientos, se establecen las causas y los efectos del incumplimiento en el caso de los servicios en beneficio de la comunidad.

El primer artículo que aborda esta pena la define desde los elementos más significativos que ha rescatado la doctrina para identificar los trabajos comunitarios. Se

---

condenado se aplicaría una pena privativa de libertad. Igualmente ocurre si el condenado, durante el cumplimiento de la pena decide no continuar. Todo el saldo restante, como veremos, será convertido de conformidad a las normas pertinentes, para efectos del abono, lo que significa que las jornadas de cumplimiento de pena sí tienen un impacto en el cómputo de la pena privativa original si es que existe revocación por desistimiento o por incumplimiento de la prestación de servicios en favor de la comunidad; de modo que podría sostenerse que esta última sí es una pena sustitutiva y no una fórmula de suspensión de la pena como podría sostenerse en el caso de la actual remisión condicional de la pena, por ejemplo”. Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág. 84.

<sup>87</sup> Es necesario tener presente que junto con la incorporación de los servicios comunitarios como nueva pena sustitutiva, a través de una indicación efectuada por el Ejecutivo marzo de 2011 a la Ley N° 18.216, en dicha oportunidad también se presentó como proyecto de ley una modificación al Código Penal y a la Ley N° 20.000 para establecer, como posibilidad de apremio frente al no pago de las multas impuestas, los servicios comunitarios. En dicho proyecto se regula, como medida de conversión, 1/3 de Unidad Tributaria Mensual a la que haya sido condena la persona, por cada 8 horas de servicios comunitarios. Sin embargo también modifica el régimen de conversión para el caso que la persona no cumpla o no quiera cumplir con los servicios comunitarios, regulándose, tanto en lo referido en el Código Penal como en la Ley N° 20.000, un día de reclusión por cada 1/3 de Unidad Tributaria Mensual a la que fue condenada la persona. Este proyecto fue finalmente aprobado por el Congreso y actualmente es la Ley N° 20.587, que Modifica el Régimen de Libertad Condicional y Establece, en Caso de Multa, la Pena Alternativa de Trabajos Comunitarios, y que fue publicada el 8 de junio de 2012. Ibid idem.

enfatisa la gratuidad de la labor o servicio prestado, se determina una finalidad de utilidad pública, la coordinación de la ejecución de la pena por parte de Gendarmería de Chile y la referencia a la celebración de convenios con entidades públicas o privadas sin fines de lucro que puedan asegurar plazas de trabajo.

En este primer artículo se observa uno de los elementos más relevantes de la pena como es la gratuidad. En efecto, la pena es la prestación del trabajo propiamente tal, la privación del tiempo -de ocio, por ejemplo- que implica prestar el servicio; vale decir la naturaleza aflictiva radica en prestar un servicio a título de pena<sup>88</sup>.

*“Artículo 10.- La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad consiste en la realización de actividades no remuneradas a favor de la colectividad o en beneficio de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile.*

*El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por Gendarmería, pudiendo establecer los convenios que estime pertinentes para tal fin con organismos públicos y privados sin fines de lucro”.*

Luego, el segundo artículo refiere que es facultad jurisdiccional aplicar o no la pena; no obstante, en caso de aplicarse deben cumplirse todas las exigencias establecidas en la ley de modo copulativo. El artículo agrega que los servicios prestados deben ocurrir en beneficio de la comunidad. Este aspecto es fundamental ya que el contenido punitivo de la pena (el trabajo gratuito) y su adecuación a las normas constitucionales y legales que proscriben el trabajo forzoso obligan a destinar el servicio a la comunidad toda o a la víctima del delito. Entre nosotros se optó por la primera alternativa, enfrentándonos a actividades laborales de naturaleza penal cuyo producto es de utilidad pública o bien común.

---

<sup>88</sup> Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág. 85.

Esta opción encuentra su mayor justificación en el rol activo que asume el condenado al momento de reparar la lesión que ha importado su condena, permitiéndole hacer algo para reparar su conducta reprochada<sup>89</sup>.

*“Artículo 11.- La pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad podrá decretarse por el juez si se cumplen, copulativamente, los siguientes requisitos:”*

En cuanto al marco de procedencia de la pena sustitutiva, se recurrió a la cuantía concreta de la pena privativa de libertad impuesta. Originalmente se estimó la pena de un año considerando que este término de tiempo corresponde al de una pena clásicamente considerada de corta duración si es privativa de libertad. Sin embargo, como señalamos anteriormente, durante la tramitación parlamentaria seguida ante el Senado de la República y mediante indicación del Ejecutivo se acordó que el tope de procedencia de la pena se fijara en 300 días. Esto último debido a que este guarismo se corresponde con mayor precisión con las escalas de penas contempladas en el Código Penal:

*“a) Si la pena originalmente impuesta fuere igual o inferior a trescientos días.*

El inciso segundo del artículo se refiere a la existencia de antecedentes que permitan estimar razonablemente que no habrá posterior conducta refractaria o rebelde por parte del condenado:

*b) Si existieren 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 permiten presumir que la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad lo disuadirá de cometer nuevos ilícito.”*

---

<sup>89</sup> Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág 86.

Con todo, lo más relevante desde la perspectiva de la estructura de la pena es la voluntariedad del condenado y la información que orienta dicha voluntad. En efecto, el inciso tercero señala esta exigencia, la que fluye principalmente de la necesidad de diferenciar el cumplimiento de la pena de los trabajos forzados ampliamente proscritos por las legislaciones comparadas y por los convenios internacionales aplicables a Chile, la norma recién citada dispone textualmente lo siguiente<sup>90</sup>:

*“c) Si concurriere la voluntad del condenado de someterse a esta pena. El juez deberá informarle acerca de las consecuencias de su incumplimiento.”*

Luego, el inciso final de la disposición pretende establecer la naturaleza excepcional de la pena en el contexto de las penas sustitutivas que se establecen. En efecto, se persigue que se aplique solo en una oportunidad (vale decir una persona condenada a servicios comunitarios no podría optar nuevamente a la pena, salvo el caso de aplicarse a su respecto el Decreto Ley N° 409 sobre eliminación de antecedentes). Además, la pena se aplicará solo en la medida que no proceda otra pena sustitutiva en virtud de los antecedentes penales anteriores del condenado. Esta última afirmación pretende establecer que la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad se aplica al condenado que no pueda acceder a otra pena sustitutiva, pero desde la sola perspectiva de las penas que informe el extracto de filiación; de modo tal que, si sus antecedentes penales informan la posibilidad de reclusión parcial, por ejemplo, se aplica esta y no aquella<sup>91</sup>:

*“Esta pena solo podrá ser impuesta por única vez y sólo para el caso que los antecedentes penales anteriores del condenado hicieren improcedente la aplicación de las demás penas sustitutivas establecidas en la presente ley.”*

---

<sup>90</sup> Ibid idem.

<sup>91</sup> Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág. 88.

A continuación, en el artículo siguiente, se establece una regla para determinar la cantidad de horas exactas por las que se extenderá la pena afirmándose que el juez considerará 40 horas de trabajo por cada 30 días de privación de libertad determinados en la condena, calculándose esa proporción para efectuar la conversión cuando la privación de libertad es mayor a 30 días. Así, si la base del cálculo de la duración de la pena dado por el número de días de privación de libertad es superior a 30, se debe hacer la operación proporcional considerando, por ejemplo, que si una persona es condenada a 45 días, deberá realizar 60 horas de servicios comunitarios.

Se agrega además que en ningún caso se podrá prestar servicios comunitarios por más de 8 horas diarias:

*“Artículo 12.- La duración de la pena de prestación de servicios e beneficio de la comunidad se determinará considerando cuarenta horas de trabajo comunitario por cada treinta días de privación de libertad. Si la pena originalmente impuesta fuere superior a treinta días de privación de libertad, corresponderá hacer el cálculo proporcional para determinar el número exacto de horas por las que se extenderá la sanción. En todo caso, la pena impuesta no podrá extenderse por más de ocho horas diarias.”*

Un elemento distorsionador de la fórmula de cálculo recién vista, dice relación con la posibilidad de alterar la jornada (considerando el tope de 8 horas diarias) debido al tiempo destinado a ocupaciones que el condenado pueda tener en materia laboral o educacional. Como resulta lógico, no sería legítimo ni razonable al Estado exigir al condenado que ponga término a su trabajo o a sus estudios con la finalidad de dar cumplimiento a una pena que, precisamente, tiene por uno de sus objetivos vincular al sujeto a este tipo de actividades.

En este caso, y en la medida que se alleguen antecedentes relevantes al juez que le permitan identificar la seriedad de las alegaciones del condenado, se opta por entregarle al tribunal la posibilidad de equilibrar la jornada punitiva con el resto de las actividades que se efectúen. Un problema insoluble a este tipo de sistemas abiertos -que entre otras cosas permiten tratar dignamente al condenado asegurando una respuesta estatal focalizada en el individuo- es un eventual forzamiento del principio de trato igualitario.

