



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

PEDPV-1 Programa de Especialización en Derecho Penal - Valdivia desde el 2011

## **SUSTITUTOS PENALES Y LEY 20.603**

Nombre: PAULINA MARÍA ALEJANDRA DELGADO BARRIGA

RUT: 15.547.749-0

Profesor guía: JONATAN VALENZUELA

Noviembre de 2015

## RESUMEN

El presente trabajo pretende dar una solución al problema de las crisis de las penas privativas de libertad donde, por una parte, de acuerdo con la tendencia a la descriminalización y a la despenalización, se aboga por el establecimiento, ampliación y profundización de las penas sustitutivas, con el objeto de superar la solución simplista e ineficaz de la cárcel como única o preponderante respuesta del sistema penal al complejo fenómeno social de la delincuencia; y por la otra, se asiste al fenómeno de la “hiperinflación penal”, la que trae como consecuencia el aumento del recurso a las soluciones institucionalizadas de carácter segregativo (cárcel), en respuesta a las demandas por mayor seguridad ciudadana que tienen lugar a raíz del incremento de algunas formas de criminalidad.

Es así como en nuestro país se establece la ley 20.603 que modifica la ley 18.216 sobre penas sustitutivas a las penas privativas de libertad, ley que como analizaremos, más que solucionar el problema antes señalado, se transforma en una solución paradójica que acarrea respuestas diversas frente a instituciones jurídicas establecidas, como los recursos y los abonos a dichas penas sustitutivas, y lo confronta con el surgimiento de nuevas leyes, como la ley 20.770 y la 20.813 que más que ampliar el abanico de posibilidades sancionatorias diferentes a la cárcel, lo limita e incluso hace nula su aplicación, recurriendo exclusivamente a ésta como la única respuesta penal posible ante la comisión de un hecho ilícito.

Se propondrán, a la luz de esta paradoja, soluciones posibles para poder en definitiva, dar cumplimiento a los estándares internacionales respecto a la no utilización de la cárcel como única respuesta al delito

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	pág. 5
-------------------	--------

### Capítulo I: EL SURGIMIENTO DE LOS SUTITUTOS PENALES

1.1- Evolución histórica: la crisis de las penas privativas de libertad.....	pág. 7
1.2- Principios, características y fines de las penas y de los sustitutos penales.....	pág. 13
1.3- La crisis de las penas privativas de libertad en el derecho chileno.....	pág. 22

### Capítulo II: SUSTITUTOS PENALES EN LA LEY 20.603

2.1- Fundamentos que tuvo en vista el legislador para el establecimiento de esta ley.....	pág. 27
2.2- Naturaleza jurídica de las diversas penas sustitutivas.....	pág. 31
2.3- Problemas procesales derivados de dicha naturaleza: abonos y recursos.....	pág. 35
2.4- Criterios jurisprudenciales.....	pág. 40

### Capítulo III: HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE REALES ALTERNATIVAS FRENTE A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

3.1- Criterios político criminales imperantes. ¿Se condicen con la realidad?.....	pág. 46
3.2- Tratamiento del problema en derecho comparado.....	pág. 49
3.3- Solución propuesta por el autor a la luz de lo analizado.....	pág. 52

**CONCLUSIONES..... pág. 62**

**BIBLIOGRAFÍA ..... pág. 69**

**INTRODUCCIÓN**

El 27 de junio de 2012 fue publicada la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216, la que establecía medidas que indicaba como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. El gran avance prometido por el legislador con esta modificación, fue mejorar las posibilidades de reinserción social de los condenados a una pena privativa de libertad, otorgando reales “penas” que sustituyan a aquellas, pero que deban cumplirse en libertad bajo una estricta fiscalización de la autoridad administrativa<sup>1</sup>. Es así, como entonces se establece que una de las principales modificaciones introducidas en la ley en comento es aquella del artículo 1° que cambia la noción de medida alternativa por la de pena sustitutiva. Pero ¿Esta modificación cambia realmente la naturaleza jurídica de estas medidas o simplemente es una modificación simbólica? ¿Es suficiente el establecimiento de dichos sustitutos penales para lograr el objetivo de aplicación subsidiaria de las penas privativas de libertad?

En esta investigación se indagará respecto a estas interrogantes, analizando cuales fueron los fines que se tuvieron en vista para estructurar dichas modificaciones y si ellas responden o no a las corrientes doctrinales respecto al establecimiento de sustitutos penales a las penas privativas de libertad, utilizando a la misma bajo el prisma de los principios de necesidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

Se analizarán también las soluciones dadas por el legislador a los problemas procesales en el ámbito del derecho de ejecución de las penas sustitutivas, revisando lo relativo a la forma de recurrir ante una pena sustitutiva denegada, que se regula en esta ley, a mi juicio, en forma contraria a la denominación de “pena”; como lo relativo a los abonos de dichas penas sustitutivas, donde sí se condice dicho concepto.

En suma, la finalidad de esta investigación es brindar información útil sobre los fundamentos históricos que dieron origen a la corriente doctrinal de establecimiento de “sustitutos penales” a nivel mundial, para lo cual debemos volver a la antigua discusión respecto de los “fines de las penas”, individualizando los principios en que debe descansar toda pena sustitutiva. Y finalmente, analizar el establecimiento de dichos fines y principios en nuestra Ley 20.603, explicitando algunos aspectos procesales que caracterizan el establecimiento de este nuevo sistema de sustitutos penales, tales

---

<sup>1</sup> “Historia de la Ley 20.603”. Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de Ley tendiente a modificar la Ley 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, 31 de marzo de 2008.

como el tratamiento respecto de los recursos y los abonos, para lo cual realizaré un breve análisis de lo que ha sostenido la jurisprudencia respecto a estos puntos. Por último, a raíz de este análisis crítico, efectuaré una propuesta respecto al tratamiento de los sustitutos penales en nuestra legislación, basándome para ello en las soluciones que existen en derecho comparado.

## **CAPÍTULO 1: EL SURGIMIENTO DE LOS SUTITUTOS PENALES**

### **1.1.- Evolución histórica: la crisis de las penas privativas de libertad.**

Una vez superada la aplicación de las penas corporales por la comisión de hechos constitutivos de delitos, las penas privativas de libertad son las llamadas a cubrir su vacío, estableciéndose como pena principal en todo el mundo, como el instrumento imprescindible y de primer orden en la lucha contra la criminalidad sobretodo media y

grave. La cárcel así, se convierte en la alternativa más importante a la muerte o a las torturas<sup>2</sup>.

Pero una vez que las penas privativas de libertad comienzan también a considerarse “cruels”, muy cercano al siglo XXI, comienza a hablarse de la llamada “crisis de las penas privativas de libertad”<sup>3</sup>, las que en un comienzo se justificaron porque uno de sus objetivos consistía en “curar” al delincuente, resocializándolo; pero con el transcurso del tiempo surgieron innumerables problemas en torno a ella, a saber por ejemplo, la pérdida de dignidad de las personas sometidas a ésta, su empeoramiento en prisión, la crisis de la reinserción social post carcelaria, entre otros<sup>4</sup>.

En cuanto a la pérdida de la dignidad de las personas sometidas a las penas privativas de libertad, esto suele darse no solo por la superpoblación que suele afectar a las diversas cárceles del país, sino que además por el trato recibido tanto por las autoridades, la sociedad y sus propios pares.

Respecto al empeoramiento de las personas al estar privadas de libertad, es común la frase que señala que “los delincuentes salen de la cárcel peor de lo que entraron”, lo cual puede generarse, por una parte, por un aprendizaje delictivo al entrar la persona en contacto con otros internos con mayor experiencia en el delito; y por otra, por el etiquetamiento que se hace por parte de la sociedad a la persona, quien lo clasifica como “delincuente”, confiriéndole entonces dicha personalidad<sup>5</sup>.

Sobre la crisis de la reinserción post carcelaria, es conocido que para un sujeto que cumplió privado de libertad una pena por un delito le es difícil reinsertarse en sociedad,

---

<sup>2</sup> SANZ Muías, Nieves. Penas alternativas a la prisión, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica,(año 15 n° 21): p. 27, 2003.

<sup>3</sup> Esta crisis es evidente desde un punto de vista doctrinal y científico, sin embargo coexiste con algunas corrientes sociales que propugnan justamente lo contrario, es decir, el endurecimiento de las penas privativas de libertad, las cuales son frecuentemente apoyadas por los líderes políticos del momento.

<sup>4</sup> DEYM, José. Crisis de la pena privativa de libertad: análisis de las críticas al sistema carcelario y de alternativas de respuesta al delito en la sociedad argentina actual. Tesis (doctoral en psicología social). Argentina, Universidad Argentina John F. Kennedy, 2011. p.47.

<sup>5</sup> Sin embargo, si bien la prisión no resuelve el problema y, por el contrario, lo aumenta, no se puede demostrar a priori lo contrario, esto es, si la prisión implica aumentar la delincuencia, no utilizarla la disminuirá. Véase ibíd., p. 49.

principalmente porque ésta suele no darle nada por cumplido y discriminarlo a perpetuidad, impidiendo con distintas trabas -ya sea administrativas, judiciales, etc<sup>6</sup>- que pueda encontrar un trabajo digno e insertarse en la sociedad como cualquier otro individuo.

La pena privativa de libertad ya no aparece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persiguen y que al mismo tiempo la han justificado. Como se ha señalado, se convierte en la más grave y significativa de las penas a nivel mundial y por ello es objeto de diversas discusiones doctrinales y legislativas, precisamente por la incidencia que ella tiene en uno de los derechos fundamentales más preciados, la libertad; y por otra parte, por la ineficacia que esta tiene en aras de alcanzar el objetivo resocializador que está llamada a perseguir<sup>7</sup>. Las penas largas son criticadas porque tienen efectos demasiado perniciosos y conducen a la destrucción de la personalidad del sujeto; y las penas cortas se critican porque, al estar limitado el tiempo de aplicación a un plazo demasiado breve, es muy difícil realizar un trabajo

---

<sup>6</sup> Una de las grandes “trabas” que existe actualmente en nuestro ordenamiento jurídico, es la inclusión de los antecedentes penales de los condenados en un registro de “antecedentes”, aunque esto se vio morigerado con la dictación de la ley 20.603 al establecer en su artículo 38: “La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria. El tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto.

Para los efectos previstos en el inciso precedente no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito.

El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1° de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación.

Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.”

<sup>7</sup> Tal como lo señala la Convención Interamericana de derechos Humanos en su art. 5.6 en el cual señala “*Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptabilidad social de los condenados*”. Lo mismo se establece en el artículo 10.3 del Pacto de derechos civiles y políticos, el que señala: “*El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptabilidad social de los penados...*”

encaminado a la reinserción y, por su parte, es muy fácil para el sujeto el “contagio criminógeno”, aumentando la reincidencia<sup>8 9</sup>.

Otro aspecto relevante a analizar dentro de los factores que contribuyeron a la crisis de las penas privativas de libertad, tiene que ver con que a las víctimas, sobretudo de delitos menores, dejó de importarles la respuesta carcelaria que ofrece el sistema penal, sino que más bien, existe una tendencia a preferir otras respuestas frente a la comisión de un delito que importe una afectación menor a cierta clase de bienes jurídicos, como por ejemplo podría constituir un delito de daños a la propiedad, donde las víctimas prefieren ser reparadas con una cantidad de dinero equivalente al daño causado antes de que la persona vaya a la cárcel, sin recibir reparación alguna a los dichos daños<sup>10</sup>.

Por otro lado, la falta de interés social por el problema de las cárceles, falta de interés que no se limita al ámbito del ciudadano común, sino que se extiende a quienes tienen a cargo la conducción del estado<sup>11</sup>. En tal sentido, es patente la falta de interés de los estados en tener leyes de ejecución y cumplir las mismas, además de los compromisos internacionales en materia de sistemas penitenciarios<sup>12</sup>, convirtiéndose, tanto el derecho penal como el derecho internacional en este ámbito, en una especie

---

<sup>8</sup> En el caso de las penas cortas de privación de libertad, la investigación criminológica moderna pone en evidencia sus efectos nocivos, como por ejemplo, interrupción o pérdida del trabajo, separación de la familia, descrédito y rechazo social por el paso por la cárcel, junto con mayores índices de reincidencia en comparación a penas de cárcel de mayor extensión. Véase en *Material para capacitación nueva Ley 18.216: análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.603*. Ministerio de Justicia, gobierno de Chile. División de reinserción social. Agosto 2012, p. 7.

<sup>9</sup> VIVES Antón, Cobo del Rosal. *Derecho Penal, parte general*. 4° Edición. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1991, p. 755.

<sup>10</sup> Algo así ocurre en nuestro país con los acuerdos reparatorios, establecidos en el Código Procesal Penal como salidas alternativas a juicio. Sin embargo, ellos se encuentran limitados a lo que el legislador llama “interés público prevalente” término que ha sido interpretado por el ente persecutor de manera amplia, relativo a los antecedentes penales anteriores que pueda tener o no el sujeto que cometió el delito, lo cual limita innecesariamente esta posibilidad de poner término a la causa sin imponer una pena privativa de libertad para el imputado, muchas veces en perjuicio de los intereses de las propias víctimas, limitación a la cual no le encontramos un sentido político criminal coherente con las tendencias actuales.

<sup>11</sup> CESANO, José Miguel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. *Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie*, año XXXVI, (108): 866, septiembre-diciembre de 2003.

<sup>12</sup> Específicamente, en el caso de nuestro país, no contamos con un sistema de leyes penitenciarias que regulen los aspectos esenciales para una persona que se encuentra sometida a una pena privativa de libertad, sino que solo ciertos aspectos se encuentran regulados en reglamentos diversos.

de derecho simbólico, promulgado para dar la apariencia de que al estado le preocupa la situación jurídica y social de las personas privadas de libertad.

Por último, surge la crítica a la llamada “ideología del tratamiento” por considerarla como un mero conductismo, una manipulación de la personalidad del interno, una negación de sus derechos y libertades fundamentales, en donde el sistema normativo de los estados asume una postura propia de una moral autoritaria y no la de un ordenamiento jurídico democrático. Así, el profesor Francisco Muñoz Conde nos señala que el tratamiento es un derecho que tiene el afectado por él, pero no una obligación que pueda ser impuesta coactivamente. “El deber de someterse a un tratamiento implica una especie de manipulación de la persona, tanto más cuando este tratamiento afecte a su conciencia y a su escala de valores”. Agrega además que “el derecho a no ser tratado” es parte integrante del “derecho a ser diferente” que en toda sociedad pluralista y democrática debe existir, por lo que debe considerarse que el tratamiento sin la cooperación voluntaria del interno deberá considerarse simple manipulación, cuando no imposición coactiva de valores y actitudes por medio de sistemas más o menos violentos. “El tratamiento impuesto obligatoriamente supone, por tanto, una lesión de derechos fundamentales reconocidos en otros ámbitos”<sup>13</sup>.

Toda esta situación resulta paradójica, ya que por un lado se reconoce la grave crisis que envuelve a las penas privativas de libertad y la falta de sentido de querer llevar a cabo con ella la “reinserción”, y por otro, se señala que dicha pena es necesaria para ciertos delitos o ciertos “delincuentes”, al ser considerada actualmente por la sociedad como la única forma de control estatal.

A raíz de éstos y otros problemas que surgieron por la imposición de las penas privativas de libertad, sobretudo por la imposición de las penas privativas de libertad cortas o inferiores a un año, es que comienzan a elaborarse diversas respuestas a dichos problemas.

Como respuesta y teniendo presente la tendencia doctrinal de buscar una sanción que no atente contra las posibilidades futuras de reinserción de un sujeto y que a la vez

---

<sup>13</sup> MUÑOZ Conde, Francisco. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. Política criminal y reforma del derecho penal, varios autores. Bogotá, Editorial Temis, 1982. p. 148.

sea considerada por la sociedad como un verdadero castigo frente a un hecho contrario a los bienes jurídico sociales más importantes, es que surge la corriente de la “despenalización”, entendida no solo como la renuncia de la sociedad a castigar ciertos hechos de poca relevancia social, sino que además esta tendencia pretende desnaturalizar la sanción penal a través de propuestas alternativas<sup>14</sup>, con lo cual la pena privativa de libertad deja de ser la protagonista a la hora de enfrentarnos a una sanción por un hecho delictivo y cobran protagonismo aquellas penas que sin privar de libertad al sujeto, ni separarlo de sus redes sociales más importantes, como familia, trabajo o educación, son suficientes para cumplir con los fines de prevención general e incluso con la finalidad de protección a las víctimas, tan buscada por el legislador contemporáneo, pero teniendo como objetivo fundamental los fines de prevención especial positiva sobre el sujeto condenado a dichas penas, intentando evitar la estigmatización por la comisión de un delito, la reinserción y la rehabilitación social, con el objetivo final de evitar la reincidencia.