En efecto, dadas ciertas características y actividades de un condenado, en relación a otro que no las tenga, una misma pena de igual duración, puede por esta vía, terminar extendiéndose de modo diverso. Pues bien, en este punto es importante determinar si existe un trato discriminatorio arbitrario de parte del Estado y entendemos por este el contrario al acto igualitario; y como acto igualitario, al que parte de la premisa que sus receptores son intrínsecamente diferentes; de modo que a los desiguales se les brindara un trato desigual y a los iguales un trato igualitario.

En este contexto, es responsabilidad del Estado asegurar que la decisión sea objetiva cuando se refiere a criterios de diferenciación que despejan al máximo el espacio para múltiples interpretaciones, como por ejemplo la utilización de un criterio estético; por contrario, es objetivo diferenciar por rangos etarios. A su turno, la decisión será razonable en atención a los grupos de personas que se encuentra divididos por el respectivo acto o decisión, como hombres y mujeres; árabes y judíos. En este tipo de encrucijadas, la razonabilidad debe existir en las motivaciones y fines que se persiguen con el acto o decisión en cuestión.

Como se ve, el hecho de permitir cierta diferenciación en la duración última de la pena para cierto grupo de condenados que acrediten actividades educacionales o laborales de modo que sean consideradas en la determinación de la jornada punitiva obedece a criterios objetivos, en base a una razonabilidad evidente que en nada afecta al grupo de pares que no desarrolle dichas actividades:

*“Si el condenado aportare antecedentes suficientes que permitan sostener que trabaja o estudia regularmente, el juez deberá compatibilizar las reglas anteriores con el régimen de estudio o trabajo que ocupe al condenado.”*

El siguiente artículo establece reglas de control de la ejecución de la pena, refiriendo que será el delegado de la pena el encargado de confeccionar el plan de trabajo del condenado e informarlo al tribunal que dictó la condena. Dicha información deberá efectuarse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que quede firme la resolución que impone la pena y, luego de esto, el tribunal informará a los intervinientes. No podría ocurrir de otro modo dado que si el delegado informa con anterioridad a la fecha de ejecutoria, esa información podría carecer de sentido en el evento que la resolución sea impugnada por la vía de algún recurso procesal que sea procedente.

*“Artículo 12 bis.- En caso de decretarse la sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el delegado de Gendarmería de Chile responsable de gestionar su cumplimiento informará al tribunal que dictó la sentencia, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la condena se encontrare firme o ejecutoriada, el lugar donde ella se llevará a cabo, el tipo de servicio que se prestará y el calendario de su ejecución. El mencionado tribunal notificará lo anterior al Ministerio Público y al defensor.”*

Durante la discusión parlamentaria ocurrida en el Senado, se relevó la necesidad de establecer a nivel legal con mayor rigurosidad los requisitos establecidos para desempeñar la función de los delegados de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva. Por las mismas razones, se procedió de manera similar con los delegados de servicios comunitarios. Es así como respecto de esta función son definidos los delegados como funcionarios dependientes de Gendarmería de Chile, encargados de supervisar la correcta ejecución de esta pena sustitutiva, y al igual que en el caso de la libertad

vigilada, la habilitación debe ser otorgada por el Ministerio de Justicia. Sin embargo, en cuanto a requisitos específicos, sólo se exige poseer título profesional de una carrera de al menos ocho semestres de duración. Esta menor exigencia en relación a los delegados de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva radica en que a diferencia de estos últimos, los delegados de servicios comunitarios no realizan una intervención propiamente tal<sup>92</sup>:

*“Artículo 12 ter.- Los delegados de prestación de servicios en beneficio de la comunidad son funcionarios dependientes de Gendarmería de Chile, encargados de supervisar la correcta ejecución de esta pena sustitutiva.*

*La habilitación para ejercer las funciones de delegado de prestación de servicios en beneficio de la comunidad será otorgada por el Ministerio de Justicia a quienes acrediten idoneidad y preparación, en la forma que determine el reglamento.*

*Sin perjuicio de lo anterior, para desempeñar el cargo de delegado de prestación de servicios en beneficio de la comunidad se requiere poseer título profesional de una carrera de al menos ocho semestres de duración, otorgado por una universidad o instituto profesional reconocidos por el Estado o su equivalente, en el caso de profesionales titulados en universidades extranjeras.”*

Cabe referirnos finalmente al Art. 13 bis, donde se contempla la posibilidad de que el tribunal encargado de la ejecución de esta pena sustitutiva pueda, ya sea de oficio o a petición de parte, realizar audiencias de seguimiento para verificar las condiciones en que se cumple la sanción. Esta posibilidad no se contemplaba en el proyecto original presentado por el Ejecutivo, pero fue incluida durante el segundo trámite constitucional en el Senado.

---

<sup>92</sup> Ob. Cit. Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603. Pág 90.

Junto con lo anterior, este último artículo establece la obligatoriedad para el delegado de servicios en beneficio de la comunidad de informar al tribunal el cumplimiento total y efectivo de la sanción.

*“Artículo 13 bis.- En caso de aplicarse la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, el juez podrá, de oficio o a solicitud del condenado, efectuar un control sobre las condiciones de su cumplimiento, debiendo citar, en ese caso, a una audiencia de seguimiento durante el período que dure su ejecución.*

*Al concluir dicho período, el delegado responsable de gestionar el cumplimiento de la pena remitirá al tribunal un informe sobre la ejecución efectiva de la misma.”*

#### 4.4.7 LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.

La expulsión de extranjeros en Chile se encuentra regulada en el Decreto Ley N° 1.094 del año 1975, denominado “Ley de Extranjeros”. La complementaba el Decreto Supremo N° 597 del año 1984, que contiene el reglamento de expulsión, junto con el Decreto Supremo N° 5.154 del año 1960, relativa a la nacionalización de extranjeros.

La normativa citada tiene un carácter eminentemente penal, aún cuando su naturaleza sea de tipo administrativa.

Es así que, en aquellos casos en que un extranjero es acreedor de esta medida, se dispone su expulsión por Decreto Supremo fundado, suscrito por el Ministerio del Interior.

Respecto de aquellos extranjeros, que gozan de permiso de turismo o prolongan su permanencia con permisos vencidos, la expulsión la dispone el Intendente Regional respectivo, por medio de una resolución.

La expulsión por Decreto Supremo N° 597, debe transcribir la orden de expulsión a la Policía de investigaciones de Chile, para su ejecución y ser notificada por escrito y personalmente al afectado por la misma policía. El extranjero puede recurrir contra la medida o conformarse con ésta.

Los supuestos de la expulsión apuntan a sancionar la infracción del ingreso y/o salida y permanencia irregular de extranjeros en Chile.

#### 4.4.7.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS.

En la doctrina española existe una fuerte discusión en cuanto a la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros. Para algunos es considerada como una pena, mientras que para otros es una medida de seguridad, un sustituto penal, una condición suspensiva, incluso una medida administrativa.

Al respecto, y en palabras de Sebastián Salinero Echevarria *“la pena no es la expulsión sino la prohibición de regresar al país por un determinado lapso de tiempo. Para esta corriente la expulsión es un medio de ejecución de la verdadera pena: la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”*<sup>93</sup>.

La discusión respecto a la naturaleza jurídica de la expulsión de extranjeros se centra principalmente en el argumento de que la expulsión no puede ser considerada una pena, toda vez que no figura en el catálogo de penas que establece el Código Penal.

Además, el carácter de pena es cuestionable toda vez que su utilización no cumple con los fines de la misma, tales como retribución, prevención general y especial, que están presentes en toda pena.

---

<sup>93</sup> SALINERO ECHEVARRÍA, SEBASTIÁN. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. Política criminal, volumen 6, N°11, (julio 2011), <[www.politicacriminal.cl/Vol\\_06/n\\_11/Vol6N11A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf)>

En derecho comparado, específicamente para una parte mayoritaria de la doctrina española, sostiene que la expulsión constituye una medida de seguridad, siguiendo la postura adoptada por el Tribunal Supremo español. Con todo, esta postura es muy cuestionable en tanto teleológicamente, la expulsión de extranjeros no cumple con los fines de una medida de seguridad, toda vez que no persigue los efectos correctivos ni de aseguramiento, y en consecuencia, no logra la prevención especial positiva de su interposición<sup>94</sup>.

Por otro lado, algunos sostienen que la naturaleza de la expulsión es de carácter híbrida, que se mueve entre lo penal y lo administrativo. Pero debe descartarse esta postura, toda vez que, si bien la expulsión tiene su origen en el derecho administrativo (específicamente en la Ley de Extranjería), su implementación no corresponde ni responde a la existencia de una sanción que tenga la calidad administrativa.