Esta desnaturalización de la sanción penal a través de propuestas alternativas a las penas privativas de libertad, se manifestó, básicamente, de dos formas: Primero, con la intensificación del uso de sanciones ya consagradas en los códigos penales de los diferentes países, sea a través del incremento de su incorporación en los tipos de la parte especial, sea estableciendo cláusulas de preferencia respecto de esas sanciones y en desmedro de la utilización de las penas privativas de libertad, como ocurrió por ejemplo, con la pena de multa. Y segundo, con la creación de nuevas formas de sanción, las cuales se caracterizaban por afectar bienes jurídicos diversos a la privación de libertad ambulatoria, o bien, aun cuando limitaran esa libertad, no lo hacían con la misma intensidad que caracteriza a las penas privativas de libertad. Así por ejemplo, surge en Inglaterra la pena denominada “community service” o como la conocemos en nuestro país, prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la cual no afecta directamente la libertad ambulatoria del condenado, sino que priva de tiempo libre al mismo<sup>15</sup>. Otro ejemplo, esta vez de una forma penal que si afecta en cierta forma la libertad ambulatoria, pero no lo hace con la rigurosidad de la pena privativa de libertad, es la pena de arresto parcial, introducida en nuestra ley 18.216 a

---

<sup>14</sup> SANZ Muías, Nieves. Op. Cit. 2: p.29.

<sup>15</sup> CESANO, José Miguel. Op. Cit 11: p 870.

través de la ley 20.603. Sobre esta última, el profesor Enrique Gimbernat señala que se trata de una sanción que “aun siendo una pena corta privativa de libertad, es perfectamente sostenible también desde un punto de vista de prevención especial, pues el arresto de fin de semana no obliga al delincuente ni a abandonar su familia ni a dejar su trabajo”<sup>16</sup>

Así entonces, surge la actual tendencia hacia una reducción progresiva del uso de la cárcel, como principal tarea de un derecho penal mínimo que contribuya a disminuir la violencia en la sociedad sin contribuir por su lado a más violencias. La búsqueda de estas alternativas a las penas privativas de libertad se enmarca por tanto, no ya en el seno de la crisis de estas penas, sino del derecho penal mismo, cuya legitimidad intrínseca es cuestionada. La pena más que disuadir, convencer o aterrorizar, lo que hace es hacer patente el fracaso y la ausencia de reales soluciones. Es por esto entonces que la pena privativa de libertad debe ser la última respuesta a imponer al autor de un hecho delictivo, creando así cada estado un catálogo de alternativas, con el fin de evitar tanto la cárcel como las consecuencias negativas que ésta lleva consigo. Se persigue la paulatina minimización de las penas privativas de libertad para dar paso a las nuevas penas: las alternativas a la prisión, sea que actúen como penas principales o bien como meros sustitutivos de la cárcel<sup>17</sup>.

## **1.2.- Principios, características y fines de las penas y de los sustitutos penales.**

Para poder comprender el objeto al cual estamos haciendo referencia, debemos analizar brevemente ciertos aspectos de las penas que son relevantes a la hora de enfrentarnos con la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad por una pena sustitutiva o medida alternativa.

Así, el profesor Enrique Cury da una definición de lo que se entiende por pena, señalando que “es un mal que consiste en la disminución o privación de ciertos bienes jurídicos, el cual se impone a quien comete culpablemente un injusto de aquellos a que la ley amenaza expresamente con ella, para fortalecer el respeto por los bienes

---

<sup>16</sup> GIMBERNAT Ordeig, Enrique. *El sistema de penas en el futuro código penal. Política criminal y reforma del derecho penal, varios autores*. Bogotá, Editorial Temis, 1982. p. 338.

<sup>17</sup> SANZ Muías, Nieves. Op. Cit. 2: pp. 28-30.

jurídicos, evitar hasta donde sea posible, la proliferación de tales hechos y asegurar así las condiciones elementales de convivencia, todo ello dentro de los límites que determina la dignidad humana del afectado”<sup>18</sup>.

De este concepto podemos desprender varias características y principios, pero enfocándonos específicamente en aquellos aplicables en materia de ejecución penal, podemos destacar los siguientes:

- Principio de legalidad en la ejecución penal: consiste en que las sanciones penales imponibles, así como las condiciones de ejecución de las mismas vengan determinadas por una norma jurídica que tenga el rango de ley;
- Principio de subsidiariedad o de intervención mínima: Este principio hace que el Estado utilice el derecho penal solo y excepcionalmente cuando los demás recursos que posee para preservar el orden social no han sido suficientes y la sanción penal se presenta como un medio para esa preservación. Por otra parte, la subsidiariedad también funciona entre las propias sanciones penales, de modo que no se puede recurrir a las graves si son suficientes otras menos severas.

Con respecto a las penas sustitutivas, este principio señala que solo se debe acudir a la ejecución de la pena de prisión que se haya impuesto en la sentencia cuando no exista otro medio jurídico que con un nivel de injerencia menor en el contexto de vida del sancionado permita obtener la protección a las víctimas, la reintegración comunitaria del penado y que responda adecuadamente a la significación antijurídica del hecho cometido;

- Principio de jurisdiccionalidad: Consiste en que las sanciones penales sean impuestas por un órgano judicial, a quien corresponderá también el control de su ejecución.
- Principio de proporcionalidad: Impone una correlación entre la gravedad de la infracción penal, la culpabilidad del infractor y la entidad de la consecuencia

---

<sup>18</sup> CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, parte general*, 2ª Edición, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile, 2005, p. 83.

jurídica prevista para la misma. La fijación de la pena tomará en cuenta por lo menos tres aspectos: la magnitud de la lesión del bien jurídico protegido, la intensidad del reproche de la conducta a su autor y la nocividad social del comportamiento;

- Principio de lesividad (protección de los bienes jurídicos): Señala que solo pueden ser punibles las conductas que lesionan o ponen en peligro intereses jurídicos socialmente valiosos. La pena se presenta como el instrumento que tiene el estado para amparar intereses jurídicos trascendentes como la vida, la salud, la libertad, el patrimonio, etc.
- Principio de humanidad: El artículo 1º de la Constitución Política de la República al señalar que los seres humanos nacen iguales en dignidad, hace imperativo que su protección se dirija a “todos”, de modo que favorezca también a las personas que hayan cometido algún delito.

La pena que en sí es un mal impuesto a quien la sufre, debe ser lo menos degradante, ya que su objetivo es corregir, no destruir una personalidad. De ahí la tendencia a humanizar las sanciones, suprimiendo, o por lo menos, restringiendo al extremo la pena capital, abrogando castigos corporales como las mutilaciones o los azotes y ampliando las medidas alternativas de las penas privativas o restrictivas de libertad.

Tal como señalamos en el punto anterior, la tendencia en las legislaciones modernas es eliminar el empleo de las penas privativas de libertad en sus extremos, las de corta duración y las perpetuas.

Este principio se vincula con el de proporcionalidad, porque la reacción social debe ser proporcionada a la intensidad de la lesión del bien afectado: a menor daño menor castigo y viceversa;

- Principio de culpabilidad: Este principio indica que es necesario que el hecho lesivo sea atribuible objetivamente a su autor, pero además se requiere que ese hecho se le pueda reprochar, y ello es factible cuando cumple con un mínimo de condiciones que permiten responsabilizarlo de su acto. Para

responsabilizarlo, el sujeto requiere tener madurez suficiente para comprender la actividad que realiza y determinarse conforme a esa comprensión (imputabilidad); tiene que tener también conciencia de lo injusto de su conducta, y finalmente haber obrado con un mínimo de libertad;

- Principio de resocialización: Las penas por su propia naturaleza constituyen un castigo, lo que hace aconsejable que en su aplicación se eviten los efectos concomitantes que les son inherentes: el aislamiento social del condenado y la separación de su ambiente familiar y laboral. De modo que en la ejecución de la pena tiene que impedirse que el sentenciado pierda contacto con la comunidad, en especial con la que le es más próxima: su familia, su trabajo, sus amistades. Es por eso que debemos entender el concepto de resocialización como forma de reintegrar a su medio al condenado, o sea en sentido positivo, sin interrumpir su particular manera de participar en la comunidad.

El carácter segregador de las penas privativas de libertad evidencia la conveniencia de emplear “medidas alternativas”, cuya aplicación debería generalizarse, de modo que las sanciones que afectan a la libertad en el hecho pasaran a constituir un sistema subsidiario, que como último y extremo recurso punitivo, se usaran única y excepcionalmente cuando se presentan como inevitables.

Por otro lado, para determinar la finalidad de la pena, el profesor Alfredo Etcheberry se pregunta “¿Para qué el legislador señala penas y luego hace que el juez las imponga? La respuesta a esta pregunta se divide entre aquellas que ponen el acento en el carácter retributivo de la pena, es decir, en la vinculación de la pena con el delito ya cometido, y las que hacen resaltar el carácter preventivo de la pena, su vinculación con los posibles hechos delictivos futuros. Dentro del enfoque preventivo, algunos insisten en la prevención general, o sea en evitar la comisión de delitos por parte de los miembros de la sociedad, y otros en la prevención especial, esto es, en la necesidad de evitar que se cometan nuevos delitos por parte de quien ya ha delinquido”<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Tercera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. p. 31.

De acuerdo a estos puntos de vista, las teorías sobre los fines de las penas se pueden clasificar de la siguiente forma:

1. Teorías fundadas en la retribución.

Estas teorías consideran a la pena como un fin en sí misma y no como un instrumento para otro fin. A la pena se le asigna una finalidad de retribución exigida por la justicia, donde el mal no debe quedar sin castigo.

Se distingue dentro de estas teorías:

- a) La retribución divina: La violación de la ley humana es también violación de la ley divina; la aplicación de la pena es una exigencia de justicia absoluta, independientemente de cualquiera otra finalidad, y cumple una misión de expiación temporal y espiritual a la vez.
- b) La retribución moral: el principio de la retribución del mal con el mal sería un principio de justicia inherente a la naturaleza humana, como el de la retribución del bien con el bien. La pena debe aplicarse por la simple razón de que se ha delinquido, y ello es una exigencia del imperativo categórico del deber.
- c) La retribución jurídica: el que comete un delito quiere también la pena señalada por la ley como consecuencia del delito (o al menos la acepta). El delito es una alteración del orden jurídico, que exige la pena como restablecimiento del orden.

Las críticas que se generaron a estas teorías tienen su origen tanto en el principio filosófico que subyace en ellas, como en el carácter retributivo que se le asigna a la pena, pero además, al recordar los principios limitadores del ius puniendi en un Estado democrático, se puede criticar que al asignarle este único fin a las penas, ella pierde una de sus características: la de su necesidad como medio de luchar en contra del delito; si la pena es una simple retribución al mal causado

por aquél, no se ve cómo podría omitirse en aquellas hipótesis donde es claramente innecesaria su imposición para mantener la paz social y, de otro lado, margina la posibilidad de alejar al delincuente del delito, dado que se le puede ofrecer una alternativa de vida donde no contravenga el derecho, finalidad que es inherente a la sanción conforme a los principios de resocialización y humanidad ya señalados<sup>20</sup>.

## 2. Teorías que atienden a la prevención.

Estas teorías no ven la pena como un medio de concretar la justicia absoluta, como las teorías retributivas, sino que la pena es considerada como un medio para el cumplimiento de ciertos intereses sociales, evitando en el futuro la comisión de actos delictivos, ya sea reeducando al delincuente y reinsertándolo, ya sea disuadiendo a aquellos que no han delinquido para que no incurran en comportamientos contrarios a derecho.

Se distinguen dos grupos:

- a) Teorías de prevención general: Uno de los representantes de esta tendencia es Feuerbach. Atribuyen a la pena la función de evitar que en el futuro se cometan delitos por parte de todos los ciudadanos, en general. La prevención debe buscarse mediante la intimidación, es decir inhibiendo la tendencia a delinquir. El peligro de la prevención general es crear la tendencia a exacerbar el rigor de las penas con el objeto de atemorizar más efectivamente a las personas y sin considerar la efectiva lesión sufrida por el bien jurídico afectado, ni la culpabilidad del sujeto que cometió el delito. Así, tal como señala el profesor Garrido Montt, "Este último -el delincuente- se convierte en un simple objeto usado para impresionar psicológicamente a sus semejantes, lo que es atentatorio a su dignidad, cuyo respeto es imperativo en todo Estado democrático"<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I. Primera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001. pp. 72-73.

<sup>21</sup> *Ibíd.* pp. 74-75.

Por otra parte, tampoco se ha podido demostrar empíricamente que el “efecto intimidatorio de las penas “, tenga algún efecto respecto al pensamiento y actuar de las personas que cometen delitos. Históricamente se sabe que ni aún existiendo sanciones gravísimas en el pasado los delitos han dejado de cometerse.

- b) Teorías de la prevención especial: Esta tendencia surgió en el derecho penal con la idea de su humanización. Sostienen que la finalidad de la pena es evitar la comisión de nuevos delitos por parte del que ya ha delinquido<sup>22</sup>. Esto se logra mediante su reducción y readaptación, y si ello no es posible, mediante su eliminación.

El objetivo de la pena según la prevención especial no es retribuir, sino evitar que el sujeto que ha cometido un delito reincida.

Las críticas más importantes a esta corriente vienen desde la perspectiva de los derechos fundamentales, ya que reeducar o resocializar a una persona que ha cometido un delito y ha sido sancionado por ello, importa su manipulación para transformarlo, invadiendo la esfera de su personalidad, atentando contra su particular forma de ser, aunque sea con fines loables. Es por ello que la doctrina actual exige que toda medida en ese sentido cuente con la voluntad del condenado<sup>23</sup>.

- 3. Teoría de la defensa social: La sociedad tiene derecho a defenderse. La sociedad debe defenderse de sus miembros que se comportan en forma antisocial, tanto de los malos como de los imprudentes, e incluso de los inconscientes: locos, menores, etc.
- 4. Teorías mixtas o unitarias: Estas teorías reconocen en la pena más de un fin, cumpliendo tanto con fines retributivos como con fines de prevención, tanto

---

<sup>22</sup> Beccaria afirmaba que la función principal de la pena era evitar que el delincuente volviera a cometer delitos, pero fue Von Liszt quien, recogiendo los aportes de la política criminal, sostuvo que la pena estaba destinada a educar al sujeto que había cometido un delito para evitar que volviera a delinquir. Véase en *Ibíd.* p. 75.

<sup>23</sup> *Ibíd.* p. 76.

general como especial, unificando ambas visiones en el entendido de que la pena, mirada desde una perspectiva totalizadora, es retributiva y al mismo tiempo preventiva. Se señala por esta doctrina que el estado tiene una función fundamental: mantener la paz social y facilitar la convivencia pacífica; para lograrlo es necesario que haga respetar la normativa que dicta para proteger los intereses jurídicos calificados como valiosos por la sociedad, a través de la imposición, a quienes los transgredan, de una sanción penal. Así las cosas, la pena es una necesidad, no existiendo otro recurso, por el momento, para suplirla. La pena, más que retribución o prevención, es un recurso de política criminal, cuyos parámetros serán determinados por los objetivos de esa política. Es el caso de Aristóteles, para quien la pena tiene un fin preventivo general (el temor puede determinar el comportamiento de los ciudadanos), y la ejecución misma de la pena debe sujetarse a un criterio retributivo, proporcionado a la naturaleza y gravedad del mal.

Igualmente para Santo Tomás de Aquino la pena tiene una naturaleza retributiva, de devolver igual por igual, en razón de justicia, pero también una finalidad preventiva: mantener por medio del temor, alejados del delito a los ciudadanos.

Carrara consideraba que el fin de la pena era el “restablecimiento del orden externo de la sociedad”; se trataría de reparar el daño moral provocado por el delito con la pena, la que lleva implícitos los resultados de corrección para el sentenciado y de prevención para los inclinados al delito<sup>24</sup>.

Etcheberry señala que “la finalidad primaria y esencial del derecho penal es la prevención general. Si la orden de la norma tiene un carácter imperativo, y ella prohíbe determinadas conductas, parece hasta tautológico afirmar que ella desea que no se produzcan. Luego la pena, que es la consecuencia jurídica de la transgresión, ha sido establecida para reforzar el mandato de la norma, para evitar en general que se cometan delitos”<sup>25</sup>.

Cury, por otro lado señala que “la pena tiene por finalidad primordial la prevención general (positiva) mediante la amenaza de que quien infrinja

---

<sup>24</sup> Carrara Francesco: *Programa de derecho penal*, Tomo II, párrafos 615 y 619.

<sup>25</sup> ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo. Op. Cit., 19: p 34.

determinados mandatos o prohibiciones del derecho, lesionando o poniendo en peligro un bien jurídico, sufrirá un mal que no podrá exceder del injusto culpable en que incurrió y cuya ejecución debe procurar, en la medida de lo posible, evitar perturbaciones accesorias de su desarrollo personal y su capacidad de reinserción en la convivencia pacífica”<sup>26</sup>.