Se sostiene por otra parte de la doctrina, que la expulsión puede ser considerada como una renuncia a la pena<sup>95</sup>. No concordamos con esta posición en tanto constituye una infracción al principio de la legalidad. La crítica en este sentido, apunta a la renuncia de la función protectora del Derecho, ya que de ser correcto lo apuntado precedentemente, todos los bienes jurídicos serían valorados en forma homogénea, cuando ello no es así, pues todos tienen una valoración diferente.

Como crítica general a esta concepción, podemos señalar los nocivos y extensos efectos que generaría esta renuncia, pues abarca tanto un abandono del ejercicio del poder punitivo estatal, el descuido de la víctima y de los fines mismos de la pena.

---

<sup>94</sup> Ob. Cit. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Pág. 123.

<sup>95</sup> Ob. Cit. Material para capacitación de la Nueva Ley 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley 20.603. Pág. 102.

Finalmente, para el profesor Fernando Navarro Cardoso, refiriéndose a la pena de expulsión contemplada en el Código Penal español, la naturaleza jurídica de la expulsión, es la de una pena administrativa, dictada por un juez penal.<sup>96</sup>

En el caso chileno, acerca de la naturaleza jurídica de la expulsión, algunos autores, entre ellos Sebastián Salinero Echevarría<sup>97</sup>, consideran que en la Ley N° 20.603, que modifica la Ley N° 18.216, se trata la expulsión, como “pena sustitutiva”, no calificándola como una pena propiamente tal, sino más bien como una “regla especial”. Para otros constituye una verdadera pena, entendiéndola como un mal impuesto coactivamente al sujeto, el cual por consecuencia, no puede sustraerse a ésta aunque lo desee. Para otros constituye una medida de seguridad. Sin embargo esta postura puede ser cuestionable, pues si se revisan los fines de la medida de seguridad, se observa que la expulsión no cumple con los fines propios de ella, toda vez que no cumple con una finalidad “correctiva y de aseguramiento”, propia de toda medida de seguridad, de modo que no logra la prevención especial positiva, al no existir tratamiento terapéutico sobre el penado que permita su rehabilitación, o a la menos su control, de manera de lograr su reinserción en el medio social.

Reconociendo la complejidad de la figura, y sin estar zanjado el asunto en doctrina, debe considerarse por una parte, que esta figura cumpliría con una 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.

#### 4.4.7.2 ANÁLISIS DE LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS COMO PENA SUSTITUTIVA. FUNDAMENTOS Y REQUISITOS.

---

<sup>96</sup> NAVARRO CARDOSO, FERNANDO. Expulsión penal de extranjeros: Una simbiosis y Derecho Penal del enemigo.

<[http://www.acaip.info/docu/extrnajeros/expulsion\\_penal\\_extranjero.pdf](http://www.acaip.info/docu/extrnajeros/expulsion_penal_extranjero.pdf)>

<sup>97</sup> Ob. Cit. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Pag. 123 .

La expulsión se incorpora como sanción en el inciso primero del artículo 1° de la ley:

*“Artículo 1°: La ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá sustituirse por el tribunal que las imponga, por algunas de las siguientes penas:*

*... e) Expulsión, en el caso señalado en el artículo 34.”*

Por su parte, el Art. 34, único artículo que regula la materia, prescribe:

*“Artículo 34.- Si el condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo fuere un extranjero que no residiere legalmente en el país, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir el cumplimiento de dicha pena por la expulsión de aquél del territorio nacional.*

*A la audiencia que tenga por objetivo resolver acerca de la posible sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional deberá ser citado el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a fin de ser oído. Si se ordenare la expulsión, deberá oficiarse al Departamento de Extranjería del Ministerio mencionado para efectos de que lleve a cabo la implementación de esta pena y se ordenará la internación del condenado hasta la ejecución de la misma.*

*El condenado extranjero al que se le aplicare la pena de expulsión no podrá regresar al territorio nacional en un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.*

*En caso que el condenado regresare al territorio nacional dentro del plazo señalado en el inciso anterior, se revocará la pena de expulsión, debiendo cumplirse el saldo de la pena privativa de libertad originalmente impuesta.”*

En consecuencia, se establecen los siguientes requisitos para su aplicación:

1) Condenado extranjero que no residiere legalmente en el país. De acuerdo a este requisito, se requiere que el extranjero condenado no cuente con un permiso de

permanencia definitiva que regula el Decreto Ley N° 1.094. La razón de esta justificación radica en que actualmente, si quien no es residente legal es condenado, una vez que cumple su pena en suelo chileno, debe ser expulsado administrativamente por el Departamento de Extranjería del Ministerio del Interior.

Ahora bien, pese a que el extranjero es expulsado del país al término de su condena, de todos modos, Gendarmería de Chile tiene la obligación de realizar durante la condena actividades de reinserción a su respecto, con la consiguiente dificultad para llevar a cabo procesos de integración social. En este sentido, cualquier política de reinserción para un extranjero que no tiene vínculos con la comunidad nacional se ve seriamente obstaculizada, ya sea porque el extranjero no habla castellano o sus redes familiares se encuentran en otro país. Lo mismo, para el caso que estuvieren enfermos, en que el Servicio de Salud chileno debe prestarles atención médica y hospitalaria. En el fondo, es difícil establecer procesos de reinserción adecuados para personas que igualmente serán devueltas a sus países de origen al término de la condena.

Si consideramos que hoy en día, las personas recluidas extranjeros que, como hemos visto, serán expulsados del país al término de su condena por la vía administrativa, resulta razonable en el ámbito de una política que busca racionalizar el uso de las cárceles, no mantener a estas personas cumpliendo condena en suelo chileno.

Existen otros mecanismos implementados o a implementarse destinados a favorecer el retorno del extranjero condenado a su país de origen, ya sea mediante instituciones como la expulsión recién vista, el traslado de condenados mediante la aplicación de los tratados bilaterales y multilaterales vigentes y el indulto general conmutativo.

Así, respecto del traslado de condenados, este instituto jurídico consiste en el traslado de una persona condenada por la justicia del Estado Remitente o de Condena, para el cumplimiento del resto de la pena en su país de origen o Estado de Traslado o de

Cumplimiento. Hasta el momento Chile se encuentra suscrito a diversos Tratados sobre la materia<sup>98</sup>.

Si bien esta institución goza de amplia legitimidad, pues se fundamenta que lo más apropiado es que las personas puedan cumplir sus condenas en sus respectivos países de origen, en ningún caso se constituye como un mecanismo ágil que permite efectuar traslados de condenados en números muy elevados. Lo anterior, porque esta institución opera bajo la figura del triple consentimiento, es decir, se requiere el consentimiento no sólo del propio condenado, sino también del Estado al que pertenece el condenado y del Estado donde actualmente se encuentra cumpliendo su condena.

Respecto del indulto general conmutativo para extranjeros, actualmente se encuentra en plena ejecución este mecanismo para los extranjeros, en virtud de la publicación, con fecha 1 de junio de 2012, de la Ley N° 20.588. El indulto conmutativo propuesto, es un beneficio que se otorga por una sola vez, a aquellos extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la ley. Constituye en definitiva, una vía para adelantar la salida del territorio nacional del extranjero condenado, a un momento previo al cumplimiento

---

<sup>98</sup> Dentro de estos documentos se pueden señalar los siguientes:

1.- El Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas, de 1983, promulgada por Decreto N° 1.317 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 3 de noviembre de 1998.

2.- La Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero - adoptada el 9 de junio de 1993 por la Organización de Estados Americanos-, promulgada por Decreto Supremo N° 1.859, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 2 de febrero de 1999. Sus disposiciones son similares a las de la Convención de Estrasburgo.

3.- El Tratado con Brasil sobre Transferencia de Presos Condenados, suscrito entre la República Federativa del Brasil y la República de Chile el 29 de abril de 1998, promulgada por Decreto Supremo N° 225, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 18 de marzo de 1999.

4.- El Tratado con Bolivia sobre Transferencia de Personas Condenadas, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Bolivia el 22 de febrero de 2001 promulgado por Decreto Supremo N° 227, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 10 de diciembre de 2004.

5.- El Tratado con Argentina sobre Traslado de Nacionales Condenados y Cumplimiento de Sentencias Penales, suscrito entre los Gobiernos de Chile y Argentina el 29 de octubre de 2002, promulgado por Decreto Supremo N° 55, del Ministerio de Relaciones Exteriores publicado en el Diario Oficial de 30 de junio de 2005.

Se firmó en noviembre de 2010 un tratado bilateral con Perú, pero que debe ratificarse por los respectivos Congresos.

efectivo de la condena original y sustituye el cumplimiento de la condena de cárcel por un extrañamiento especial, junto con la obligación del extranjero de no retornar al país en el plazo de 10 años contados desde su salida del territorio nacional. En el caso que retornare antes del transcurso de este tiempo, deberá cumplir el saldo de la pena privativa de libertad que se le hubiere conmutado.