Por mi parte, comparto la doctrina de que la pena no debe cumplir solo con un fin, sino que esta tiene una diversidad de objetivos, pero cada uno de ellos se concreta en momentos distintos<sup>27</sup>. En la ley, al establecerla el legislador, cumple una función preventivo general porque advierte a la sociedad sobre la prohibición del comportamiento que describe; en el momento de la imposición de la pena a un sujeto determinado se realiza la función retributiva, ocasión en que se tomará en cuenta su culpabilidad, pues los fines perseguidos por la prevención general no pueden exceder al grado de culpabilidad del condenado. Por último, está el estadio de ejecución de la pena, donde se realizan los objetivos de prevención especial, dirigidos a evitar que vuelva a delinquir, reinsertándolo socialmente en el ámbito familiar, laboral y participativo<sup>28</sup>. Es en este momento entonces, donde surge la necesidad de preguntarnos si una pena privativa de libertad va a cumplir con los efectos esperados en su etapa de ejecución o bien, para cumplir de mejor forma los fines de prevención especial es necesario reemplazar la pena privativa de libertad por una pena sustitutiva que el sentenciado pueda cumplir en libertad. Así también se refrenda en lo establecido en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, donde se señala que en la etapa de ejecución de las penas debe estarse principalmente a los fines de prevención especial positiva, tal como lo señala la Convención Interamericana de derechos Humanos en su art. 5.6 que dispone que “Las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptabilidad social de los condenados”. Lo mismo se establece en el artículo 10.3 del Pacto de derechos civiles y políticos, el que señala: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptabilidad social de los penados...”. Tenemos entonces que en la etapa de ejecución de las penas

---

<sup>26</sup> CURY Urzúa, Enrique. Op. Cit., 18: p 76.

<sup>27</sup> Cfr. ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Trad Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, Reus, 1976, p. 12.

<sup>28</sup> GARRIDO Montt, Mario. Op. Cit., 20: p. 78.

privativas de libertad el Estado debe tomar en cuenta dichos objetivos y así establecer mecanismos para prescindir de ellas, por fines superiores, cuando su aplicación sea contraria a evitar la reincidencia, readaptar o resocializar a los penados, como pasa por ejemplo con las penas cortas privativas de libertad. Pero además, creo que los fines de prevención especial deben estar presentes en la primera etapa descrita, es decir, en la etapa de establecimiento legislativo de sanciones ante la vulneración de un bien jurídico protegido por la sociedad, donde deben desde ya establecerse penas no privativas de libertad o sustitutos penales, para el caso de cometer un delito que atente contra un bien jurídico de menor importancia –dentro del catálogo de bienes jurídicos importantes- o un ataque menos intenso a bienes jurídicos relevantes, por las mismas razones expresadas anteriormente, es decir, porque en estos casos el aplicar una pena privativa de libertad a un sujeto no tiene incidencia positiva en el mismo, aumenta la posibilidad de comisión futura de delitos, con escasas posibilidades de éxito a la hora de reinsertarlo socialmente.

### **1.3.- La crisis de las penas privativas de libertad en el derecho chileno.**

Al igual que lo señalado a propósito de la crisis de las penas privativas de libertad a nivel mundial, en nuestro país también ha existido la misma preocupación respecto a la utilización subsidiaria de las penas privativas de libertad a lo largo de la historia. Ello se viene a materializar en Chile desde la dictación de la Ley 7.821 de 29 de agosto de 1944, sobre suspensión de la ejecución de la sanción impuesta en la sentencia condenatoria, la cual fue modificada por la Ley 17.642 de 4 de mayo de 1972, que vino a corregir algunos vicios que se evidenciaban en la práctica judicial chilena<sup>29</sup>. En la misma línea entonces, el 14 de mayo de 1983 fue promulgada la Ley 18.216, la cual vino a establecer medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y por último, el 27 de junio de 2012 la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216. Estas leyes buscan lo mismo que hemos señalado en los acápites anteriores, esto es, reemplazar las penas privativas o restrictivas de libertad, reservándolas solo para aquellos casos en que esta sea indispensable, acogiendo lo que señala la doctrina nacional y el derecho comparado, en cuanto a las penas privativas de libertad y sus

---

<sup>29</sup> MARÍN González, Juan Carlos. *Algunos aspectos procesales de la Ley 18.216*. Revista de Estudios de la Justicia (Nº 10): 63-103, año 2008.

finés, los cuales son contrarios a una sociedad que se dice respetuosa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Previo a la dictación de la Ley 7.821 de 29 de agosto de 1944, no existían sustitutos a las penas privativas de libertad, por lo que todas aquellas que se imponían debían cumplirse de manera efectiva en la cárcel, con todos los problemas que trae aparejados, señalados anteriormente. Sin embargo, existieron antecedentes que sirvieron de base para lo que posteriormente conocimos como “remisión condicional de la pena”, en el artículo 603 del Código de Procedimiento Penal, donde se permitía a los jueces, en caso de penas de faltas, suspender hasta por tres años la aplicación de dichas penas<sup>30</sup>. Otro antecedente donde podemos encontrar la voluntad del legislador, ya previo a la dictación de la Ley 7.821, de suspender ciertas condenas consideradas “menores”, la encontramos en la Ley 6.827 de 14 de febrero de 1941, sobre organización y atribuciones de los Juzgados de Policía Local, donde se autorizaba al juez a suspender la condena por un plazo de hasta tres meses, si existía mérito para condenar a un infractor que no haya sido sancionado con anterioridad<sup>31</sup>. Pero fuera de estos casos, es decir, fuera de las faltas penales y las infracciones de tránsito, no existía una manera de poder evitar que una persona fuera a la cárcel por la comisión de un hecho ilícito – crimen o simple delito- por mucho que no pareciera recomendable la aplicación de la misma para el sujeto o para la sociedad, por todos los problemas derivados de la aplicación de las penas privativas de libertad explicados anteriormente, lo que llevó a los autores y posteriormente a los legisladores chilenos de la época a buscar formas de “sustituir” las penas privativas de libertad por otras “medidas” que permitieran a la persona poder cumplir dicha pena en libertad, siempre y cuando se cumplieran los requisitos que la hacían procedente.

Fue entonces como surgieron las leyes señaladas anteriormente, cuyo objetivo era suspender el cumplimiento de una condena, de manera condicional y por un tiempo

---

<sup>30</sup> “Si resultare mérito para condenar por faltas a un reo contra quien nunca se hubiere pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero, si aparecen antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por tres años, declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al reo para que se enmiende». Agregaba en el inciso segundo que: «Si dentro de ese plazo, éste reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y la correspondiente a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue culpable».

<sup>31</sup> Así lo disponía el art. 24 inciso primero de la citada ley.

determinado, a través del cumplimiento de una medida alternativa, que no era una pena propiamente tal, sino una medida alternativa a la pena, distinta a la privación de libertad. Si el condenado cumplía con las condiciones impuestas durante el tiempo que se determinó en la sentencia, entonces la pena privativa de libertad se entendía cumplida; pero si este no cumplía con las condiciones o cometía nuevo delito durante el cumplimiento de la condena, cesaba la suspensión de ésta, por lo que el sujeto debía cumplir íntegramente la pena privativa de libertad impuesta<sup>32</sup>.

A raíz de que se comenzó a evidenciar que en la práctica se mantenían los problemas por los cuales se decidió implementar esta remisión condicional de la pena, se buscó ampliar este catálogo de medidas alternativas, cuestión que se materializó en mayor medida con la dictación de la ley 18.216 el año 1983. Esta ley establecía tres medidas alternativas a las penas privativas de libertad, siempre que no sobrepasen cinco años de duración: la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada. De estas alternativas, la remisión condicional y la libertad vigilada suspenden el cumplimiento de la pena, y la reclusión nocturna constituye una forma de cumplirla<sup>33</sup>.

La ley definía la remisión condicional de la pena como "...la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo"<sup>34</sup>. Según señala el profesor Mario Garrido Montt, esta medida no importa una manera de cumplir la sanción, con la salvedad de que una vez que ha transcurrido el término legal de observación y que se han satisfecho las demás condiciones impuestas por el legislador, la misma se pasa a tener por cumplida. La remisión suspende ese cumplimiento en tanto el condenado se sujeta a las

---

<sup>32</sup> Este fue uno de los problemas que el legislador tuvo en consideración a la hora de cambiar la nomenclatura de "beneficios" a "penas" en la redacción del artículo 1° de la Ley 20.603, como analizaremos más adelante. Incluso, ya en el año 2001, el profesor Garrido Montt señalaba "Lo sensible es que si no se cumple con las obligaciones a que queda sometido, puede revocarse el beneficio, y en tal evento le corresponde cumplir la condena, sin que el período de observación se considere para ese efecto. Sería prudente que la ley en alguna forma tomara en cuenta ese período y disminuyera –por lo menos en parte- la duración de la sanción, puesto que durante ese tiempo sufrió restricciones que afectan a la libertad que es inherente a toda persona", Vid. en GARRIDO Montt, Mario. Op. Cit 20: p. 341.

<sup>33</sup> GARRIDO Montt, Mario. Op.cit, 20: p. 340.

<sup>34</sup> Artículo 3 de la Ley 18.216 en su antigua redacción.

obligaciones que se le fijan durante el tiempo de observación a que queda sometido. El objetivo de la remisión es que no se cumpla la pena privativa o restrictiva de libertad, reemplazándola por medidas tutelares del comportamiento del sujeto durante el período de observación<sup>35</sup>.

Por su parte, 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 permanentes de un delegado”<sup>36</sup>. De esta forma, la pena privativa o restrictiva de libertad queda suspendida, dejando al condenado en libertad, pero “a prueba”, debiendo quedar sometido a la vigilancia y control de un delegado de gendarmería. En este caso, al igual que en la remisión condicional, al no ser una forma de ejecutar una pena, en caso de revocación de la misma cesaba la suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad y se aplicaba íntegramente ésta, sin considerar el tiempo en que el condenado cumplió efectivamente la medida alternativa señalada.

Por último, la reclusión nocturna “consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 06 horas del día siguiente”<sup>37</sup>. En este caso, a diferencia de los anteriores, esta medida no es una suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad, sino una modalidad de su cumplimiento, por lo que esto incide en que el tiempo en que el sentenciado ha estado sometido a reclusión nocturna se abona al cumplimiento de la pena, si es que este es quebrantado y revocado, debiendo cumplirse únicamente el saldo de la pena inicialmente impuesta<sup>38</sup>.

Estas medidas alternativas no constituían penas diferentes a la de prisión, que puedan imponerse de manera principal y única – como sucede por ejemplo con la pena de multa- sino que estamos aludiendo a las medidas relativas a la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de libertad, que no constituyen penas

---

<sup>35</sup> GARRIDO Montt, Mario. Op. Cit., 20: 340-341.

<sup>36</sup> Ibíd. pp. 344-345.

<sup>37</sup> Artículo 7 de la Ley 18.216, sin las modificaciones introducidas por la Ley 20.603.

<sup>38</sup> GARRIDO Montt, Mario. Op. Cit., 20: p. 349.

autónomas diferentes a la prisión y cuyo incumplimiento acarrea necesariamente la imposición de la pena privativa de libertad primitivamente impuesta<sup>39</sup>.

Es por ello que, pese a tratarse de un gran avance en lo que a sustitutos penales se refiere, este catálogo de medidas tampoco terminó con los graves problemas que implicaba la imposición de las penas privativas o restrictivas de libertad. En efecto, si bien con la ley 18.216 se manifiesta una tendencia a renovar el sistema sancionatorio tradicional, con la moderación del régimen penitenciario y la posibilidad cierta de eludir la privación de libertad, ésta, no obstante, continuó siendo la sanción penal por excelencia<sup>40</sup>, subsistiendo entonces los problemas analizados al comienzo de este capítulo y que llevó al legislador a buscar una solución más eficaz al problema específico de la reincidencia, el hacinamiento carcelario y la falta de funcionalidad resocializadora de las penas privativas de libertad, la cual subsistía pese a verse suavizada con la aplicación de la Ley 18.216 por las limitaciones que imponía ésta, como analizaremos en el capítulo siguiente. **CAPÍTULO 2: SUSTITUTOS PENALES EN LA LEY 20.603**

### **2.1- Fundamentos que tuvo en vista el legislador para el establecimiento de esta ley.**

Tal como planteamos en el capítulo anterior, en Chile, a raíz de la insuficiencia de la Ley 18.216 para resolver los problemas que lleva consigo la imposición de una pena privativa de libertad y que llevaron a la crisis de ésta a nivel mundial, se comenzaron a buscar soluciones o modificaciones a dicha ley con el objeto de poder acercarnos un poco más a lo que la doctrina comparada entiende como “sustitutos penales”, es decir, penas diferentes a las penas privativas de libertad que puedan ser aplicadas en vez de éstas ante la comisión de un hecho constitutivo de delito, cumpliendo sus mismos fines, específicamente, con los fines de prevención especial positiva, los cuales no

---

<sup>39</sup> MATUS, Jean Piere. *Medidas alternativas a las penas alternativas a las penas privativas de libertad en una futura reforma penal chilena*. Boletín Jurídico del Ministerio de justicia. Ministerio de Justicia. (Año 2, n° 4-5), Noviembre, 2003. p. 191.

<sup>40</sup> HORVITZ, María Inés. *Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley 18.216)* en Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, Cuadernos de Análisis jurídico N° 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1992. p. 132.

estaban siendo cumplidos por las penas privativas de libertad como analizamos anteriormente.

Es así, como el 31 de marzo del año 2008, se envía un mensaje de la Presidenta de la República al Presidente de la Cámara de Diputados, con el que se inicia un proyecto de Ley tendiente a modificar la Ley 18.216 ampliando el catálogo de medidas alternativas existentes hasta el momento, pero conservando dicha denominación y naturaleza. El objetivo principal de este proyecto era reforzar el rol que jugaban las medidas alternativas a la prisión en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial y al mismo tiempo ser un arma efectiva en el control del delito. De esta forma, por un lado, al otorgar un más amplio catálogo de medidas alternativas a la prisión, se cumple con la tendencia de derecho comparado de ser una efectiva oportunidad para el tipo de delincuencia menor, cumpliendo los objetivos de prevención especial que deben cumplir las penas y evitando la profesionalización de la delincuencia; y por otro, al inyectar mayor 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>41</sup>.

Posteriormente, con fecha 18 de agosto de 2010, la Honorable Cámara de Diputados formula indicaciones a la indicación sustitutiva del proyecto de ley tendiente a modificar la ley 18.216, señalando principalmente que con este proyecto de ley se busca robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo en un mecanismo de sanción que opere de manera eficaz y efectiva en el control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y dar protección a las víctimas. Esto porque el legislador se dio cuenta que la cárcel no debe ser la única respuesta. En efecto, se señala por el legislador que, tal como se indicó anteriormente, la mayoría de los países desarrollados han generado respuestas alternativas a la prisión, las que en la medida que operen satisfactoriamente, son percibidas por la comunidad como reales alternativas de castigo. Al respecto es

---

<sup>41</sup> Mensaje de S.E. El Presidente de la Republica N° 66-356. Fecha 31 de marzo, 2008. Cuenta en Sesión 21. Legislatura 356. Historia de la Ley 20.603. pp. 5-17.

necesario recordar que Chile cuenta con uno de los índices de encarcelamiento más altos de América Latina, con 51.906 personas reclusas y con una tasa de 303 personas presas por cada 100.000 habitantes. Esta situación contrasta fuertemente con la que se observa en Colombia, Argentina, o incluso en Inglaterra y España, países que exhiben tasas que bordean las 150 personas por cada 100.000 habitantes. Por eso, señalan “Es necesario orientar nuestros esfuerzos en el encarcelamiento de aquellos sujetos que han sido contumaces y persistentes en desafiar el orden social y jurídico, otorgando a su vez un castigo enérgico, pero resocializador, a aquellos sujetos que se están iniciando en el delito. Lo anterior tiene como objeto adicional el hacer un uso eficiente y focalizado de los recursos, y llevar a cabo un cumplimiento de penas inteligente”<sup>42</sup>.

Se busca entonces, evitar el uso de la prisión a los delincuentes “primerizos” o a aquellos que cometan delitos que tengan entregadas penas cortas de privación de libertad, con el objeto de evitar la reincidencia delictual. Esto por la constatación de una situación de hecho, relativa a un estudio sobre la reincidencia en el sistema penitenciario chileno. Dicho estudio reveló que de la población condenada a un sistema cerrado, un 50,5% reincide en general, mientras que de la población condenada en un sistema abierto solo un 27,7% vuelve a reincidir, distinguiéndose también la reincidencia en relación al tipo de medida alternativa que cumpla, es decir, aquellos condenados que cumplen con libertad vigilada reinciden en un 19,5%, aquellos que cumplen con remisión condicional en un 23,1% y por último, aquellos que cumplen con sistema semi cerrado – reclusión nocturna- reinciden en un 43,7%<sup>43</sup>, lo que nos demuestra también que incluso dentro del mismo sistema abierto existe una mayor reincidencia en aquellos sujetos que cumplen una medida alternativa que consiste en una privación parcial de libertad, en un Centro cerrado de Gendarmería de Chile, por lo que, mientras más alejado esté el sujeto de la privación de libertad en condiciones de contagio criminógeno, menor es la reincidencia detectada, razón por la cual se estimó

---

<sup>42</sup> Indicación sustitutiva de la H. Cámara de Diputados N° 151-358. Fecha 18 de agosto de 2010. Historia de la Ley 20.603. pp. 18-41.

<sup>43</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. *Material para capacitación: Nueva ley 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.603*. Ministerio de Justicia, División de reinserción social, Gobierno de Chile. Agosto, 2012. p. 17.

pertinente además, reemplazar la reclusión nocturna por el arresto parcial, preeminentemente domiciliario<sup>44</sup>.

Pero además y principalmente, el legislador estableció como argumento importante a la hora del establecimiento de la ley 20.603 que modifica la ley 18.216, el establecimiento de un **sistema de penas sustitutivas** a las penas restrictivas o privativas de libertad, para lo cual recogiendo las corrientes doctrinarias tanto comparadas como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas”. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, 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 ser incumplida<sup>45</sup>. Como vemos, el objetivo del legislador en este punto lejos de dar la real importancia que tiene pasar de una “medida” a una verdadera “pena”, es meramente simbólico, para evitar la sensación de impunidad de la sociedad en el sentido de que no se entienda que a una persona se le está otorgando un beneficio, sino que lo que se le está imponiendo es una pena, solo que ésta debe ser cumplida en libertad, cuestión que no refleja la importancia real del tema y que por lo demás, hizo surgir discusiones doctrinarias importantes durante la tramitación de la ley, relativas a la real naturaleza de este “cambio simbólico”, llegando a decisiones, a mi juicio, contradictorias en ciertos aspectos, como señalaremos más adelante.

Posteriormente y con el gran incendio que afectó la cárcel de San Miguel, el 8 de diciembre de 2010, se hizo más patente aún el grave problema del hacinamiento carcelario, poniéndose en la palestra casos de personas condenadas y privadas de libertad por delitos que tienen asignadas penas cortas o de baja relevancia social. Fue así como el 21 de marzo de 2011, el Presidente de la República envía una nueva indicación al proyecto de ley que modifica la ley 18.216, señalando la necesidad de establecer políticas eficaces en materia de seguridad ciudadana, lo que impone que el Estado centre sus esfuerzos no solo en soluciones de prevención general, sino también en el uso eficiente y racional de su potestad punitiva. De esta forma – señala la indicación- las políticas de seguridad deben considerar fines preventivos especiales

---

<sup>44</sup> Op. Cit 42: p. 22.

<sup>45</sup> Ibid. p. 21.

que permitan aplicar la pena de forma diferenciada, ponderando adecuadamente la necesidad de la sanción que en cada caso se impone. Así, la indicación amplió el alcance de las medidas alternativas a la privación de libertad, en el entendido que en cuanto tales medidas funcionen de manera efectiva y eficaz, hacen posible que la cárcel no sea considerada como la única respuesta posible al delito.

En consecuencia, se contempla una opción a la pena privativa de libertad en aquellos casos en que ésta no aparezca como necesaria porque su aplicación, dada su corta duración, aparece como disfuncional al objetivo de rehabilitación y reinserción que el sistema punitivo debe considerar. Desde esa perspectiva, la idea matriz de la presente indicación se hace cargo del cuestionamiento que durante las últimas décadas se ha ido asentando respecto de la inconveniencia y carencia de razonabilidad de las penas privativas de libertad inferiores a 1 año. En estos casos, el contagio criminógeno que sufre el condenado se ve agravado por las actuales condiciones de hacinamiento de los centros de reclusión. Adicionalmente, el desarraigo y el nulo efecto de prevención especial positiva que tienen estas condenas, impiden cumplir con los fines del sistema penal, pues en razón de la corta duración de las mismas, los condenados no pueden acceder a tratamientos que favorezcan su reinserción social<sup>46</sup>.

Fue así como entonces, además de fortalecer el sistema de penas alternativas según la tendencia doctrinaria nacional y comparada de la aplicación restringida de las penas privativas de libertad y de evitar la reincidencia, reservando las penas privativas de libertad solo para aquellos sujetos contagiados criminógenamente, se estableció otro fundamento de la modificación legal, cual es la evitación de las condenas privativas de libertad cortas o inferiores a un año, estableciendo para ello la pena sustitutiva de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, pena sustitutiva que solo puede beneficiar a los reincidentes que ya han agotado previamente todas las demás penas sustitutivas del catálogo de penas, lo que demuestra entonces un cambio en el enfoque que se dio al comienzo del establecimiento de esta ley, es decir, que aquella solo estaba reservada para aquellos “primerizos”, para dar paso a la falta de

---

<sup>46</sup> Indicación de S.E. el Presidente de la República al Proyecto de Ley tendiente a modificar la Ley 18.216 N° 009-359. Fecha 21 de marzo de 2011. Cuenta en Sesión 07. Legislatura 359. Historia de la Ley 20.603. pp. 42-47.

necesidad en la aplicación de una pena privativa de libertad corta a un reincidente, ya que ella no surtirá efectos en relación a los fines preventivo especiales<sup>47</sup>.

## **2.2- Naturaleza jurídica de las diversas penas sustitutivas.**

Este es el punto que quizás, ofrece mayor controversia dentro de la ley 20.603, en relación con el problema planteado a lo largo de esta investigación. Y es que la discusión respecto a la naturaleza jurídica de las penas sustitutivas no es baladí, ya que dependiendo de cómo entendamos éstas van a poder resolverse los problemas y consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación, como por ejemplo lo señalado respecto a los abonos, recursos y duración de estas penas sustitutivas. Además, a raíz de lo que entendió el legislador al momento de establecer en esta ley las penas sustitutivas, respecto a su naturaleza jurídica, podemos saber si realmente nuestras penas sustitutivas cumplen con lo que a nivel doctrinal nacional y comparado, se entiende por sustitutos penales, es decir, si realmente son sustitutos penales las penas sustitutivas establecidas en la ley 20.603 o son meros beneficios elevados a la categoría de penas, con el objeto de dar más peso a éstos, es decir, con un fin meramente simbólico, tal como se explicó en el punto anterior.

Así, es el mismo material de capacitación del Ministerio de Justicia sobre la Ley 18.216 el que señala que al hablar de penas sustitutivas no hablamos de 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<sup>48</sup>. Por tanto, al entenderse dichas penas como “penas sustitutas” necesariamente debe existir una pena principal, privativa o restrictiva de libertad, susceptible de ser sustituida.

En este sentido, al hablar de naturaleza jurídica se señala que estas penas sustitutivas toman la metodología de “probation” o vigilancia judicial que puede implicar el cumplimiento de ciertas condiciones como el ingreso a un programa de rehabilitación de adicciones o la asistencia a programas para aumentar las habilidades cognitivas,

---

<sup>47</sup> Todo ello, como ya se señaló, motivado por lo ocurrido en el incendio de la cárcel de San Miguel, donde por el hacinamiento carcelario mueren varios condenados a penas cortas privativas de libertad y de baja relevancia social, pero que no podían optar a las medidas alternativas de la Ley 18.216 debido a su amplio prontuario penal, siendo reincidentes contumaces en dichos delitos.

<sup>48</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit. 43: p. 24.

emocionales, sociales y conductuales que sean requeridas, así como la presentación periódica a una oficina judicial o administrativa, el recibir supervisión sobre el estilo de vida o el desenvolvimiento en libertad y la utilización de dispositivos o medios electrónicos para su control y vigilancia<sup>49</sup>.

Esto, porque tal como se señaló en el punto anterior, el objetivo del cambio de denominación de “beneficio” a “pena sustitutiva” tiene que ver más que con un cambio en la naturaleza de las penas o medidas, a la percepción del sistema como un “perdonazo”, dotándolo de mayor rigurosidad o credibilidad ante la sociedad, posicionando al sistema como una alternativa legítima de respuesta penal frente a la comisión de delitos<sup>50</sup>.

Asimismo, durante la discusión parlamentaria se llegó a la conclusión de que la naturaleza jurídica que efectivamente tienen las penas sustitutivas establecidas en la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216, más allá de la intención que con su cambio de denominación haya tenido el legislador, se distingue entre las distintas penas, toda vez que se señala que sólo la reclusión parcial y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad “aparecen como verdaderas penas sustitutivas”<sup>51</sup> en las que se sustituye por completo la pena privativa de libertad; en tanto que otras penas sustitutivas, tales como la remisión condicional y la libertad vigilada, corresponderían más bien a mecanismos de suspensión condicional de la pena, como hasta ahora se ha entendido por parte de la doctrina<sup>52</sup>.

Esta conclusión a mi juicio es errada y lleva a importantes contradicciones en cuanto a los efectos de la aplicación de dichas “penas sustitutivas”, toda vez que a la luz de lo analizado en el capítulo I de este trabajo, el objetivo por el cual se establecieron por parte de la doctrina y luego se recogió por parte del legislador

---

<sup>49</sup> *Ibíd.* p. 24.

<sup>50</sup> *Op. Cit* 42: p. 21.

<sup>51</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. *Op. Cit.* 43: p. 24. Que a su vez hace referencia a lo señalado por MATUS, Jean Pierre. *Op. Cit.* 39: pp. 187-201. Con esta afirmación, a mi juicio, se está reconociendo implícitamente que las penas sustitutivas “verdaderas” son aquellas que sustituyen completamente a las penas privativas de libertad y que, por tanto, la denominación que da el legislador en su art. 1° a estos sustitutos penales es parcialmente errada.

<sup>52</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. *Op. Cit.* 43: pp. 24-25.

comparado, los sustitutos penales, fue derivado de la crisis de las penas privativas de libertad, por lo cual se entendió que no era necesario y además, contraproducente, aplicarlas en atención a los fines de dichas penas. Es por esta razón que se establecieron estos sustitutos con el objeto específico de reemplazar íntegramente las penas privativas de libertad en aquellos casos en que es posible reemplazarla, por ejemplo en las penas cortas privativas de libertad, dando lugar a la aplicación de dichos sustitutos en reemplazo de aquellas, con sus mismos efectos, o derechamente como penas principales establecidas en la parte especial de los distintos códigos penales<sup>53</sup>. Este no es el sentido que le dio finalmente el legislador a las “penas sustitutivas” establecidas en la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216, perdiendo una buena oportunidad de avanzar en cuanto a lo que a sustitutos penales se refiere y limitándose a establecer solo que su cambio de denominación obedece a un efecto “simbólico” de dar rigurosidad al sistema de medidas alternativas establecidas antes de la modificación de la Ley 20.603.

Pero también al debate se incorporó opiniones de expertos que van en el sentido de la crítica de esta autora. Es así como el profesor Bofill, para quien el cambio de denominación de medidas alternativas a penas sustitutivas “es del todo correcta y no debe ser considerada como un mera modificación terminológica sin implicancias en lo conceptual, sino que, por el contrario, debe ser llevada hasta sus últimas consecuencias, de modo tal de considerar a todos los institutos de la ley referida como penas sustitutivas y no a algunas de ellas como “suspensión de la condena” (.....) a este respecto cabe señalar que no se sostiene que la naturaleza de las medidas alternativas a la pena sea la de “penas sustitutivas” porque tal sea el nombre que se utiliza en la indicación. Al contrario, se celebra tal fórmula lingüística por dar cuenta cabal del contenido conceptual del objeto de la referencia. Tal contenido no es otro que el de consecuencias jurídicas negativas que implican afectación de derechos fundamentales, impuestas por una sentencia penal condenatoria.

---

<sup>53</sup> Esto fue rechazado por el legislador nacional, estableciendo que es necesario considerar que la inclusión en el Código Penal de las penas sustitutivas en los respectivos tipos penales, 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 de mejorar el sistema de cumplimiento de penas en libertad, y que deberá ser abordado cuando se estudie una modificación integral al código punitivo.

Si es que se quiere introducir la institución de la suspensión de la condena, lo recomendable sería extender la aplicación de la disposición consagrada en el artículo 398 del Código Procesal Penal, que es la única institución del ordenamiento jurídico definible como suspensión de la pena. Tal institución no reporta para el condenado consecuencia negativa alguna y, por ello, es una verdadera suspensión de la pena.”<sup>54</sup>

Y tan dispares resultaron las opiniones en el sentido de si el cambio de denominación iba a importar o no un reconocimiento de la incorporación de “verdaderas penas sustitutivas” que, como hemos adelantado, se llegó a consecuencias procesales contradictorias, las cuales serán analizadas más detalladamente en el punto siguiente, pero que se pueden reflejar en dos normas específicas: esto es la del artículo 37 de la Ley 20.603, relativa a recursos y la del artículo 26 de la misma ley, relativa a los abonos de dichas penas sustitutivas en caso de revocación de las mismas<sup>55</sup>.

### **2.3- Problemas procesales derivados de dicha naturaleza: abonos y recursos.**

Tal como hemos señalado en los puntos anteriores, la poca claridad y las distintas opiniones del legislador – y de la comisión de expertos- a la hora de determinar si el cambio del artículo 1° de la Ley 20.603 que modificó la Ley 18.216, transformó realmente la naturaleza de las antiguas medidas alternativas convirtiéndolas en “verdaderas penas sustitutivas” o si éstas siguen siendo medidas alternativas con una denominación distinta por un efecto simbólico de las mismas, provocó que se tomaran decisiones contradictorias respecto a ciertas instituciones procesales establecidas en dicha ley. Específicamente analizaremos lo resuelto por el

---

<sup>54</sup> BOFILL, Jorge. Informe en Derecho Sobre constitucionalidad y/o legalidad de la ampliación de la pena en hipótesis de incumplimiento de acuerdo a las indicaciones de la ley 18.216, encargado por el Ministerio de Justicia, 2011.

<sup>55</sup> En este punto y, tal como se ha planteado en el resto del trabajo, cabe hacer presente que esta investigación solo se referirá a estos dos problemas específicos por ser a juicio de esta autora, aquellos en que el problema de la poca claridad en cuanto a la naturaleza jurídica de las penas sustitutivas, se hace más latente, sin perjuicio de que existen evidentes problemas y contradicciones en dicha ley derivados de lo mismo, esto es, de que no está claro si el legislador entiende que efectivamente son “penas sustitutivas” o bien se entiende que son medidas alternativas con un cambio de denominación por un efecto simbólico de dichas penas. Algunos de ellos son la indeterminación de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad –contraria a los principios de las penas en general- y la duración mínima de un año establecida para la remisión condicional, aún cuando la pena “principal” sea inferior a un año.

legislador a la hora de zanjar su decisión respecto a los abonos de dichas penas sustitutivas en caso de revocación de las mismas y lo resuelto por el legislador al momento de tomar su decisión respecto de los recursos que se pueden interponer ante la concesión, denegación o revocación de estas penas sustitutivas, que a mi juicio, resuelven de manera diversa dichos problemas en atención a lo que se entiende por ellas: los abonos se resuelven entendiéndolas como “verdaderas penas sustitutivas” y los recursos se resuelven entendiéndolas como “medidas alternativas”.