El indulto conmutativo está destinado para condenados extranjeros que no cuenten con un permiso de permanencia definitiva al momento de cometer el delito por el cual se encuentran condenados; que suscriban el compromiso de no volver a Chile durante 10 años y que hubieren cumplido una parte significativa de sus condenas.

1. En caso de condenados extranjeros con penas de hasta 5 años, deben haber cumplido ya  $1/3$  de pena cumplida.

2. En el caso de condenados extranjeros con penas entre 5 años y un día hasta los 10 años, deben haber cumplido ya la mitad de pena cumplida.

3. En el caso de condenados extranjeros con penas entre 10 años y un día hasta 20 años y deben haber cumplido ya  $3/4$  de pena cumplida.

Finalmente, la ley fijó las excepciones al indulto conmutativo, estableciendo un catálogo de delitos excluidos de este beneficio, tales como, secuestro, parricidios, homicidios, delitos sexuales cometidos contra menores, entre otros. Se permite la expulsión de extranjeros condenados por delitos contemplados en la ley de drogas, por cuanto, constituyen la principal causa de condena de extranjeros.

2) Condena a una pena igual o inferior a 5 años de presidio o reclusión menor en su grado máximo. Respecto de este requisito, cabe señalar que para mantener una coherencia con el resto de las penas sustitutivas que se proponen, se establece como

límite máximo para proceder a la expulsión que la pena inicialmente impuesta no exceda de 5 años en concreto<sup>99</sup>.

Finalmente, cabe tener presente que el artículo analizado no impide la posibilidad de aplicar al condenado extranjero las otras penas sustitutivas contenidas en la nueva ley.

Ahora bien, decretándose por el tribunal la expulsión, la ley encarga al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a través de su Departamento de Extranjería, llevar a cabo la implementación de la medida, en tanto que el tribunal decretará la internación (privación

---

<sup>99</sup> Es importante destacar que durante la tramitación parlamentaria otros 2 requisitos fueron debatidos y en su momento incluidos en el proyecto. Así en un primer momento, el Ejecutivo presentó dentro de su propuesta original un requisito adicional para proceder a la expulsión, consistente en que el condenado extranjero “*carezca de arraigo familiar o social y no desarrollare permanentemente un trabajo remunerado.*” La justificación de este requisito radicaba en que la ley no podía presumir en abstracto que por ser un residente ilegal la persona carecía de arraigo en el lugar donde cometía el delito, es decir, en nuestro país.

Sin embargo, durante la discusión parlamentaria ante el Senado se estimó que por una parte, este requisito podía ser de gran complejidad en relación a su discusión probatoria, y que por otra, recordando lo señalado sobre la expulsión que de todas maneras dicta el Ministerio del Interior y de Seguridad Pública para aquellos extranjeros que habiendo sido condenados no tienen el permiso de permanencia definitiva, aún probándose este arraigo no tenía sentido prescindir de la expulsión, toda vez que igualmente luego del cumplimiento de la pena la persona sería trasladada hasta su país de origen en virtud de una expulsión administrativa.

El otro requisito que en algún momento fue incluido en el proyecto se refiere a la exigencia de un tiempo mínimo de condena. Si bien no lo contempló la redacción original propuesta por el Ejecutivo, lo cierto es que durante el primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados se acordó que para proceder a la expulsión el condenado extranjero debía al menos haber cumplido un tercio de la pena privativa de libertad. Este nuevo requisito tuvo por objeto evitar una imagen de impunidad, dado que la norma original permitía la expulsión sin necesidad de cumplir un mínimo castigo. No obstante aquello, posteriormente durante la discusión parlamentaria en el Senado, por un acuerdo entre los integrantes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia y el Ejecutivo, se acordó no contemplar este requisito. Para ello se consideraron dos argumentos:

1.- El primero se refiere a la escasa aplicación que tendría la norma de contemplarse el requisito de tiempo mínimo, toda vez que al requerirse de la participación del Ministerio del Interior (actualmente el proyecto sólo exige que sea citado), en audiencia, su intervención podría producir dificultades pues no habría interés real de concurrir ni velar por que se decrete la expulsión, pues el extranjero condenado al encontrarse privado de libertad, no representa un peligro para la seguridad pública. Esta misma pérdida de interés podía producirse en el resto de los intervinientes o en el propio tribunal.

2.- Por lo demás, este requisito provocaría un efecto contraproducente con la política de seguridad pública, en lo que respecta al tráfico de drogas. Ello particularmente porque éste delito es cometido principalmente por extranjeros en la zona norte del país, al cumplir en privación de libertad una parte mínima de la condena, se facilitaría el contacto, conocimiento, redes de apoyo y asociación con otras personas, de manera que una vez expulsados podrían continuar delinquiriendo de manera más organizada.

de libertad) durante el tiempo que medie entre la dictación de la sentencia condenatoria y la expulsión definitiva.

Una vez materializada la expulsión, pesa sobre el condenado una prohibición de ingreso al territorio nacional por un plazo de diez años, contado desde la fecha de la sustitución de la pena.

Por último, en caso de incumplimiento de esta prohibición, el efecto es el de revocarse la pena sustitutiva, debiendo, en consecuencia, cumplirse con el saldo de la pena privativa de libertad.

## CONCLUSIONES

Uno de los deberes fundamentales del Estado es la búsqueda del bien común de la colectividad. En el cumplimiento de esta labor, está facultado para sancionar distintas conductas e imponer penas en caso de su contravención, en otras palabras, en virtud del poder punitivo el Estado protege determinados bienes jurídicos, restringiendo o privando otros bienes jurídicos.

Esta delicada relación de protección y restricción de derechos y bienes jurídicos que constituye el Derecho Penal, se construye sobre ciertos fundamentos filosóficos y valorativos respecto de lo cuales la sociedad considera tolerable e intolerable, en el que la pena no es más que un mecanismo de autoconstatación de su existencia. De acuerdo a los principios y normas contenidos en nuestra Constitución Política de la República, este verdadero poder-deber del Estado debe ceñirse a los estrictos límites señalados por el Estado Democrático de Derecho, por cuanto este es el modelo político social que mejor garantiza la realización y la protección de la persona humana.

En virtud del paradigma de un Estado Democrático de Derecho, debe interpretarse que cualquier restricción de la libertad de las personas es odiosa, y en consecuencia, sólo cabría limitar la libertad de los ciudadanos en aras de la tutela de las propias libertades de los demás ciudadanos de forma responsable, con las exigencias y principios que establece la democracia y la ideología de los derechos humanos, dentro de los cuales la tendencia resocializadora,- o al menos no desocializadora-, se sitúa como horizonte al que debe estar dirigida toda pena.

Como el Derecho Penal - y con él, la ejecución de la pena- son parte del ordenamiento jurídico, debe conformarse con estos principios, de modo de constituir un sistema punitivo formalizado y controlado, tanto por consideraciones de utilidad social

como por la búsqueda de las garantías establecidas a favor del individuo infractor de la norma jurídica, donde los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad, intervención mínima, culpabilidad y resocialización cobran vital importancia, pues se constituyen como elementales y necesarios para la efectiva protección de todo ciudadano, delincuente o no, frente al Estado. Es por esto que se señala que el Derecho Penal cumple dos funciones; una función de prevención y otra función de garantía, conceptos importantes que no sólo legitiman la intervención penal, sino que la limitan.

Respecto de la finalidad de la pena, y en atención a las consideraciones señaladas, nos basamos en la proposición expuesta por CLAUS ROXIN en su teoría dialéctica, pues entrega una visión completa del complejo proceso de reacción penal, al señalar que éste comienza con la amenaza de una pena contenida en los tipos penales, motivando a la comunidad para que se abstenga de cometer delitos, (aplicación de los fines de prevención general); se continúa con la aplicación efectiva de esta pena por los tribunales, (donde se cumplen fines de prevención general y especial), y termina, -o teóricamente debe terminar-, con la ejecución y cumplimiento por parte del infractor de la pena impuesta (prevención especial).

De este modo, se aprecia que todo fin de la pena es el de la prevención, sea general y especial, la cual siempre debe estar orientada a la resocialización del infractor de la norma, lo que se explica porque el fin último del Estado Democrático de Derecho es la búsqueda del bien común de la sociedad, lo que sólo puede conseguirse a través del efectivo respeto de la persona humana. De todas las personas.

De este modo, el reconocer la dignidad del hombre en materia de Derecho Penal y específicamente en materia de ejecución de la pena, supone evitar la vulneración de otros derechos que el de la libertad ambulatoria, en la medida que sea compatible con aquella. En virtud de este razonamiento, es de vital importancia que el Estado ofrezca a los ciudadanos las posibilidades más amplias -en todo sentido- para que no se cometan

delitos y que al mismo tiempo las penas estén limitadas a los estrictos contornos de necesidad de autoconstatación indispensables del Estado.