Respecto a lo que se resolvió por el legislador frente al problema del abono del tiempo de cumplimiento de las penas sustitutivas frente a la revocación de las mismas, el artículo 26 de dicha ley establece que la decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 de la misma Ley<sup>56</sup>, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas. Esto significa que, a diferencia de lo que se establecía en la Ley 18.216 antigua, donde la única medida alternativa que admitía abono era la reclusión nocturna ya que era la única que se entendía producía efectos de una “verdadera pena sustitutiva”, esta ley cambió dicho efecto en concordancia con el cambio de denominación de las mismas en el artículo 1°, entendiéndose entonces que todas las penas sustitutivas establecidas en dicha ley permiten un abono proporcional de las mismas en caso de revocación, dejando entre ver que estamos en presencia de “verdaderas penas sustitutivas”, es decir, aquellas que reemplazan íntegramente y con todos sus efectos a la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

Sin embargo, la razón del legislador para entender que las “penas sustitutivas” se abonan en caso de revocación de las mismas fue distinta, ya que se señaló que si bien el proyecto original que aprobó la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional mantenía la estructura de la antigua ley 18.216, en el sentido de considerar el abono sólo para la reclusión parcial, por razones de justicia material se consideró que lo mejor era considerar un abono proporcional para todos los casos de

---

<sup>56</sup> Artículo 27 de la Ley 20.603: “Las penas sustitutivas reguladas en esta ley siempre se considerarán quebrantadas por el solo ministerio de la ley y darán lugar a su revocación, si durante su cumplimiento el condenado cometiere nuevo crimen o simple delito y fuere condenado por sentencia firme.”

revocación, aún cuando esto no pudiese ser enteramente consecuente acerca de no considerar realmente como una pena a las penas sustitutivas. Así por ejemplo, se consideró el caso de una persona que condenada a libertad vigilada intensiva por cinco años, luego de cuatro de cumplimiento se veía enfrentada a una revocación. El efecto era que, teniendo que cumplir los cinco años de la pena originalmente impuesta, en total iba a estar sometida a nueve años de control penal, lo que resultaba excesivo y desproporcionado. Por ello, sin perjuicio de la discusión acerca de la naturaleza de estas medidas, se optó por considerar el abono proporcional en caso de revocación para todas las penas<sup>57</sup>. Esto demuestra, tal como lo hemos sostenido en este trabajo, que este efecto “esperanzador” para entender que nuestras penas sustitutivas son realmente “penas”, no es tal, sino que simplemente, para el legislador, estamos en presencia de medidas alternativas denominadas penas por un efecto simbólico y que permiten su abono ante la revocación por razones de justicia material, por tanto, no estamos a la altura de la legislación comparada frente a la materia. Por tanto, si bien el abono de las penas sustitutivas ante su revocación se condice con la noción de pena que le da el legislador a las mismas, pudiendo pensarse que estamos ante verdaderas penas, el fundamento que el legislador tuvo para darle este efecto procesal a la revocación de las penas sustitutivas es totalmente contrario a lo que se pudiera esperar y a su vez, acorde a la antigua noción de medida alternativa establecida en la ley 18.216 antigua, mejorado por razones de justicia material y proporcionalidad, pero no porque estas penas sustitutivas sean consideradas efectivamente “penas” por el legislador. En este sentido, estamos de acuerdo con el abono de las penas sustitutivas ante la revocación de las mismas, pero no por el fundamento dado por el legislador, sino porque creemos que la correcta naturaleza que debe darse a las estas penas, sobretodo si el legislador ha decidido llamarlas de esa forma cambiando la denominación anterior, es la naturaleza de verdaderos sustitutos penales, que reemplacen a la pena privativa de libertad en todos sus efectos y, por tanto, si esta pena se revoca por incumplimiento debe entenderse que lo que se cumplió mediante ésta es efectivamente la pena principal sustituida y en consecuencia, se descuenta del cumplimiento de la pena principal.

---

<sup>57</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit. 43: p. 145.

Ahora, respecto a lo resuelto por el legislador a la hora de zanjar su decisión ante los recursos que se pueden interponer ante la concesión, denegación o revocación de estas penas sustitutivas, la ley 20.603 en su artículo 37 dispone en su inciso primero y segundo: “La decisión acerca de la concesión, denegación, revocación, sustitución, reemplazo, reducción, intensificación y término anticipado de las penas sustitutivas que establece esta ley y la referida a la interrupción de la pena privativa de libertad a que alude el artículo 33, será apelable para ante el tribunal de alzada respectivo, de acuerdo a las reglas generales.

Sin perjuicio de lo anterior, cuando la decisión que conceda o deniegue una pena sustitutiva esté contenida formalmente en la sentencia definitiva, el recurso de apelación contra dicha decisión deberá interponerse dentro de los cinco días siguientes a su notificación o, si se impugnare además la sentencia definitiva por la vía del recurso de nulidad, se interpondrá conjuntamente con éste, en carácter de subsidiario y para el caso en que el fallo del o de los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo relativa a la concesión o denegación de la pena sustitutiva.”

Así, entonces, el legislador ha establecido una diferencia entre la resolución respecto a aspectos de fondo y la resolución respecto a la pena sustitutiva, que en opinión del legislador, no es parte de la sentencia definitiva en sí, sino que puede encontrarse formalmente contenida en ella o no. Esto no es acorde a entender que el artículo 1° de esta ley al hablar de pena sustitutiva se refiere a una “verdadera pena sustitutiva”, ya que de otra forma se entendería que la decisión que concede o deniega esta pena sustitutiva es parte integrante de la sentencia, ya que la determinación de la pena es fundamental en una sentencia definitiva condenatoria.

Nuevamente, no estamos de acuerdo en la decisión tomada por el legislador frente a este punto, tal como lo señaló también el profesor Bofill en el Segundo Informe de Comisión de Constitución durante la discusión del proyecto de ley 20.603 que modifica la ley 18.216, donde indicó que este problema se plantea porque en el sistema procesal penal antiguo la Corte Suprema consideraba que la resolución sobre las medidas alternativas era una decisión accesoria de la sentencia y que, por tanto, su contenido no era un objeto posible del recurso de casación en el fondo, aunque ella constara en el mismo acto que la decisión de condena, que era casable. Expreso también que lo anterior fue trasladado de manera un tanto automática a la tramitación

del recurso de nulidad en el nuevo sistema procesal penal. Señaló además que el proyecto en discusión cambia el carácter de estas sanciones, que de medidas alternativas o beneficios pasan a ser penas propiamente tales, que, aunque se imponen en sustitución de otras, expresan la potestad punitiva del Estado. Como consecuencia de lo anterior, dedujo que la resolución sobre las penas sustitutivas ya no puede ser considerada un asunto accesorio, sino que se transforma en parte del contenido principal del acto jurisdiccional de condena.

En razón de ello, manifestó que la propuesta podría estimarse de algún modo como un retroceso, porque cristalizaría en la ley el carácter accesorio y subsidiario del pronunciamiento sobre la aplicación de la pena sustitutiva<sup>58</sup>.

Compartimos la opinión del profesor Bofil, en el sentido de que al cambiar la nomenclatura por el legislador de medidas alternativas a penas sustitutivas, la resolución sobre estas ya no es algo accesorio, sino algo principal dentro de la condena, por tanto, no nos parece correcto separar la decisión del juez sobre la pena que va a imponer, de la pena sustitutiva que aplicará o si la aplicará o no. Esto sin duda significa un retroceso de lo que en definitiva se quería lograr al modificar la ley 18.216 y un contrasentido con lo que establece su propio artículo 1°. Sin embargo, esto sí es coherente con lo que señalábamos anteriormente respecto a cómo entendió realmente el legislador la naturaleza jurídica de las penas sustitutivas, en el sentido de entender que solo la reclusión parcial y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad serían verdaderas penas sustitutivas que reemplazan íntegramente la pena privativa de libertad, en tanto que las demás penas sustitutivas sólo serían formas de suspensión condicional de la condena<sup>59</sup>, modificando el término medidas alternativas por penas sustitutivas sólo con un afán simbólico, cuestión con la cual no estamos de acuerdo según lo explicábamos.

Estas contradicciones se discutieron y explicaron en base a distintos puntos de vista en el proceso de aprobación de la ley 20.603, concluyendo también el legislador que

---

<sup>58</sup> Segundo Informe De La Comisión De Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo tramite constitucional, que modifica la ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad. BOLETÍN N° 5.838-07, de fecha 24 de enero de 2012. Historia de la Ley. p. 722.

<sup>59</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA. Op. Cit. 43: pp. 24-25.

no sería un tema zanjado en el Congreso, y que más allá de la justificación de cambiar la terminología de estas medidas con la finalidad de dotar de mayor credibilidad al sistema, lo cierto es que sería la doctrina y la jurisprudencia quienes deban desarrollar este tema con mayor profundidad.

#### **2.4- Criterios jurisprudenciales**

Sobre este punto, existió controversia en el pasado en cuanto a lo relativo al recurso que procedía en caso de denegación u otorgamiento de una medida alternativa, cuando esta estaba contenida en una sentencia definitiva dictada por un Tribunal Oral en Lo Penal o derivada de un procedimiento simplificado efectivo, dictada por un Juez de Garantía<sup>60</sup>, toda vez que al tratarse expresamente de una medida alternativa que suspendía el cumplimiento de la pena principal, se entendió por parte de la Excelentísima Corte Suprema que no formaba parte de la sentencia condenatoria, sino que era un tema accesorio que debía resolverse aparte y ante el cual no existía recurso específico determinado por la ley.

A esta situación se arribó, en primer término debido a una estricta interpretación que, al menos desde fines de los años sesenta, desarrolló la Corte Suprema al declarar inadmisibles los recursos de casación en la forma y en el fondo, existentes bajo el anterior sistema de enjuiciamiento criminal en Chile, con los cuales se impugnaba la sentencia condenatoria de segunda instancia que no había concedido -o había concedido erróneamente- alguna de las medidas alternativas previstas, primero, en la ley 7.821, y más tarde, en la ley 18.216. Esta interpretación fue reiterada, sin mayor cuestionamiento, a propósito del recurso de nulidad bajo el actual sistema procesal penal. El segundo elemento decisivo para arribar a esta paradójica situación fue una

---

<sup>60</sup> El problema que surgía antes de la dictación de la Ley 20.603 que modificó la Ley 18.216, es que cuando la medida alternativa era denegada o impuesta en una sentencia definitiva condenatoria dictada por un Tribunal Oral en lo Penal (juicio oral ordinario) o por un Juez de Garantía (juicio oral efectivo), para la parte afectada con la denegación o la imposición de la misma, solo quedaba la interposición de un recurso de nulidad, los cuales muchas veces fueron rechazados por las Cortes del país en atención a que se entendía que se trataba de una medida alternativa y que, por tanto, no es parte integrante de la sentencia, por lo que esta parte no puede ser objeto de recurso de nulidad, dejando a la parte afectada sin la posibilidad de presentar recurso alguno por este concepto, tan importante dentro de la determinación de la pena de un individuo. Vid. MARÍN González, Juan Carlos. Op. Cit. 29.

serie de reformas legislativas que eliminaron, sucesivamente, los otros dos recursos a los que habitualmente se acudía para impugnar la sentencia condenatoria, de primera o segunda instancia, que debía pronunciarse sobre la aplicación de alguna medida alternativa a la privación de la libertad: el recurso apelación, primero, y el de queja, posteriormente<sup>61</sup>.

Hoy en día el problema de la procedencia de un recurso en estas situaciones parece estar zanjado expresamente en el art. 37 de la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216<sup>62</sup>, ya que el legislador estableció expresamente que ante cualquier discordancia de derecho frente a la concesión o no de una pena sustitutiva se debe recurrir al recurso de apelación, según lo establece el mencionado artículo, aún cuando esta forma de solucionar el problema no es acorde a la noción de “pena sustitutiva” – y por tanto, parte integrante de la sentencia definitiva- tal como lo analizamos en el acápite anterior.

Es por esta razón que ha surgido jurisprudencia que entiende que al cambiarse la noción en el art. 1 de la Ley 20.603 a “pena que sustituye la pena privativa de libertad originalmente impuesta” y no a “medida alternativa que suspende la ejecución de la pena privativa de libertad originalmente impuesta”, como se establecía en la antigua redacción del art. 1 de la Ley 18.216, debe entenderse que esta es parte integrante de la sentencia definitiva condenatoria y, por tanto, se puede recurrir en contra de una sentencia definitiva que no da lugar a ella por vía del recurso de nulidad. Así lo ha señalado la Excelentísima Corte Suprema en causa Rol N° 9745-13, de fecha 02 de diciembre de 2013, la cual señala en su considerando décimo sexto:

“DÉCIMO SEXTO: Que si bien el artículo 37 de la ley N° 18.216 establece un recurso de apelación subsidiario para reclamar de esta decisión cuando se halle inserta en la sentencia, cuyo es el caso, la modificación introducida al artículo 348 del Código Procesal Penal mutó su naturaleza, por lo que hoy reviste otro carácter, y es así como el nuevo artículo 1° de la Ley N° 18.216 se refiere a los beneficios alternativos como

---

<sup>61</sup> MARÍN González, Juan Carlos. Op. Cit., 29: pp. 64-65.

<sup>62</sup> Tal como señalábamos anteriormente, no compartimos esta solución, ya que pese a solucionar el problema respecto al derecho al recurso y a la importancia de que exista una vía clara para poder rebatir la resolución del Juez frente a una pena sustitutiva, sigue entendiendo el legislador que estamos frente a una decisión distinta a aquella contenida en la sentencia y que por tanto, no es parte integrante de la misma, sino que puede encontrarse formalmente contenida en ella o no.

penas, integrantes de la sentencia, de manera que puede ser alcanzada esa parte de la decisión por el recurso de nulidad.”

Este mismo criterio es compartido por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt en causa Rol N° 353-2013, de fecha 23 de diciembre de 2013<sup>63</sup>, el cual se hace cargo de la argumentación planteada por el Ministerio Público en torno a que el art. 37 de la Ley 18.216 disponía expresamente que el recurso que procedía era el recurso de apelación, pero al tener las penas sustitutivas el carácter de “penas” debe entenderse que procede también el recurso de nulidad, dejando entrever entonces que al tener este carácter, forman parte integrante del contenido de la sentencia definitiva condenatoria<sup>64</sup>.

Respecto al tema de los abonos de las penas sustitutivas cuando estas son revocadas por cualquiera de las causales establecidas en la misma ley, también existe controversia en la jurisprudencia. Esto porque pese a que el tenor literal del artículo 26 establece el abono de dichas penas sin distinguir si estamos frente a la pena sustitutiva de remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, prestación de servicios en beneficio de la comunidad o expulsión<sup>65</sup>, lo cierto es que la jurisprudencia al comienzo de la entrada en vigencia de la Ley 20.603 estuvo reticente a su aplicación, básicamente por no comprender el cambio de paradigma de la nueva

---

<sup>63</sup> Dicho fallo señala en lo pertinente: “6) Que, el Ministerio Público hizo presente en estrados que la ley 18.216 contempla un recurso de apelación para el caso de las penas sustitutivas, pero teniendo el carácter de penas cabe considerar que procede en su contra el recurso de nulidad.”

<sup>64</sup> En contra de dicho criterio encontramos el fallo dictado por la Ilustrísima Corte de apelaciones de Valparaíso, en causa Rol N° 801-2013, de 03.07.2013, la cual señala: “Quinto: Que en primer término debe decirse, en cuanto a la causal esgrimida por el actor, que los beneficios, como en el presente caso de la ley 18.216, ante la no concesión de uno de ellos, como en el presente caso, dicha circunstancias no puede ser atacada por un recurso de nulidad como el que se ha utilizado en la especie, debido a que esta materia es una cuestión accesoria de la sentencia dictada, siendo facultativo del tribunal respectivo concederlo o no, dándose los presupuestos que según dicho órgano estima necesario requerir. Sexto: Que en el caso sub lite, debe tenerse presente que, además, la vía correcta para haber impugnado el predicamento del tribunal era el recurso de apelación, según lo dispone el artículo 37 de la ley 20.603, relativa a esta materia, la que entrega dicha opción para reclamar acerca de la denegatoria que como la presente se produjo, no siendo necesario para la aplicación de esta norma, la dictación de un reglamento, como si ocurre para otros aspectos de la citada ley.”

<sup>65</sup> Cumpliendo con lo que establece el art. 1° de dicha ley en el sentido de que todas estas son penas sustitutivas, que reemplazan íntegramente y con todos sus efectos a la pena privativa de libertad originalmente impuesta.

ley en razón a las soluciones contradictorias establecidas en la misma en relación con la noción de pena sustitutiva establecida en el art 1 -como ya se ha analizado- y por tanto, se tendía a aplicar los abonos solo para los casos en que se revocaba la pena sustitutiva de reclusión parcial, como se establecía en la antigua redacción de la Ley 18.216 respecto de la reclusión nocturna<sup>66</sup>.

En este punto es importante señalar lo que ha establecido la Excelentísima Corte Suprema en diversas causas, tales como, causa Rol N° 1101-2013, de 19 de febrero de 2013, Rol N° 8.354-2013, de 08 de octubre de 2013, Rol N° 11.995-2013, de 14 de noviembre de 2013, Rol N° 11.996-2013, de 14 de noviembre de 2013 y Rol N° 12.406-2013, de 21 de noviembre de 2013, en las cuales señala que el nuevo artículo 26 introducido por la Ley 20.603 no distingue en cuanto al abono de las penas sustitutivas establecidas en dicha ley a diferencia de lo que se señalaba en la antigua redacción del art. 27 de la Ley 18.216<sup>67</sup>, criterio que es compartido por la jurisprudencia de las distintas Cortes de Apelaciones del país<sup>68</sup>, pudiendo destacarse lo señalado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt en causa Rol N° 63-2013, de 21 de agosto de 2013, la cual en su considerando cuarto señala: “En este sentido debe considerarse también, la naturaleza jurídica de la libertad vigilada, la cual de acuerdo al artículo el artículo 26° inciso primero de la Ley N° 20.603, promulgada el 13 de junio de 2012 y publicada en el Diario Oficial el 27 de junio de 2013, modificó el artículo 27 la Ley 18.216, por cuanto considera la libertad vigilada como una pena sustitutiva y no una medida alternativa a la pena impuesta, pues establece que “la decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de incumplimiento o por

---

<sup>66</sup> El artículo 27 de la antigua Ley 18.216 disponía: “La revocación de las medidas de remisión condicional o de libertad vigilada sujetará al reo al cumplimiento del total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, de una medida alternativa equivalente a toda su duración. La revocación de la medida de reclusión nocturna someterá al reo al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida. Tendrán aplicación, en los casos previstos en los incisos anteriores, y cuando corresponda, las reglas de conversión del artículo 9°”

<sup>67</sup> En efecto, el considerando 6° de la causa Rol N° 1101-2013 ya citada, señala: “6°.- Que, como puede advertirse, la redacción del artículo 26 no hace distinción alguna entre la libertad vigilada y la libertad intensiva, como sucedía con el antiguo artículo 27 de la Ley N° 18.216, en que a los beneficiarios de la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada se les imponía el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, mientras que a quienes se les concedía la reclusión nocturna se les consideraba el tiempo cumplido en esa modalidad.”