Para la consecución de los fines descritos, es necesaria una política criminal decidida y coherente en este sentido. Así, en el cuerpo de esta memoria revisamos que la política criminal constituye un importante instrumento de acercamiento a la realidad, por constituir un mecanismo capaz de entregar un enfoque funcional de la realidad social a la misma sociedad, por lo que resulta primordial que los esfuerzos del Estado en esta materia estén dirigidos a luchar contra el fenómeno criminal bajo un mismo paradigma para que el conjunto de medidas y técnicas configuren un todo coherente y funcional a unos similares fines y fundamentos.

Como la política criminal debe ajustarse a una realidad esencialmente cambiante, debe estar atenta a la inclusión de nuevos intereses a proteger, como también a la exclusión de aquellos que con el paso del tiempo, y conforme nuevos conocimientos, han dejado de considerarse perturbadores. Esta exclusión también debe hacerse respecto de aquellas normas, conjeturas y valores que no contribuyen a la superación de los problemas que aquejan a la sociedad, como es, precisamente, la creencia desmesurada en la pena privativa de libertad como la única vía capaz de resolver los problemas de criminalidad que aquejan a la sociedad. Una política criminal moderna y acorde a los lineamientos señalados precedentemente, debe necesariamente “insistir en el principio político de apertura de la cárcel a la sociedad y, recíprocamente, de ella hacia la cárcel. Uno de los elementos más negativos de la institución carcelaria lo representa, en efecto, el aislamiento del microcosmos carcelario en relación con el macrocosmos social, aislamiento simbolizado por los muros de la cárcel, según señala Alessandro Baratta en “Criminología y Sistema penal”<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> Ob. Cit. Criminología y Sistema Penal. Pág. 380.

Al ser la cárcel una institución que refuerza las situaciones de desigualdad y marginación latentes en la sociedad, donde no se cumplen los fines resocializadores que le sirven de sustento, han surgido a lo largo de nuestra historia reciente, nuevas corrientes político criminales que exigen cada vez más una mayor limitación de la intervención estatal y de la afección a la libertad individual y demás garantías conculcadas con ella, que se derivan de ajustar los límites de la prisión para que ésta sea evaluada en su justa medida; esto es, como parte de un sistema de justicia penal en el que constituye la última ratio.

En definitiva, y con el conocimiento cierto de que el Derecho Penal no constituye el mecanismo adecuado para regular las relaciones sociales, culturales y/o económicas que subyacen al fenómeno criminal, y considerando la magnitud de la aflicción que constituye su imposición, se le debe exigir, que al menos, su imposición no favorezca a su reproducción futura. De este modo, la pena privativa de libertad, -al ser la pena más gravosa de todas-, debe limitarse a casos específicos, pues por su propia naturaleza es un elemento que contribuye a la consolidación de la marginación social de los individuos. En otras palabras, el Derecho Penal y la política criminal que le sirve de fundamento, deben promover la reducción progresiva del uso de la prisión, como principal tarea de un Derecho Penal mínimo que contribuya a disminuir la violencia en la sociedad.

En el entendimiento de que más penas severas no significan menos delito ni menos criminalidad, la pena, más que disuadir o convencer, lo que hace es reflejar la ausencia de soluciones, pues, ante la certeza de que la privación de libertad es una sanción que tiene efectos negativos para el detenido y es costosa de aplicar, solamente por estas razones no debería aplicarse a los delincuentes con los cuales una sanción alternativa daría buenos resultados, de acuerdo a lo que la doctrina entiende actualmente.

Más aún, es relevante mencionar que la cantidad más importante de sujetos privados de libertad, están constituidos por el sector más desventajado de la sociedad. En efecto,

las cárceles están conformadas en su mayoría por aquellas personas con serias carencias materiales e inmateriales de diversa índole. Se han señalado por distintos autores diversos factores que influirían en la delincuencia, a modo de ejemplo, basta mencionar entre ellos la miseria, la discriminación, la desprotección, el desempleo, la desigualdad, la vulnerabilidad y la falta de oportunidades. Se puede afirmar en consecuencia que la delincuencia responde a problemas sociales graves, los que, al mismo tiempo, se reproducen en la cárcel. Incluso más, podemos afirmar que son estos mismos sectores de la sociedad los que son mayormente controlados por el aparato represivo del Estado, lo que genera una gran cantidad de detenciones por delitos o contravenciones de una entidad baja o mediana, lo que deja en evidencia un círculo vicioso del cual sólo podemos salir de la mano de una política criminal seria y definida, sin perder de vista que, el fenómeno criminal es mucho más profundo que cualquier regulación que pueda hacer el Derecho Penal a su respecto, incluso con la mejor de las intenciones.

Debe abogarse, en consecuencia, por una adecuada política social, y la utilización prioritaria de soluciones no penales, y sólo cuando ninguno de estos medios sea suficiente, estará legitimado el recurso de la pena privativa de libertad. Esta idea no es más que consecuencia del principio de última ratio del Derecho Penal, que obliga, como se ha señalado, a acudir preferentemente a otros medios de control social, formal o informal, a la hora de mantener la delincuencia dentro de límites tolerables. Al constatar la ineptitud de la prisión para cumplir fines de prevención especial, sumado a que su aptitud intimidatoria se ha puesto en duda y, que la magnitud de la pena debe ser en todo caso proporcional a la infracción, se debe concluir necesariamente que este tipo de pena debe reservarse para los delitos más graves e intolerables.

De esta forma, hallar respuestas menos lesivas a la privación de libertad, es parte de una actitud protectora de los derechos fundamentales de la persona humana a la cual hemos hecho referencia frecuentemente en esta presentación, la cual se ha manifestado en la práctica a través de la instauración de distintos mecanismos alternativos a la

prisión. Se trata, como se ha señalado, de la materialización de exigencias de economía social, donde siempre se debe optar por la intervención menos lesiva o limitativa de los derechos individuales, y, puesto que el Derecho Penal se encuentra condicionado por la circunstancia de que se da cabida a dos razones contrapuestas: la de otorgar protección a intereses socialmente valiosos y por otro, la minimización en el ejercicio del ius puniendi estatal; su aplicación debe constituir el último recurso de una sana política social.

En virtud de estas razones es que desde la doctrina han surgido voces que abogan por la descriminalización o despenalización, conceptos que incluyen, en un sentido amplio, la reducción de la pena privativa de libertad, pues, en la práctica, despenalizar no significa otra cosa que disminuir la población carcelaria.

En este punto conviene señalar que el concepto de “penas alternativas a la prisión” denota la idea arraigada de que la prisión es la única pena verdadera, cierta o real, con lo que se reafirma su existencia central. Una visión centrada en los principios de un Estado Democrático de Derecho, debe abordar la “alternatividad” a la pena privativa de libertad, de forma que ninguna otra pena restrinja la libertad de la misma forma que una pena de encarcelamiento; si fuera así, sería otra forma de privación de libertad. Es porque, no se trata de encontrar una “alternativa” a la prisión, sino, precisamente, hallar otras formas de castigar. Se trata, en definitiva, de encontrar verdaderas penas sustitutivas a la prisión en vez de penas alternativas a ella.

De este modo, no podemos menos que concluir, que cuando se habla de sustitución de la pena se evoca una corriente crítica sobre ella y de forma más amplia una posición revisionista del Derecho Penal tal como es entendido en la actualidad, tratando de crear sustitutivos penales, ofreciendo un catálogo de remedios para que sean evitadas las penas privativas de libertad y las perniciosas consecuencias que llevan consigo. En

palabras de CLAUS ROXIN<sup>101</sup>, se trata de que las reacciones en contra de la conducta punible se modifiquen ampliamente al retroceder cada vez más la pena privativa de libertad y ser completada o incluso reemplazada por un rico arsenal de consecuencias jurídicas, que si bien presuponen una conducta punible, ya no pueden seguir siendo entendidas como penas en sentido tradicional.

En el estadio actual del Derecho Penal, no se discute la crisis de la pena privativa de libertad, crisis que surge tanto desde una perspectiva criminológica, -como son los efectos nocivos de la prisionización-, como políticos criminales, -al entregar un nuevo contenido a las finalidades del Estado Democrático de Derecho-, y también debido al amplio reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales de la persona humana.

Es desde esta perspectiva donde comenzamos el análisis de la instauración y las consecuencias de la Ley 18.216 en nuestro sistema penal. Examinamos el fin o propósito de las medidas alternativas y la distinción entre medidas sustitutivas a la prisión y medidas alternativas. También revisamos la génesis de su instauración en el derecho comparado y nuestro país.

Analizamos pormenorizadamente la Ley 18.216 del año 1983 que comprende las siguientes Medidas Alternativas: Remisión Condicional de la Pena, Libertad Vigilada y Reclusión Nocturna y revisamos su regulación detalladamente. En este punto, es importante señalar que de estas instituciones, solamente dos de ellas: la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada son verdaderas Medidas Alternativas. La reclusión nocturna, la consideramos una pena privativa de libertad de cumplimiento efectivo pero atenuado. La reclusión nocturna es una medida que intenta absorber esencialmente las penas privativas de corta duración y la libertad vigilada alguna parte de las denominadas de larga duración.