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, las sentencias Rol N° 2-2014, de 09 de enero de 2014, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena y la sentencia Rol N° 350-2014, de 30 de junio de 2014, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia.

aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas.”

Este fallo además de señalar lo anteriormente dicho, relativo al tenor literal de la ley en su art. 26, se hace cargo de la naturaleza de la pena de libertad vigilada, estableciendo que se trata de una pena sustitutiva y no de una medida alternativa como en la antigua Ley 18.216 y, por tanto, procede entender que se abona íntegramente al sustituir la pena privativa de libertad y no suspenderla como antiguamente.

Todos estos criterios establecidos por la jurisprudencia surgen por la problemática planteada en este trabajo, es decir, por la poca concordancia existente entre lo establecido en el art. 1 de la ley 20.603 al cambiar la denominación de medidas alternativas a la de penas sustitutivas -modificando también el efecto de éstas desde suspender la pena privativa de libertad a sustituir aquella- y las soluciones procesales entregadas por el mismo legislador a diversas instituciones jurídicas establecidas en la misma ley, entre ellas los recursos y los abonos, las cuales como ya señalamos, son totalmente contradictorias entre sí. Podemos advertir, sin embargo, que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha sido conteste en entender que esta ley – la ley 20.603- no solo modificó la denominación de las medidas alternativas a penas sustitutivas, sino que también su naturaleza jurídica, por lo que al ser éstas “verdaderas penas sustitutivas” son parte integrante de la sentencia definitiva condenatoria y, por tanto, pueden ser objeto de revisión a través de un recurso de nulidad, y además se pueden abonar íntegramente en caso de revocación de las mismas, al contrario de lo que interpreta el legislador al señalar que solo cambia su denominación por los efectos simbólicos que ello produce en la población, de entender que estamos ante penas y no “beneficios” establecidos para las personas que cometen delitos.

## **CAPÍTULO 3: HACIA EL ESTABLECIMIENTO DE REALES ALTERNATIVAS FRENTE A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD**

### **3.1- Criterios político criminales imperantes. ¿Se condicen con la realidad?**

Tal como hemos señalado anteriormente, el tema de las penas sustitutivas se inserta dentro de un proceso paradójico de carácter internacional del cual nuestro país no está exento. Por una parte, de acuerdo con la tendencia a la descriminalización y a la despenalización, se aboga por el establecimiento, ampliación y profundización de las penas sustitutivas, de modo de contar con un sistema sancionatorio diversificado que se adecúe tanto al carácter de la criminalidad de que se trate como a las características y necesidades de los autores, superando la solución simplista e ineficaz de la cárcel como única o preponderante respuesta del sistema penal al complejo fenómeno social de la delincuencia; y por la otra, se asiste al fenómeno de la “hiperinflación penal”, una de cuyas consecuencias es el aumento del recurso a las soluciones institucionalizadas de carácter segregativo (cárcel), en respuesta a las

demandas por mayor seguridad ciudadana que tienen lugar a raíz del incremento de algunas formas de criminalidad.

Esta paradoja se expresa en la práctica, en que se observa un aumento de la aplicación de sustitutos penales, lo que sin embargo, va acompañado simultáneamente de un incremento de personas privadas de libertad. Es lo que ocurre en Chile, en que la contradicción entre los objetivos perseguidos por las penas sustitutivas con otros segmentos del sistema penal<sup>69</sup>, introducen graves distorsiones que le restan a estas penas impacto político criminal. A ello contribuye, la reglamentación misma de las penas sustitutivas, concebidas para alcanzar a un segmento demasiado restringido de autores: delincuentes primarios con prognosis favorable sancionados por hechos, por lo general, de escasa relevancia social.

En este sentido, las penas sustitutivas no se han comportado como verdaderas alternativas a la cárcel, sino más bien como reacciones penales adicionales a la pena privativa de libertad. El carácter represivo y punitivo del sistema se ha intensificado, a pesar del aumento de beneficiados con dichas penas, lo que demuestra la centralidad que mantiene la cárcel como mecanismo de control social institucionalizado.

Por tanto, no basta con la previsión en la ley de un catálogo de penas sustitutivas para dar solución a los problemas planteados. Numerosos son los presupuestos necesarios para que los sustitutos penales constituyan una genuina alternativa a la prisión y no un simple retoque cosmético del ejercicio del ius puniendi estatal.

En primer lugar, resulta antiético y paradójico promover un proyecto encaminado a “humanizar” las cárceles o a sustituirla con medidas alternativas si, simultáneamente, se practica la criminalización indiscriminada, se incrementan las penas confiando en su pretendido efecto preventivo-general intimidatorio, y se construyen cárceles de máxima seguridad, todo ello para resolver el problema del “aumento de la delincuencia” y de la “inseguridad ciudadana”. Mientras, por un lado se levanta formalmente el discurso de la resocialización a través de las alternativas a la prisión, haciendo un manejo utilitario de

---

<sup>69</sup> Penas desproporcionadas elevadas, cuya cuantía, además, se determina rígidamente; práctica judicial en materia de prisión preventiva, que la transforma en verdadera pena anticipada privativa de libertad de quienes posteriormente van a resultar “beneficiados” con alguna de las medidas alternativas.

la expresión, por el otro, se conserva y potencia el carácter represivo y vindicativo de la cárcel, su función de aseguramiento<sup>70</sup>.

Estas contradicciones se explican porque no existe en nuestro país una política criminal coherente con las penas de cárcel y sus posibilidades de sustitución en ciertos casos. Mientras las penas sustitutivas expresan la desconfianza a las penas privativas, especialmente las de corto tiempo por hechos que no revisten mayor gravedad, el resto del sistema manifiesta, por el contrario, una gran confianza en la solución carcelaria, incluso para los delitos de mediana gravedad y hasta los leves, tanto en el nivel de penas propiamente tales, impuestas por sentencia judicial, como en el de etapas anteriores a la intervención del sistema, a través de la prisión preventiva.

El paradigma de esta contradicción lo representan la dictación de la Ley 20.603 v/s lo dispuesto en la Ley 20.770<sup>71</sup> y en la Ley 20.813<sup>72</sup>, las cuales están inspiradas en presupuestos político criminales absolutamente contradictorios entre sí. En efecto, la Ley 20.770 incorpora el artículo 196 ter, el cual limita los efectos de la ejecución de las penas sustitutivas, señalando expresamente en su inciso primero que “Respecto del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, será aplicable lo previsto en la Ley N° 18.216, conforme a las reglas generales. Sin embargo, la ejecución de la respectiva pena sustitutiva quedará en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado deberá cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad a la cual fue condenado”, es decir, la persona condenada por este delito podrá acceder a una pena sustitutiva, pero solo una vez que haya permanecido 1 año privada de libertad en forma efectiva, lo cual contraría todos los problemas que se buscaron evitar al momento de publicar la Ley 20.603 que modifica la Ley 18.216, sobretodo respecto a las penas cortas privativas de libertad y el sometimiento de un condenado sin antecedentes penales previos a la privación de libertad en un Centro Penitenciario, lo cual es altamente perjudicial para el sujeto y, a mi juicio, contrario a lo establecido en los tratados internacionales vigentes en la materia, anteriormente señalados en los capítulos anteriores.

---

<sup>70</sup> HORVITZ, María Inés. Op. Cit. 40: pp. 131-135.

<sup>71</sup> La llamada “Ley Emilia”, publicada el 16 de septiembre de 2014.

<sup>72</sup> La llamada “Nueva ley de control de armas”, publicada el 06 de febrero de 2015.

Más rigurosa aún es la Ley 20.813, la cual introduce en su artículo 4 una modificación al inciso segundo del art. 1° de la Ley 18.216 modificada por la Ley 20.603, en el sentido de señalar que no procede la facultad del Juez de sustituir la pena privativa de libertad, ni la de aplicar la pena mixta, cuando estamos frente a un determinado catálogo de delitos, además de los delitos consumados de los art. 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la Ley 17.798; o de los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada Ley N° 17.798, salvo en los casos en que en la determinación de la pena se hubiere considerado la circunstancia primera establecida en el artículo 11 del Código Penal. En este caso, la Ley 20.813 excluye derechamente la posibilidad de sustituir las penas a quienes sean condenados por los delitos señalados en la Ley 17.798 y además, a los delitos o cuasidelitos que se cometan utilizando las armas allí señaladas, independientemente del quantum de la pena otorgada, los antecedentes penales anteriores del condenado y demás características personales de éste. Esto, a la luz de los objetivos tenidos en vista por el legislador al momento de dictar la Ley 20.603, analizados en los capítulos anteriores, es totalmente incoherente.

El rigor excesivo establecido en estas leyes, el que recae sobre hechos que no siempre lo justifican y respecto de los cuales, sin embargo, habrá que imponer forzosamente penas privativas de libertad, tal como he señalado, es contradictorio con el fin declarado por la Ley 20.603. Esta estrategia es a corto plazo la que parece ser más rentable políticamente, pues se produce una sensación y se proyecta la imagen ante la opinión pública en el sentido de que el Estado controla la criminalidad.

Lo anterior demuestra que, claramente, los objetivos político criminales del legislador que creó la Ley 20.603 son diametralmente opuestos a aquellos establecidos en la Ley 20.770 y Ley 20.813, legislador que, paradójicamente, es el mismo, pero que aún no se ha puesto de acuerdo en cuál es la postura político criminal en Chile respecto a las penas privativas de libertad y los sustitutos penales<sup>73</sup>, pese a lo

---

<sup>73</sup> Basta observar los proyectos de ley que se discuten actualmente en las Cámaras del Congreso Nacional para darse cuenta que se está recurriendo cada vez más a las penas privativas de libertad y, a su vez, restringiendo la aplicación de los sustitutos penales.

señalado en la Ley 20.603 y en los fundamentos que se tuvieron en vista para su creación, señalados en la historia de esa ley.

### **3.2- Tratamiento del problema en derecho comparado.**

El problema de la crisis de las penas privativas de libertad y el surgimiento de los sustitutos penales, ha tenido gran relevancia en derecho comparado, tal como ya hemos esbozado. Al efecto, se ha instalado en la legislación comparada la posibilidad de aplicar penas que no necesariamente consistan en la privación de libertad de una persona, estableciéndose entonces distintos tipos de sustitutos penales, entre ellos, aplicación de penas sustitutivas, preferencia de la mediación en materia penal con el objeto de reparar a las víctimas y el establecimiento en la parte especial de los códigos penales de penas principales distintas a la pena de cárcel por la comisión de un delito.

En efecto, el mensaje del código penal español de 1995 señala que este código se propone “En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna”<sup>74</sup>, estableciendo dentro del catálogo de penas aquellas privativas de libertad, privativas de otros derechos y la pena de multa<sup>75</sup>. Además, se regula en el mismo código la posibilidad de sustituir dichas penas cumpliéndose ciertos requisitos<sup>76</sup>.

Por otro lado, en Italia se regula lo relativo a la reclusión nocturna, la cual se conoce como régimen de semidetención. Éste comporta la obligación de permanecer al menos doce horas en la Institución destinada al efecto, determinándose su duración exacta según la clase de trabajo o estudio que desarrolle el condenado (Art. 55, Ley de 24 de noviembre de 1981). Como régimen de semi-libertad se conoce también esta medida en el derecho francés. Las únicas condiciones para otorgarla son que la condena sea igual o inferior a un año de prisión (pena de simple delito), y que el condenado justifique el ejercicio de una profesión o cargo, o su calidad de estudiante, o demuestre

---

<sup>74</sup> Mensaje del Código Penal español de 1995. p. 12.

<sup>75</sup> Art. 32 del Código penal español de 1995.

<sup>76</sup> CAPÍTULO III: De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional. Código penal español de 1995.

que su libertad es indispensable para su participación en la vida familiar (Art. 132-5, Código Penal Francés)<sup>77</sup>.

Sin embargo, tal como ha ocurrido en nuestro país, no se ha logrado derrocar a la gran protagonista, es decir, a la pena privativa de libertad que sigue siendo la pena por excelencia. En este sentido, se señala por los autores españoles que el sistema de penas del Código Penal español de 1995, que aparenta ser muy variado, gira en torno de la pena clásica y tradicional del moderno sistema punitivo, es decir, todo se construye alrededor de la privación de libertad. En este sentido "hay que concluir, sin ningún tipo de ambigüedad, que sigue siendo la pena hegemónica de todo el sistema jurídico penal." Con ello se ha desaprovechado el momento de introducir estructuras sancionatorias distintas, para romper con la tradicional primacía de la prisión como sanción penal.<sup>78</sup> En este sentido, y tal y como hemos visto, en la práctica las cosas distan mucho de los "buenos", y en apariencia "fáciles", propósitos de la teoría. Acompañando a un Derecho penal en crisis no podía estar sino un sistema de penas que, en líneas generales, sigue respondiendo a la época de las codificaciones. En el elenco punitivo de los textos penales sigue ocupando un puesto de honor la pena privativa de libertad y un detallado elenco de alternativas a ésta aún brilla por su ausencia.

Desde otra perspectiva, las diversas medidas que se prevén en el derecho comparado para evitar o suavizar el recurso generalizado a la prisión suponen un progreso sustancial en cuanto confieren a los jueces una mayor flexibilidad en la adecuación de la sanción a las distintas clases de delitos y a la situación personal de sus autores. Con ellas se pretende, por una parte, evitar los efectos gravemente desocializadores y criminógenos que la que la cárcel significa para los que la padecen, especialmente tratándose de delincuentes primarios y los jóvenes, y por la otra, reducir la privación completa de libertad a casos muy específicos, contribuyendo de paso con ello a resolver el problema de la descongestión penitenciaria. Principio básico en esta materia es, en consecuencia, el de última ratio en el recurso a la pena privativa de

---

<sup>77</sup> MATUS, Jean Piere. Op. Cit., 39: p. 188.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ Delgado, Julio. *El Fracaso de la Pena Privativa de Libertad. La reparación como sanción jurídico penal*. Lima, Editorial San Marcos, 1999. pp. 70-78.

libertad, imponiéndola de modo excepcional cuando aparezca político-criminalmente necesaria por el rango de los bienes jurídicos afectados.”<sup>79</sup>

### **3.3- Solución propuesta por el autor a la luz de lo analizado.**

Después de haber analizado lo referente a la crisis de las penas privativas de libertad y a las soluciones a las que se han arribado en consecuencia de ellos, principalmente en nuestro país y cómo esas soluciones no son, a mi juicio, suficientes para dar respuesta a los problemas por los cuales la pena privativa de libertad se consideró en crisis, creo que debemos partir por hacer hincapié en los principios de las penas ya analizados, especialmente los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y lesividad penal, los cuales se deben examinar en atención también a los criterios político criminales imperantes sobre la materia, los cuales, como ya analizamos, son contradictorios.

Así, a mi juicio, debe partirse por reordenar el sistema de bienes jurídicos, determinando cuáles son los realmente más importantes de proteger y, respecto de estos bienes jurídicos más importantes, determinar cuáles conductas específicas son aquellas que lo lesionan de manera más trascendental, dejando de lado, o despenalizando, entonces, aquellas conductas que no lesionan tan gravemente aquellos bienes jurídicos más importantes y, evidentemente, las conductas que lesionan bienes jurídicos menos importantes<sup>80</sup>.

En este punto, debe citarse al profesor Von Hirsh, quien en su libro “Censurar y castigar” explica el ¿Porqué castigar? Y ¿Cuánto castigar? a la luz del principio de proporcionalidad, señalando que la defensa de la proporcionalidad implica tres pasos:

1. Las sanciones estatales contra la conducta proscrita deben adoptar forma punitiva; esto es, las privaciones deben expresar censura y reproche;

---

<sup>79</sup> HORVITZ, María Inés. Op. Cit., 40: pp. 131-135.

<sup>80</sup> En este mismo sentido, VON HIRSH, Andrew. *Censurar y castigar. Traducción de Elena Larrauri*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

2. La severidad de la sanción expresa la gravedad del reproche. Esto significa que cuando a un determinado tipo de comportamiento se le impone comparativamente un mayor sufrimiento, esto significa un mayor grado de desaprobación;
3. Por ello, las sanciones punitivas debieran ser ordenadas de acuerdo con el grado de reproche (esto es, gravedad) de la conducta. Si los castigos fueran graduados por su severidad de forma incoherente según la gravedad de la conducta, los actos menos reprobables recibirían mayor reprobación<sup>81</sup>.

Es así, que tal como señalábamos, como punto de partida para poder generar una propuesta, es reordenar el sistema de sanciones y penas a la luz del principio de proporcionalidad, entendido como lo señala el profesor Von Hirsh antes citado, quien nos dice que para poder entender la proporcionalidad debe distinguirse entre proporcionalidad ordinal y proporcionalidad cardinal. La proporcionalidad ordinal se refiere a la comparación de penas, esto es, las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigos de severidad también semejante. Las personas condenadas por delitos de distinta gravedad deberían recibir castigos correspondientes graduados de acuerdo con su severidad<sup>82</sup>.

Esta proporcionalidad comporta tres sub exigencias:

- a) La paridad, esto es, que los infractores por delitos de gravedad semejante merecen castigos de severidad similar;
- b) Graduar de acuerdo con el rango. En este punto, el profesor Von Hirsh da como ejemplo el siguiente: “castigar el delito Y con más pena que el delito X expresa mayor desaprobación para el delito Y, lo cual es merecido sólo si éste es más grave”. Esto quiere decir que los castigos debieren ser ordenados en la escala de penas de forma tal que su mayor severidad reflejara el rango de gravedad de los delitos implicados;

---

<sup>81</sup> VON HIRSH, Andrew. Op. Cit 80: pp. 42-43.

<sup>82</sup> Ibid. p. 45.

- c) Espaciar las penas. En pocas palabras, esto significa que para reflejar la gravedad de una determinada conducta debe haber un mayor espacio entre ésta y la inferior que entre ésta y la superior (y más grave).

Por último, la proporcionalidad cardinal o no relativa, tiene que ver con los límites a la severidad del castigo a través de los cuales se expresa el grado de desaprobación, ¿va a ser siempre pena de prisión? ¿va a ser otro tipo de sanciones no privativas de libertad dependiendo la conducta realizada? Esto va a depender de la decisión político criminal imperante y cuál sea el rol que quiera asignársele a la pena privativa de libertad en nuestro ordenamiento, pero lo cierto es que la distinción entre proporcionalidad ordinal y cardinal deviene una construcción importante en el momento de graduar las penas, esto es, una vez que se han determinado los puntos de anclaje y la magnitud global de la escala, la proporcionalidad ordinal requerirá graduar y espaciar las penas de acuerdo con su gravedad relativa, y requerirá sanciones de severidad semejantes para actos reprobables similares<sup>83</sup>.

Pero como todo lo explicado anteriormente puede ser difícil, en atención a las contradicciones político criminales imperantes, que por un lado abogan por la no aplicación de penas privativas de libertad por ser ellas contraproducentes en atención a los fines ya analizados, y por el otro, aquellas que ya se han instalado fuertemente, que abogan por una “mano dura”, penas más altas y menos posibilidades de cumplir las penas en libertad; se propone regular de mejor manera aquellas instituciones procesales penales que pueden permitir descongestionar el sistema con aquellas conductas que lesionan menos gravemente los bienes jurídicos importantes o que lesionan directamente aquellos bienes jurídicos menos importantes, pero no excluidos de protección por el derecho penal chileno. A este respecto surgen, también en derecho comparado, propuestas relativas a dar mayor protagonismo al principio de oportunidad penal y a las formas de justicia restauradora o mediación penal. Es así como el profesor Bustos señala que dado que el derecho es proceso y el derecho penal es proceso penal antes que nada, resulta que una alternativa global tiene que partir de esta consideración, es decir, ella ha de ser buscada fundamentalmente en el interior del sistema procesal penal. Ello significa, en primer lugar, dar amplia cabida al

---

<sup>83</sup> Ibid. pp. 45-47.

principio de oportunidad, de modo de evitar que el control penal se ejerza sobre una gran cantidad de hechos que pueden encontrar ubicación en otros ámbitos del derecho o de la convivencia social. En segundo lugar, dar amplia cabida a las formas de mediación dentro del proceso penal, de modo de llegar a una conciliación entre víctima, autor y Estado, con utilidad para los tres intervinientes en la interacción punitiva. Para la víctima en cuanto se siente realmente reparada y amparada por el sistema en sus derechos, para el autor porque logra una reconciliación con el otro y para el Estado tanto por el hecho de que el autor se integra en forma voluntaria de modo positivo como en cuanto mediante a administración de justicia vela por los derechos y garantías de los ciudadanos, que es su papel primigenio<sup>84</sup>.

Sobre este último punto, también el profesor Cid Moliné está a favor de un sistema que propugne la mediación penal o solución de los conflictos penales menos graves a través de la justicia restauradora, principalmente para dar un mayor protagonismo y una mayor importancia a la figura de la víctima. En este sentido señala que frente a un sistema que prácticamente olvida los intereses de la víctima en la solución del conflicto, la justicia restauradora conceptúa el procedimiento de resolución del conflicto como primariamente dirigido a lograr que la víctima sea reparada por el delito realizado a través de la conducta del/la delincuente<sup>85</sup>.

Por su parte y, sobre lo señalado respecto a despenalizar o sacar del sistema penal aquellas conductas que afectan bienes jurídicos menos relevantes o aquellas conductas menos lesivas de los bienes jurídicos relevantes que protege el sistema penal, el profesor Mapelli Caffarena se inclina, por un lado, en un desplazamiento de los conflictos sociales fuera del sistema penal, abriendo nuevos caminos de participación comunitaria en la resolución de sus propios conflictos, y por otro lado, en iniciar una política penitenciaria abolicionista orientada a economizar todos los costos que irroga el sistema penal. Según su opinión se debe intentar relativizar la aplicación

---

<sup>84</sup> Cfr. BUSTOS Ramírez, Juan. La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas, en varios autores, *De las penas, Libro homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*. Buenos Aires, Editorial Depalma. 1997, pp. 94-95.

<sup>85</sup> CID Moliné, José: *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal*. Revista de Estudios de Justicia (11), año 2009.

de la pena privativa de libertad e intentar también la desinstitucionalización con el objetivo de lograr un proceso de abolición real de la cárcel.<sup>86</sup>

Pero además de esta medida y, una vez que nos enfrentamos a conductas que no son susceptibles de mediación penal o de aplicación de principio de oportunidad y que necesariamente van a implicar aplicar una condena a la persona que la comete, debe tenerse presente lo planteado anteriormente en el sentido que no puede ser la única forma de condena la aplicación de una pena privativa de libertad, sino que ella debe reservarse únicamente a los casos más graves y utilizarse como último recurso, por tanto, debemos regular otras formas de otorgar consecuencias jurídico penales ante la comisión de un delito. A este efecto, creemos que es importante establecer penas distintas a la pena privativa de libertad en la misma parte especial del código penal, tal como se expone en el proyecto aprobado por el Foro Penal<sup>87</sup>, donde por ejemplo, la reclusión nocturna, actualmente denominada reclusión parcial domiciliaria, se propone no ya como una pena sustitutiva de las penas cortas privativas de libertad, sino derechamente como una pena principal y autónoma, susceptible de ser empleada como tal en la redacción de la parte especial del Código Penal, en casos de mediana y baja gravedad, esto es, casos que el proyecto, recogiendo nuestra tradición jurídica, define como simples delitos. Por tanto, las esperanzas de una mayor ocupación de esta pena alternativa a la reclusión propiamente tal están centradas en el uso mayor que el legislador le dé en la Parte Especial del Código, lo que constituye, de todos modos, uno de aquellos principios sobre los que el Foro Penal asume su trabajo<sup>88</sup>.

Además, se propone como pena principal la pena de reclusión de fines de semana, superando las críticas que se realizaron a esta misma pena en el Código Penal español de 1995, donde se utilizaba como pena principal y además, como pena

---

<sup>86</sup> MAPELLI Caffarena, Borja. Criminología Crítica y Ejecución Penal, en Poder y Control (Nº 0), Barcelona, Editorial P.P.U., 1986, p. 178.

<sup>87</sup> Las proposiciones corresponden al texto propuesto por una comisión formada por los profesores E. Sepúlveda, A. Van Weezel y J.P. Matus, designada en la 7ª sesión del Foro Penal, convocado por el Ministerio de Justicia durante el año 2002, a discutir éstas y otras temáticas con miras a una futura reforma penal. Las discusiones en torno al articulado se prolongaron hasta enero de 2002 (17ª sesión), y el texto, que recoge los acuerdos del Foro Penal en la materia, fue presentado el día 21 de marzo de 2002.

<sup>88</sup> MATUS, Jean Piere. Op. Cit. 39: p. 188.

sustitutiva, estableciendo una especial forma de conversión que, según los autores, se convertía en una forma más gravosa de cumplir la pena originalmente impuesta<sup>89</sup>.

Respecto de la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, el texto del Foro Penal la propuso como penas sustitutivas presentes en el texto del código y no en una ley especial, como sucede actualmente, teniendo la naturaleza jurídica de verdaderas penas sustitutivas de las penas cortas de privación de libertad, dando por tiempo de pena cumplido el lapso previo a una eventual revocación de las penas sustitutivas dispuestas, al igual como ocurre actualmente con lo establecido en la ley 18.216 modificada por la ley 20.603<sup>90</sup>.

Por último, respecto a la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, los profesores Van Weezel y Matus, estuvieron por no introducir en la reforma al sistema penal esta clase de sanciones, atendido básicamente a su naturaleza de prestación de servicios gratuitos, que la hace particularmente poco practicable en un país con escasos recursos y una no despreciable cifra de desempleados. No obstante lo anterior, hizo fuerza en el Foro la propuesta del Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia de incorporar esta clase de pena en la reforma penal, pero ya no como una alternativa de general aplicación, sino únicamente como un sustituto para los casos en que el condenado a una multa no pueda satisfacer su cuantía<sup>91</sup>. Esto, posteriormente al debate producido en el Foro Penal, fue ya introducido como pena sustitutiva a las penas cortas privativas de libertad, cumpliéndose ciertos requisitos para ello y, a mi juicio, debería también, al igual que lo dicho respecto a la reclusión parcial domiciliaria, introducirse como pena principal para ciertas figuras menos importantes, en la misma parte especial del Código Penal, además de ser ambas una pena sustitutiva para ciertos casos y cumpliéndose con ciertos requisitos a las penas privativas de libertad.

Otra propuesta a la estructura de los sustitutos penales en Chile, tiene que ver con que si lo que realmente se desea es hacer de los sustitutos penales una importante alternativa a las penas privativas de libertad, se debe llevar a cabo una ampliación oportuna del número de delitos a los que puede ser aplicada en lugar de la cárcel, sino

---

<sup>89</sup> Ibid. pp. 189-190

<sup>90</sup> Ibid. pp. 195-196

<sup>91</sup> Ibid. pp. 197-198

queremos que se convierta en una medida de "elegidos" que, finalmente, y de forma contraria a lo que predica, deje al marginado doblemente marginado<sup>92</sup> <sup>93</sup>. No existe razón para excluir de ciertos delitos la posibilidad de aplicar una pena sustitutiva, si se supone que el criterio debe ser la posibilidad de reinserción y resocialización del sujeto, cuestión que debe ser analizada caso a caso, y no el delito que cometan, que se establecería como una regla general y no concordante con los criterios ya señalados, pudiendo llevar incluso a consecuencias paradójicas<sup>94</sup>. En este sentido, debe propugnarse un sistema donde el Juez pueda elegir la medida que más convenga al condenado de que se trate, evaluando al efecto, en su caso, sus necesidades de resocialización. En algunos casos de personas integradas socialmente, la sola posibilidad de contagio criminógeno que la cárcel conlleva podrá ser razón suficiente para imponer una pena sustitutiva.

Desde otra perspectiva, la contemplación de medidas alternativas debe ir acompañada de una revisión profunda de la prisión preventiva y su aplicación práctica. En efecto, algunos estudios realizados en torno a esta situación procesal, en el derecho comparado y en nuestro país, ponen de manifiesto que ella tiende a prolongarse más allá de los límites impuestos por su naturaleza especialmente cautelar y, en consecuencia, a ser utilizada como una pena más, pero al margen de las garantías propias de la sanción definitiva y de los fines atribuidos a la pena. Así lo expone el profesor Jaime Salas, señalando que "no nos cabe duda que la inclusión del peligro social como criterio de necesidad de cautela obedece a la creciente presión de los sectores sociales y políticos ante una mayor sensación de inseguridad ciudadana, motivada por el mayor nivel de violencia con la que se ejecutan algunos hechos punibles y por el trato sensacionalista que se da a estos mismos por la prensa nacional. Por muy legítima que sea esta preocupación, el problema es que se ha hecho

---

<sup>92</sup> Como ocurriría por ejemplo con los condenados por la Ley 20.770 y 20.813, según lo analizado anteriormente.

<sup>93</sup> SANZ Muías, Nieves. Op. Cit. 2: p. 31.

<sup>94</sup> Como por ejemplo a aquella persona reincidente en delito de robo en lugar no habitado, quien puede optar por catálogo a alguna pena sustitutiva, cumpliendo los requisitos para ello, v/s una persona sin antecedentes penales, que porta un arma de fuego, aún cuando no haya cometido ningún delito diverso con ella y no haya afectado los bienes jurídicos de ninguna persona con dicho porte. Este último no podría optar a alguna pena sustitutiva solo porque la ley lo excluye de esta posibilidad, no importando las reales posibilidades de ese sujeto de poder cumplir la pena por el delito cometido en libertad, siendo útil para la sociedad, su familia y posibilitando su propia reinserción.

uso del sistema de enjuiciamiento penal y de la prisión preventiva, en particular, como medio de seguridad ciudadana, lo que conlleva asignarle a esta medida cautelar personal ya no un carácter procesal, sino más bien, uno de orden preventivo penal.”<sup>95</sup>

Todo el planteamiento realizado en contra de las penas cortas privativas de libertad, y a favor de los sustitutos penales se diluyen frente a la realidad inocultable de la prisión preventiva que suele ser, en el mayor de los casos, la primera etapa de desocialización del sujeto. Esto, a mi parecer, se genera por la afectación al principio de presunción de inocencia en materia de medidas cautelares, y que se relaciona directamente con la forma en que esta presunción se ve afectada al momento de determinar una prisión preventiva. Para un sector de la doctrina, se realiza una afectación a este principio cada vez que se determinan medidas cautelares, sosteniendo que mientras más gravosa es la medida pasan a constituir un instrumento de prevención y defensa social, motivada en la necesidad de impedir al imputado la comisión de otros delitos, en otras palabras una presunción de peligrosidad e incluso de culpabilidad.<sup>96</sup>

Para otro sector de la doctrina, la resolución del tribunal que decreta la prisión preventiva, supone la realización de un juicio distinto al que se efectúa cuando se dicta la sentencia condenatoria y el asimilarlas es erróneo. No puede hablarse de presunción de inocencia en el marco de ninguna medida cautelar debido a que la presunción se vincula con la racionalidad de la sentencia que declara la culpabilidad del sujeto y que impone una pena; es decir no tendría injerencia en los sustitutos penales porque el prisma sobre el cual se construyen es disímil.<sup>97</sup>

En este contexto, resulta imprescindible el análisis a realizar del tratamiento de la medida de prisión preventiva y el principio presunción de inocencia; ya que de otro

---

<sup>95</sup> SALAS Astrain, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago, Editorial Librotecnia, 2009. p. 298.

<sup>96</sup> BENAVIDES Silva, Héctor: *Medidas cautelares personales en el proceso penal: criterios doctrinales y jurisprudenciales*. Monografía, Academia Judicial Chile, programa de formación N° 65, Santiago, enero, 2014. p. 21.

<sup>97</sup> Cfr. VALENZUELA Saldías, Jonatan: *Presumir responsabilidad: Sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno*. Revista de Estudios de la Justicia, (N° 14): 53-72. Año 2011.

modo, de poco sirve entonces que después del proceso penal se suspenda condicionalmente la pena, se sustituya ésta o se renuncie a la prisión.

Finalmente, cabe promover que las penas sustitutivas no impliquen únicamente, como se ha observado en experiencias del derecho comparado, un aumento del control social, transformándose en una inaceptable intromisión en la esfera privada personal y familiar del afectado, dada la relación de subordinación que se establece entre el aparato institucional encargado de aplicarlas y ejecutarlas y la persona a la que se aplica la medida.