---

<sup>101</sup> ROXIN, CLAUS. Dogmática penal y Política Criminal, 1998. Cit. por Galain Palermo, Pablo. ¿La reparación del daño como tercer vía punitiva? Especial consideración a la posición de Claus Roxin. En línea: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/rejur/numero3/galain.pdf>> [consulta: 29 agosto 2013]

A pesar de las tantas bondades analizadas de las medidas alternativas hemos recalcado la escasa o prácticamente nula política criminal por parte del Estado dirigida a la consecución de los fines resocializadores entregadas a ellas. Analizamos que dichas falencias no sólo se demuestran por los datos más patentes, como lo es que en cifras, la implementación del sistema no se ha traducido en una reducción del número de encarcelados, sino que también, a aquellas razones de fondo como son el escaso plan de financiamiento que asegurara su efectividad, la propia regulación de las medidas, la reducida cobertura de su aplicación, la selectividad con que operan y la reciente creación de nuevos tipos penales que tienen a la privación de libertad como pena.

En virtud de estas razones, concluimos que la implementación de las medidas alternativas no ha significado una rebaja en el uso de la cárcel, sino por el contrario, ha significado un nuevo mecanismo de control social, que contrariamente a los principios de Derecho Penal que instan por una menor injerencia punitiva por parte del Estado, ha implicado una verdadera ampliación de la intervención penitenciaria y de la propia privación de libertad. Asimismo, hemos apuntado que estas características, sumada a la escasa supervisión de ellas, han traído consigo el descrédito social respecto del cumplimiento de sus fines supuestamente “resocializadores”.

Resulta pues, que como consecuencia de la incoherencia y deficiencia de la implementación del sistema de Medidas Alternativas, lo que resulta es un contrasentido ya que con ellas se hecho una proyección más de la institución y fines del ámbito carcelario, al no institucional, a un punto tal, que los fines contemplados en el ámbito institucional, han sido trasladados en sus contenidos a los llamados no institucionales o de medio libre.

Por último, en el capítulo final, se ha revisado pormenorizadamente las medidas alternativas contenidas en la Ley N° 20.603, que modifica la Ley 18.216 del año 1983,

publicada el 27 de junio de 2012. Señalamos que en sus orígenes, la pena de prisión tuvo una finalidad muy distinta a la que generalmente se le asigna hoy, la cual era esencialmente procesal y provisional a fin de resguardar al sujeto hasta la llegada del juicio donde se le haría merecedor de un castigo o pena.

Conforme ha evolucionado el Derecho Penal y el sistema jurídico en general, cambió la forma de concebir la privación de libertad para convertirse en un sistema donde se intenta intervenir en la mente y valores de los reclusos a través de un tratamiento penitenciario que en el discurso, rehabilitaría a los sujetos para incorporarse a la vida en sociedad, finalidad que en la actualidad se encuentra sujeta a diversos y graves reparos, debido, fundamentalmente, a la falta de resultados prácticos. En atención a lo anterior es que la crisis del ideal resocializador constituye un elemento clave para emprender la búsqueda de alternativas a la prisión, pues, la caída de este emblema despoja a la pena privativa de libertad de su fundamento más atrayente: ser capaz de modificar la conducta de los reclusos y así disminuir el fenómeno criminal. Con todo, no puede perderse de vista el ideal resocializador, eso sí, entendiéndolo desde una perspectiva más sencilla y menos totalitaria, esto es, como aquella postura filosófica criminal que le otorga un contenido ético final a la actividad penitenciaria, y que la distingue de meras actividades tecnócratas formales, visión que no debe perder de vista sus propias limitaciones, y las nuevas aspiraciones que el modelo de Estado Democrático de Derecho le infunde. Asimismo, la concepción misma del Estado Democrático de Derecho obliga al Estado a encontrar mecanismos distintos a la intimidación para la obtención y mantenimiento de la paz social, por cuanto, al constituirse la dignidad del ser humano y sus derechos fundamentales como elementos superiores de protección, todo mecanismo represivo debe estar justificado en la medida de ser absolutamente necesario para el logro de sus fines legítimos.

Gracias a la investigación realizada, se puede concluir que el mecanismo de política criminal que mejor se condice con la protección a la dignidad humana es aquel que

pretende la resocialización de los reclusos y no aquella política criminal que postula el camino de la segregación e inocuización de los sujetos como se ha llevado a cabo clásicamente en los Estados Unidos de Norteamérica, por lo que nuestro país debiera emprender la búsqueda de soluciones al problema penitencio siguiendo otros lineamientos más conformes a los Derechos Humanos tal como se ha analizado en esta Memoria.

Además, y asumiendo que el Derecho Penal no constituye el mecanismo adecuado para regular las relaciones culturales o económicas que subyacen al fenómeno criminal, y considerando la magnitud de la aflicción que constituye su imposición, se le debe exigir al Estado y sus instituciones que al menos no favorezca su reproducción futura, una petición básica en orden al respeto de la dignidad humana.

Muy ligado a lo anterior, se ha resaltado en esta memoria la importancia de la Política Criminal, que ha sido definida como “aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad”<sup>102</sup>, pues como se desprende del desarrollo del concepto, constituye un mecanismo de acercamiento al medio, capaz de entregar un enfoque funcional de la realidad social a la misma sociedad, para que ésta a través de las diversas instituciones organizacionales pueda recibir aquellos datos relevantes para lograr los mecanismos más adecuados de convivencia pacífica en la sociedad. Asimismo, es fundamental para el logro de esta meta que la política dirigida a luchar contra el fenómeno criminal, o mejor dicho, para la consecución de la mayor paz social posible de modo de que todas las personas puedan gozar de la protección de sus derechos fundamentales, que dicha política actúe bajo un mismo paradigma o lógica sistémica, para que el conjunto de medidas a implementar configuren un todo coherente y funcional a unos mismos fines.

---

<sup>102</sup> Ob. Cit. Curso de política criminal. Pág. 22.

Así, en nuestro derecho no se observa la utilización de una política criminal coherente, incluso, podría decirse que la noción misma de política criminal está ausente en la ejecución penitenciaria, por cuanto se observa a través de datos estadísticos que la función de las llamadas medidas alternativas a la prisión no contribuyen a la reducción del uso de la cárcel, sino que como ya se ha dicho, constituye una nueva forma de control social.

Se entiende que una política criminal definida debe ser el motor que impregne al sistema penitenciario de todo un conjunto de medidas destinado a la consecución de la reducción del fenómeno criminal junto con el respeto de la dignidad humana, teniendo en especial consideración las especiales características de los usuarios del sistema penal, que son, además, las personas más depravadas de nuestra sociedad. Una política criminal orientada en este sentido debe incluir una continua revisión respecto de aquellas normas, conjeturas y valores que no contribuyen a la superación de los problemas que aquejan a la sociedad, como es, precisamente, la creencia desmesurada en la pena privativa de libertad como la única vía capaz de resolver los problemas de criminalidad que la afectan.

Ahora bien, respecto de la modificación introducida por la Ley N° 20.603, es posible estimar que su implementación no significará en la práctica una reducción importante en el número de condenados a privación de libertad, por el contrario, si la implementación de la Ley no se realiza con otras modificaciones sociales que subyacen al fenómeno penitenciario y al Sistema Penal en particular, como es, por ejemplo, la revisión de las penas relativas a los delitos contra la propiedad, la ejecución de la Ley redundará eventualmente en mayor control social, y mayores tasas de revocación, la que derivará finalmente en una mayor tasa de prisionización.

La novedad más valiosa la constituye la pena mixta, por cuanto mediante esta institución un condenado a pena privativa de libertad podría dejar anticipadamente la

cárcel, cuando se den los presupuestos para ello. Por otro lado, es especialmente compleja la sanción de expulsión de extranjeros, la pobre aplicación de la sanción de trabajos en beneficios de la comunidad, y la no inclusión de la reparación a la víctima; ambas instituciones han tenido gran evolución en el extranjero y gozan del apoyo importante de la doctrina. Lamentablemente, por la forma en que está concebida la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, no ocupará un espacio importante en la reducción de la población carcelaria, siendo que en su concepción está muy ligada para aquellos casos de criminalidad baja y leve. Además, la utilización de mecanismos electrónicos para el control de la pena fuera de la prisión se limita a aquellos casos en que en general, no habría pena de cárcel, es de esperar que no exista un real impacto en la reducción de la misma.

Por el contrario, la nueva Ley de Medidas Alternativas contempla una serie de hipótesis que influirán en tener una mayor cantidad de población penal, en particular, la modificación del inciso tercero del artículo primero, pues restringe la posibilidad de beneficio para quienes sean condenados por robo por sorpresa y que hubieren tenido previamente otra condena por ciertos delitos contra la propiedad, delitos que conforman el grueso de la población penal chilena.

El resto de las penas sustitutivas incorporadas pueden generar un mayor porcentaje de encarcelamiento, en principio, porque disminuye la aplicación de la remisión condicional de la pena, aumenta el control punitivo de la libertad vigilada, establece más obligaciones para los libertos, rigidiza el control de la medida sustitutiva y disminuye la discrecionalidad del juez para revocar o mantenerla en hipótesis de incumplimiento. Estas características son propias de un sistema que busca un mayor control de las medidas alternativas al disminuir los espacios de impunidad; endurecer el tratamiento de la reclusión nocturna y endurecer las normas de incumplimiento.

En consecuencia, del análisis de la Ley nuevamente se extraña un tratamiento integral del fenómeno delictivo, a través de una política criminal decidida y coherente, capaz de abarcar el conjunto de instituciones de nuestro derecho penal, con miras a soluciones firmemente orientadas al abandono de la pena de prisión como pena principal en los casos de la criminalidad más común en nuestro medio, como son los delitos contra la propiedad, perpetrados por reincidentes.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Araneda Sagues, Claudia. “Libertad Vigilada”. Memoria de prueba. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Santiago. 1996.
2. Bacigalupo, Enrique. Filosofía e ideología de las teorías de la pena. Revista derecho y humanidades, N° 16, Vol 1, 2010. Pags. 17-30.
3. Baratta, Alessandro. “Criminología crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la criminología jurídico penal”. 5° Ed. Siglo XXI Editores. México. 1998, 258 p.
4. Baratta, Alessandro “Criminología y Sistema penal” compilación in memoriam. Euros Editores, Buenos Aires, 2004, página 380. En Línea: <http://colectivociajpp.files.wordpress.com/2012/08/criminologc3ada-y-sistema-penal-baratta.pdf> [Consulta: 29 de abril, 2014]
5. Bergalli, Roberto. “Contribuciones críticas al sistema penal de la post modernidad : in memoriam a Eduardo Novoa Monreal “. 1° Ed. Santiago de Chile . Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2007, impresión de 2008. 558 p.
6. Binder, Alberto M. “La política criminal en el marco de las políticas públicas : bases para el análisis político-criminal”. Revista de Estudios de la Justicia.--no.12 (2010), p. 209-227.
7. Borja Jimenez , Emiliano. CURSO DE POLITICA CRIMINAL (2ª ED) TIRANT LO BLANCH, 2011, 294 p.
8. Bustos Ramirez, Juan. Obras completas. Juan Bustos Ramírez. Perú. Ara Editores. Tomo II., 2004.
9. Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán. Lecciones de Derecho Penal. Madrid: Trotta, 1997-1999. 260 p.

10. Bustos, Juan; Pavarini, Massimo; Stern, Vivian; Jiménez, María Angélica; Horvitz, María Ines; Hoffer, María Eugenia y Riego, Cristian. “Acerca de la Cárcel”. Cuadernos de Análisis Jurídico. Universidad Diego Portales. Serie seminarios nro. 24.

11. Carbanellas de Torres, Guillermo. “Tratado de los delitos y las penas. Precedido de un estudio previo sobre Beccaria y su obra por GUILLERMO CABANELLAS de TORRES, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y SEGUIDO DEL TRATADO DE LAS VIRTUDES Y DE LOS PREMIOS, escrito por JACINTO DRAGONETTI para servir de continuación al TRATADO DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. EDITORIAL HELIESTA S.R.L., 1993, Impreso en Brasil.

12. Carranza, Elías; Coyle, Andrew; Isaksson, Christer; Christian, Jeff; Domínguez, Juan Carlos; Rodríguez, María Noel; Nuñez, Denia; De Currea-Lugo, Víctor; Nathan, Stephen. Cárcel y justicia penal: El modelo de derechos y obligaciones de las naciones unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito. En “Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de naciones unidas”. Por, Elías Carranza,. Siglo XXI editores s.a. de c.v. México D.F. 1ª edición, 2009.

13. Carnevali Rodríguez, Raúl. “Derecho Penal como Ultima Ratio. Hacia una política criminal racional.” Revista Ius et Praxis. Año 14 N°1. En línea: [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122008000100002&script=sci_arttext) [Consulta: 1 de marzo, 2014]

14. Cesano, José Daniel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. Revista electrónica de ciencia penal y criminología. 3 mayo 2001. En línea: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_03-05.html](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-05.html) [Consulta: 27 de febrero, 2014]

15. Cervini, Raúl. Incidencia de las mass media en la expansión del control penal en Latinoamérica. Revista de ciencias penales. Quinta época, 1990-1993. Tomo XL Nro. 2. Pags. 5-26.

16. Consejo para la reforma penitenciaria. Recomendaciones para una nueva política penitenciaria. Santiago, Marzo 2010, En línea: [http://cesc.uchile.cl/Informe\\_CRPenitenciaria.pdf](http://cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf) [Consulta: 23 de abril, 2014]

17. Congreso Internacional de Derecho Penal (2º: 1999, Villa Hermosa, México). Principales problemas de la diversificación punitiva. México. Editorial Jus Poenale. 2001. 633 p.

18. Coyle, Andrew. La prisión del futuro. Cómo reducir el daño que produce a los reclusos y a la sociedad. En “Cárcel y justicia penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de naciones unidas”. Siglo XXI editores s.a. de c.v. México D.F. 1ª edición, 2009.

19. Cury Urzúa, Enrique. Derecho Penal : parte general . Edición: 2a. ed. Datos publicación: Santiago de Chile : Jurídica de Chile, 1988-92. Descripción física: 2 v.

20. “Debates penitenciarios” Revista electrónica N° 13, Julio 2010 | Área de Estudios Penitenciarios CESC. Universidad de Chile. En línea: [http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates\\_penitenciarios\\_13.pdf](http://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/debates_penitenciarios_13.pdf) [Consulta: 19 de abril, 2014]

21. De la Puente Lafoy, Patricio y Torres Rojas, Emilio. Seguridad ciudadana y prevención del delito. Un análisis crítico de los modelos y estrategias contra la criminalidad. Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. N°1, noviembre 2000. Santiago de Chile. En línea: <http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/Revista17/Articulo1.pdf> [Consulta: 10 de abril, 2014]

Demarchi Salinas, María Victoria y Muñoz Cofré, Pía. Derechos humanos y sistema carcelario chileno. La afectación de los derechos del privado de libertad. Congreso de derecho constitucional, primer semestre 2009, Santiago de Chile. En línea: En línea:

[http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/dmym\\_1252890291.pdf](http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/dmym_1252890291.pdf)

[Consulta: 15 de marzo, 2014]

22. Díez Ripollés, José Luis. “DE LA SOCIEDAD DEL RIESGO A LA SEGURIDAD CIUDADANA: UN DEBATE DESENFOCADO”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ARTÍCULOS 2005, núm. 07-01. En línea: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf> [Consulta: 27 de abril, 2014]

23. Duce, Mauricio y Mera, Jorge. “Introducción al Sistema Penal”. Materiales docentes. Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, Santiago. 1996.

24. Durán Migliardi, Mario. Prevención especial e ideal resocializador. Concepto, evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena. Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. N°13, diciembre 2008. En Línea: [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista\\_n13.pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista_n13.pdf) [Consulta: 19 de abril, 2014]

25. Estudio Reincidencia GENCHI 2013. En línea: [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estudio\\_reincidencia/ESTUDIO\\_REINCIDENCIA\\_GENCHI\\_2013.pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/estudio_reincidencia/ESTUDIO_REINCIDENCIA_GENCHI_2013.pdf) [Consulta: 15 de abril, 2014]

26. Etcheberry, Alfredo . Derecho Penal. 3a. ed. rev. y actualizada. Santiago de Chile : Ed. Jurídica de Chile, 1998. Volumen I, 361 páginas.

27. Feller Schleyer, Claudio. “El derecho penal en la sociedad actual: un riesgo para las garantías penales”. Gaceta jurídica (Santiago, Chile).--no.294 (2004),p. 7-15.

28. Ferri, Enrico “Sociología criminal”. Nueva Biblioteca Universal, Sección Jurídica. Tomo Segundo. Madrid, centro editorial de Góngora. Versión española por Antonio Soto y Hernández. En línea: <http://es.scribd.com/doc/38568816/SOCIOLOGIA-CRIMINAL-Tomo-II-Enrico-Ferri> [Consulta: 27 de marzo, 2014]

29. Fernández Sanchez, Catalina e Suárez Eytel, Ignacio. Memoria de prueba. Facultad de Derecho Universidad de Chile. “Análisis de la ejecución de la pena privativa de libertad”.
30. Fernández García, Julio; Pérez Cepeda, Ana; Sanz Mulas, Nieves; Zúñiga Rodríguez, Laura. Manual de Derecho Penitenciario. España. Editorial Colex, Universidad de Salamanca. 2001. 436 p.
31. Galain Palermo, Pablo. ¿La reparación del daño como tercer vía punitiva? Especial consideración a la posición de CLAUS ROXIN. En línea: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero3/galain.pdf>> [consulta: 29 agosto 2012].
32. Horvits Lennon, María Ines y Lopez Masle, Julián. “Derecho Procesal Chileno”. 1a. ed. (mayo de 2002) Datos publicación: Santiago de Chile : Jurídica de Chile, 2002.
33. Jiménez Allendes, María Angélica y Santos Alvins, Tamara. ¿Qué hacer con las alternativas a la prisión? *Nova criminis*,(1):157-240, Octubre 2010.
34. Jimenez, María Angélica. Las medidas alternativas: un camino inconcluso en América Latina. *Revista de ciencias penales*. Quinta época, 1990-1994. Tomo XLII, N°3.
35. Jimenez, María Angélica. Consideraciones criminológicas en torno al nuevo reglamento penitenciario. Revista de ciencias penales. Cuadernos de Análisis Jurídico N°24, Santiago, marzo 1993.
36. Jimenez A., María Angélica. Núcleos problemáticos de las medidas alternativas a la privación de libertad. (Referencia a países de América Latina). Cuadernos de Análisis Jurídico Nro. 30, Nov. 1994. Universidad Diego Portales. Santiago, Chile. Pags. 41-52.
37. Kindhäuser, Urs Konrad. Personalidad, culpabilidad y retribución de la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal. Revista derecho y humanidades, N° 16, vol 1, 2010. p. 46-48.

38. Kunsemuller Loebenfelder, Carlos. Apuntes de la cátedra de derecho. Santiago, 1998. Reincidencia en el Código Penal Chileno.
39. “La ciencia penal en el umbral del siglo xxi “. II Congreso Internacional de Derecho Penal. 1a. ed. Ius Poenale, 2001. 633 p.
40. “La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI” (coloquio internacional) : con motivo de la instauración del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) del 22 al 26 de enero de 1996. Datos publicación: [México] : INACIPE., [1998] Descripción física: 470 p.
41. Mañalich Raffo, Juan Pablo. Retribución como coacción punitiva. p. 49-67. Revista derecho y humanidades, N° 16, vol 1, 2010.
42. Mapelli Caffarena, Borja y Terradillos Basoco, Juan. “Las consecuencias jurídicas del delito”. 3a.ed. Madrid : Civitas, 1996. 259 p.
43. Material de lectura complementaria, Minimalismo, Expansionismo, y sociedad del Riesgo. Profesora Myrna Villegas Díaz. 2008. Colección apuntes Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
44. “Material para Capacitación de la Nueva Ley N° 18.216; Análisis de las modificaciones introducidas por la ley N° 20.603, elaborado por el Ministerio de Justicia, División de Reinserción Social, En línea: <http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2013/03/ejecucion13.pdf> [Consulta: 13 de abril, 2014]
45. Matus Acuña, Jean Pierre. Artículo: Sobre la reforma penal chilena, en particular, sobre el sistema de penas en el articulado propuesto por el foro penal al ministerio de justicia”. En “El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología”. 1a. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. 1208 p.

46.Matus Acuña, Jean Pierre. “Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo”. 1a. ed. Santiago de Chile. Jurídica de Chile, 2011. 371 p.

47.Matus Acuña, Jean Pierre. Medidas alternativas a las penas privativas de libertad en una futura reforma penal chilena [artículos de revistas]. 2003, Nov. Publicado en: Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia, n.4-5, 187-201. En Línea: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/ficha.asp?xId=4736> [Consulta: 15 de marzo, 2014]

48.Mendoza N., Patricia y Ramírez P. Mario. Modelo de Intervención diferenciada para la libertad vigilada del adulto. Revista de estudios criminológicos y penitenciarios. N°2, noviembre 2001. En Línea: <http://es.scribd.com/doc/7323128/REVISTACRIMINOLOGIACHILE3> [Consulta: 8 de abril, 2014]

49.“Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología”. Congreso Internacional sobre Modernas Tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología. 2000: Madrid, España. 1a. ed. octubre de 2001. Madrid : Universidad Nacional de Educación a Distancia, c2001. 673 p.

50.Muñoz Conde, Francisco. El nuevo derecho penal autoritario. . Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón / Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli Coordinadores. Datos publicación: Valencia : Tirant lo Blanch, 2004. Descripción física: 1133 p.

51.Navarro Cardoso, Fernando. Expulsión penal de extranjeros: Una simbiosis y Derecho Penal del enemigo, Revista de Derecho Penal y Criminología. 2º Época, N17 (2006), p 171.

En línea: [http://www.acaip.info/docu/extrnajeros/expulsion\\_penal\\_extranjero.pdf](http://www.acaip.info/docu/extrnajeros/expulsion_penal_extranjero.pdf) [Consulta: 28 de abril, 2014]

52. Octavio de Toledo, Emilio; Ubieto, Manuel Gurdíel; Sierra Cortés, Emilio Bechiarelli Coordinadores. "Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón". Valencia : Tirant lo Blanch, 2004. 1133 p.

53. Olvera y Aguilar, Rubén Martín. La expansión del derecho penal y el bien jurídico tutelado. En Derecho penal y política criminal : libro en homenaje a Álvaro Bunster. 1a. ed. Datos publicación: [México D.F.] : Editorial Ubijus 2010. Descripción física: 762 p.

54. Orellana Ramos, Edison Patricio. La primacía de la persecución penal: reflexiones sobre la prisión preventiva tras las modificaciones introducidas al Código Procesal Penal por la Ley 20.253 "(Agenda Corta Antidelincuencia)" en Revista derecho y humanidades, N°16, vol 1, 2010. P 99-112.

55. Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. La referencia político-criminal en el derecho penal contemporáneo (¿es el derecho penal la barrera infranqueable de la política criminal, o se orienta por ella?) . Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón / Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli Coordinadores. Datos publicación: Valencia : Tirant lo Blanch, 2004. Descripción física: 1133 p.

56. Portilla Contreras, Guillermo. La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico : la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos . Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón / Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli Coordinadores. Datos publicación: Valencia : Tirant lo Blanch, 2004. Descripción física: 1133 p.

57. Richter, Juan José. ¿Es la cárcel el castigo más acorde a nuestros tiempos? Revista derecho y humanidades, N°16, vol 1, 2010. P 279-291.

- 58.Salineró Echeverría, Sebastián. “¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un estudio criminológico longitudinal”. Revista Ius et Praxis, Año 18, N° 1, 2012, pp. 113 – 150. Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
- 59.Salineró, Sebastián. La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile. Política criminal, volumen 6, N°11, (julio 2011), En línea: [www.politicacriminal.cl/Vol\\_06/n\\_11/Vol6N11A4.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_11/Vol6N11A4.pdf) [Consulta: 5 de abril, 2014]
- 60.Sanz Mulas, Nieves. Alternativas a la pena privativa de libertad. (análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana). Editorial Colex. Año 2000.
- 61.Sepúlveda C., Eduardo. El ordenamiento jurídico penitenciario chileno; sus reformas más urgentes. EN "ESTADO DE DERECHO Y REFORMAS A LA JUSTICIA". HEIDELBERG CENTER PARA AMERICA LATINA Y CENTRO DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA, FACULTAD DE DERECHO, UNIVERSIDAD DE CHILE, 2004.
- 62.Soto, Rosa G. “Análisis de la experiencia de aplicación de penas alternativas”. En Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios. En línea: [http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista\\_unicrim\\_n10.pdf](http://html.gendarmeria.gob.cl/doc/reinsercion/revista_unicrim_n10.pdf) [Consulta: 2 de febrero, 2014]
- 63.Stippel, Jörg Alfred. “Las cárceles y la búsqueda de una política criminal para Chile : un estudio acerca del acceso a la justicia, la violación de derechos y el nuevo proceso penal”. 1a. ed., 2006. Santiago, Chile : LOM Eds., 2006. 303 p.
- 64.Valenzuela, Jonatan. “Análisis del objetivo de la reinserción social en la ejecución de las Medidas Alternativas a la reclusión contempladas en la Ley N° 18.216”. Seminario: Reinserción social y seguridad pública. Septiembre 2007.
- 65.Valenzuela Saldías, Jonatan. La imposición de la pena en el ámbito del derecho chileno y el concepto de derecho fundamental. Revista Derecho y Humanidades N° 14, 2008. Páginas 73-88.

66.Vivanco Tapia, Jaime y Dufraix Tapia, Roberto. Revista Jurídica Regional y Subregional Andina 9. Corpus Iuris Regionis. Iquique, Chile, 2009, pag 71-79

67.Zaffaroni, Eugenio. “Sistemas penales y derechos humanos en América Latina” Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Buenos Aires : Depalma, 1984-1986.