De modo que una propuesta superadora de los problemas que han planteado los sustitutos penales a las penas privativas de libertad, en relación a sus fundamentos y aplicación práctica, debe partir enfocándolas necesariamente como una vía de corresponsabilización social en el fenómeno de la delincuencia. El proceso de racionalización del sistema penal implica, en este sentido, una progresiva “desinstitucionalización” del control social, en el que las reacciones institucionales segregativas, como la cárcel, instituciones psiquiátricas, etc., abran paso a formas de reacción diferente, donde la instancia de control se ejercita a través de la amplia participación de la sociedad y de sus diversas formas de articulación institucional, con respeto a las garantías individuales de las personas<sup>98</sup>. Se trata, de esta manera, de ofrecer una respuesta alternativa a los conflictos sociales que están en la base de la gran parte de los hechos delictivos<sup>99</sup>.

Para terminar, me parece que un sistema de penas sustitutivas tan limitado como el nuestro, de tan poco impacto político criminal en cuanto a constituir un instrumento significativo de reemplazo de la prisión, puede producir consecuencias negativas. Una de ellas es que se cree la ilusión de que la cárcel está siendo paulatinamente reemplazada por otras opciones penales, en circunstancias de que no es así, puesto que sigue siendo la solución principal, incluso en crecimiento como hemos analizado respecto a las leyes que derechamente prohíben la utilización de penas sustitutivas o

---

<sup>98</sup> Las dificultades para sustituir la cárcel por penas sustitutivas en los supuestos de criminalidad menos graves no son técnicas: existe diagnóstico adecuado sobre los inconvenientes de la cárcel; se conoce el curso a seguir. Los obstáculos son culturales, en la conciencia colectiva la cárcel sigue pareciendo la opción más adecuada como control de instrumento de la criminalidad. Así, la demanda general parece abogar por la construcción de más cárceles y no por la limitación de la cárcel.

<sup>99</sup> HORVITZ, María Inés. Op. Cit. 40: pp. 131-135.

limitan su aplicación después de un año de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, cuestión totalmente contraria a lo señalado respecto a los efectos nocivos de las penas cortas privativas de libertad. Las penas sustitutivas actuarían así como una legitimación de la cárcel, la que seguirá aplicándose al margen de su calidad de última ratio.

## **CONCLUSIONES**

1° El surgimiento de los sustitutos penales tiene como punto de partida la llamada “crisis de las penas privativas de libertad”, donde la pena privativa de libertad ya no aparece idónea para cumplir los objetivos preventivos que con ella se persiguen y que al mismo tiempo la han justificado. Así, la pena privativa de libertad pasa a convertirse en la más grave y significativa de las penas a nivel mundial y por ello es objeto de diversas discusiones doctrinales y legislativas, precisamente por la incidencia que ella tiene en uno de los derechos fundamentales más preciados, la libertad; y por otra parte, por la ineficacia que esta tiene en aras de alcanzar el objetivo resocializador que está llamada a perseguir. En este sentido, las penas largas son criticadas porque tienen efectos demasiado perniciosos y conducen a la destrucción de la personalidad

del sujeto; y las penas cortas se critican porque, al estar limitado el tiempo de aplicación a un plazo demasiado breve, es muy difícil realizar un trabajo encaminado a la reinserción y, por su parte, es muy fácil para el sujeto el “contagio criminógeno”, aumentando la reincidencia.

**2°** Es así que, como respuesta y teniendo presente la tendencia doctrinal de buscar una sanción que no atente contra las posibilidades futuras de reinserción de un sujeto y que a la vez sea considerada por la sociedad como un verdadero castigo frente a un hecho contrario a los bienes jurídico sociales más importantes, es que surge la corriente de la “despenalización”, entendida no solo como la renuncia de la sociedad a castigar ciertos hechos de poca relevancia social, sino que además esta tendencia pretende desnaturalizar la sanción penal a través de propuestas alternativas, con lo cual la pena privativa de libertad deja de ser la protagonista a la hora de enfrentarnos a una sanción por un hecho delictivo y cobran protagonismo aquellas penas que sin privar de libertad al sujeto, ni separarlo de sus redes sociales más importantes, como familia, trabajo o educación, son suficientes para cumplir con los fines de prevención general e incluso con la finalidad de protección a las víctimas, pero teniendo como objetivo fundamental los fines de prevención especial positiva sobre el sujeto condenado a dichas penas, intentando evitar la estigmatización por la comisión de un delito, la reinserción y la rehabilitación social, con el objetivo final de evitar la reincidencia.

**3°** Todo lo anterior debe tener directa relación con los principios y los fines de las penas en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales deben tenerse presentes a la hora de determinar la política criminal en torno a la aplicación o no de sustitutos penales a las penas privativas de libertad. Dentro de los principios se deben destacar los de subsidiariedad de las penas privativas de libertad, proporcionalidad, humanidad y resocialización. En cuanto a los fines de las penas, debe tenerse presente a la hora de establecer penas sustitutivas, que en mi concepto la pena no debe cumplir solo con un fin, sino que ésta tiene una diversidad de objetivos, pero cada uno de ellos se concreta en momentos distintos. En la ley, al establecerla el legislador, cumple una función preventivo general porque advierte a la sociedad sobre la prohibición del comportamiento que describe; en el momento de la imposición de la pena a un sujeto determinado se realiza la función retributiva, ocasión en que se tomará en cuenta su

culpabilidad, pues los fines perseguidos por la prevención general no pueden exceder al grado de culpabilidad del condenado. Por último, está el estadio de ejecución de la pena, donde se realizan los objetivos de prevención especial, dirigidos a evitar que vuelva a delinquir, reinsertándolo socialmente en el ámbito familiar, laboral y participativo. Esto además, por establecerlo así los tratados internacionales vigentes sobre la materia y ratificados por Chile, en los cuales se establece que el fin primordial a tener en cuenta en la etapa de ejecución de las penas es el fin de prevención especial positiva.

4° En Chile, al igual que lo que fue ocurriendo en derecho comparado, se dictaron numerosas leyes, las cuales culminaron con el establecimiento de la Ley 20.603, las cuales buscaban reemplazar las penas privativas o restrictivas de libertad, reservándolas solo para aquellos casos en que esta sea indispensable, acogiendo lo que señala la doctrina nacional y el derecho comparado, en cuanto a las penas privativas de libertad y sus fines, los cuales son contrarios a una sociedad que se dice respetuosa de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

5° Es a raíz de la insuficiencia de la antigua redacción de la Ley 18.216 para resolver los problemas que lleva consigo la imposición de una pena privativa de libertad y que llevaron a la crisis de ésta a nivel mundial, que se comenzaron a buscar soluciones o modificaciones a dicha ley con el objeto de poder acercarnos un poco más a lo que la doctrina comparada entiende como “sustitutos penales”, es decir, penas diferentes a las penas privativas de libertad que puedan ser aplicadas en vez de éstas ante la comisión de un hecho constitutivo de delito, cumpliendo sus mismos fines, específicamente, con los fines de prevención especial positiva, los cuales no estaban siendo cumplidos por las penas privativas de libertad ni sustituyéndose satisfactoriamente por las medidas alternativas de esta ley. Es así como surge la Ley 20.603, cuyo objetivo principal era reforzar el rol que jugaban las medidas alternativas a la prisión en nuestro ordenamiento jurídico, esto es, servir como una real herramienta en el ámbito preventivo especial y al mismo tiempo ser un arma efectiva en el control del delito, entre otros objetivos.

6° Pero además y principalmente, el legislador estableció como argumento importante a la hora del establecimiento de la ley 20.603 que modifica la ley 18.216, el establecimiento de un **sistema de penas sustitutivas** a las penas restrictivas o

privativas de libertad, para lo cual recogiendo las corrientes doctrinarias tanto comparadas como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas”. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, 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 ser incumplida. A mi juicio, en este punto se perdió la oportunidad del legislador de dotar de contenido a la modificación legal, ya que el objetivo del cambio de denominación de “beneficio” a “pena sustitutiva” tiene que ver más que con un cambio en la naturaleza de las penas o medidas, a la percepción del sistema como un “perdonazo”, dotándolo de mayor rigurosidad o credibilidad ante la sociedad, posicionando al sistema como una alternativa legítima de respuesta penal frente a la comisión de delitos, por tanto, se trataría de un efecto meramente simbólico que busca dar mayor rigurosidad al establecimiento de dichas penas sustitutivas, surgiendo controversia por parte de la doctrina respecto a la real implicancia de dicha modificación: si realmente cambia la naturaleza jurídica de los sustitutos penales o bien es una modificación con efectos puramente simbólicos.

**7°** Y tan dispares resultaron las opiniones en el sentido de si el cambio de denominación iba a importar o no un reconocimiento de la incorporación de “verdaderas penas sustitutivas” que se llegó a consecuencias procesales contradictorias, como por ejemplo aquellos reflejados en lo establecido en el artículo 37 de la Ley 20.603, relativa a recursos y la del artículo 26 de la misma ley, relativa a los abonos de dichas penas sustitutivas en caso de revocación de las mismas. El problema de los abonos se resuelve de manera acorde a entender que nos encontramos a “verdaderas penas sustitutivas” mientras que el problema de los recursos se resuelve de manera acorde a entender que nos encontramos frente a medidas distintas a una pena, dando en todo caso la posibilidad de recurrir frente a su no imposición o revocación, a diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior.

**8°** Ahora bien, si bien el abono de las penas sustitutivas ante su revocación se condice con la noción de pena que le da el legislador a las mismas, pudiendo pensarse que estamos ante verdaderas penas, el fundamento que el legislador tuvo para darle este efecto procesal a la revocación de las penas sustitutivas es totalmente contrario a lo

que se pudiera esperar y a su vez, acorde a la antigua noción de medida alternativa establecida en la ley 18.216 antigua, mejorado por razones de justicia material y proporcionalidad, pero no porque estas penas sustitutivas sean consideradas efectivamente “penas” por el legislador.

**9°** Estas contradicciones se discutieron y explicaron en base a distintos puntos de vista en el proceso de aprobación de la ley 20.603, concluyendo también el legislador que no sería un tema zanjado en el Congreso, y que más allá de la justificación de cambiar la terminología de estas medidas con la finalidad de dotar de mayor credibilidad al sistema, lo cierto es que sería la doctrina y la jurisprudencia quienes deban desarrollar este tema con mayor profundidad. Se puede concluir a la luz de los fallos analizados que la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal ha sido conteste en entender que esta ley no solo modificó la denominación de las medidas alternativas a penas sustitutivas, sino que también su naturaleza jurídica, por lo que al ser éstas “verdaderas penas sustitutivas” son parte integrante de la sentencia definitiva condenatoria y, por tanto, pueden ser objeto de revisión a través de un recurso de nulidad, y además se pueden abonar íntegramente en caso de revocación de las mismas.

**10°** Respecto a los criterios político criminales imperantes en la actualidad, resulta paradójica la publicación, por una parte, de una ley que aboga por el establecimiento de alternativas a la pena privativa de libertad y, por otra, el establecimiento de leyes que prohíben la utilización de las mismas o la limitan hasta después de haber cumplido el condenado un año de pena efectiva, cuales son las leyes 20.770 y 20.813. Estas contradicciones se explican porque no existe en nuestro país una política criminal coherente con las penas de cárcel y sus posibilidades de sustitución en ciertos casos.

**11°** En derecho comparado se han establecido diversas soluciones al problema de la crisis de las penas privativas de libertad, estableciéndose en los códigos penales variadas penas diversas a la pena de prisión en algunos tipos de la parte especial, además de establecerse la posibilidad de sustituir las penas privativas de libertad cumpliéndose con algunos requisitos. Sin embargo, tal como ha ocurrido en nuestro país, no se ha logrado derrocar a la gran protagonista, es decir, a la pena privativa de libertad que sigue siendo la pena por excelencia.

**12°** En consecuencia, después de haber analizado lo referente a la crisis de las penas privativas de libertad y a las soluciones a las que se han arribado en consecuencia de ellos, principalmente en nuestro país y cómo esas soluciones no son, a mi juicio, suficientes para dar respuesta a los problemas por los cuales la pena privativa de libertad se consideró en crisis, creo que debemos partir por hacer hincapié en los principios de las penas ya analizados, especialmente los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y lesividad penal, los cuales se deben examinar en atención también a los criterios político criminales imperantes sobre la materia, los cuales, como ya analizamos, son contradictorios. En este sentido planteo básicamente las siguientes propuestas:

- a) Despenalizar aquellas conductas que no afectan a los bienes jurídicos más importantes, para lo cual se debe reordenar el sistema de protección de bienes jurídicos, y determinar cuáles conductas específicas son aquellas que lo lesionan de manera más trascendental, dejando de lado aquellas conductas que no lesionan tan gravemente aquellos bienes jurídicos más importantes y, evidentemente, las conductas que lesionan bienes jurídicos menos importantes;
- b) Regular de mejor manera aquellas instituciones procesales penales que pueden permitir descongestionar el sistema con aquellas conductas que lesionan menos gravemente los bienes jurídicos importantes o que lesionan directamente aquellos bienes jurídicos menos importantes, pero no excluidos de protección por el derecho penal chileno, a través por ejemplo del principio de oportunidad procesal o la mediación penal;
- c) Una vez que nos enfrentamos a conductas que no son susceptibles de mediación penal o de aplicación de principio de oportunidad y que necesariamente van a implicar aplicar una condena a la persona que la comete, debe tenerse presente que la aplicación de la pena privativa de libertad no puede ser la única forma de condena, sino que ella debe reservarse únicamente a los casos más graves y utilizarse como último recurso, por tanto, debemos regular otras formas de otorgar

consecuencias jurídico penales ante la comisión de un delito. A este efecto, creemos que es importante establecer penas distintas a la pena privativa de libertad en la misma parte especial del código penal, además de establecerse penas sustitutivas a las penas privativas de libertad bajo el cumplimiento de ciertos requisitos;

d) Debe propenderse a una ampliación oportuna del número de delitos a los que puede ser aplicada en lugar de la cárcel. No existe razón para excluir de ciertos delitos la posibilidad de aplicar una pena sustitutiva, si se supone que el criterio debe ser la posibilidad de reinserción y resocialización del sujeto, cuestión que debe ser analizada caso a caso, y no el delito que cometan, que se establecería como un criterio general. En este sentido, debe propugnarse un sistema donde el Juez pueda elegir la medida que más convenga al condenado de que se trate, evaluando al efecto, en su caso, sus necesidades de resocialización.

**13°** Finalmente, me parece que un sistema de penas sustitutivas tan limitado como el nuestro, de tan poco impacto político criminal en cuanto a constituir un instrumento significativo de reemplazo de la prisión, puede producir consecuencias negativas. Una de ellas es que se cree la ilusión de que la cárcel está siendo paulatinamente reemplazada por otras opciones penales, en circunstancias de que no es así, puesto que sigue siendo la solución principal, incluso en crecimiento como hemos analizado respecto a las leyes que derechamente prohíben la utilización de penas sustitutivas o limitan su aplicación después de un año de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad, cuestión totalmente contraria a lo señalado respecto a los efectos nocivos de las penas cortas privativas de libertad. Las penas sustitutivas actuarían así como una legitimación de la cárcel, la que seguirá aplicándose al margen de su calidad de última ratio.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **DOCTRINA**

- 1.- BENAVIDES Silva, Héctor: *Medidas cautelares personales en el proceso penal: criterios doctrinales y jurisprudenciales*. Monografía, Academia Judicial Chile, programa de formación N° 65, Santiago, enero, 2014.
- 2.- BOFILL, Jorge. Informe en Derecho Sobre constitucionalidad y/o legalidad de la ampliación de la pena en hipótesis de incumplimiento de acuerdo a las indicaciones de la ley 18.216, encargado por el Ministerio de Justicia, 2011.
- 3.- BUSTOS Ramírez, Juan. La problemática de las medidas sustitutivas y alternativas, en varios autores, *De las penas, Libro homenaje al profesor Isidoro De Benedetti*. Buenos Aires, Editorial Depalma. 1997.
- 4.- CESANO, José Miguel. De la crítica a la cárcel a la crítica de las alternativas. Boletín Mexicano de derecho comparado, nueva serie, año XXXVI, (108): 863-889, septiembre-diciembre de 2003.
- 5.- CID Moliné, José: *Medios alternativos de solución de conflictos y derecho penal*. Revista de Estudios de Justicia (11), año 2009.
- 6.- CURY Urzúa, Enrique. *Derecho Penal, parte general*, 2ª Edición, Santiago, Editorial Universidad Católica de Chile, 2005.
- 7.- DEYM, José. Crisis de la pena privativa de libertad: análisis de las críticas al sistema carcelario y de alternativas de respuesta al delito en la sociedad argentina

actual. Tesis (doctoral en psicología social). Argentina, Universidad Argentina John F. Kennedy, 2011.

8.- ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Tercera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

9.- GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal, parte general*. Tomo I. Primera edición. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

10.- GIMBERNAT Ordeig, Enrique. *El sistema de penas en el futuro código penal. Política criminal y reforma del derecho penal, varios autores*. Bogotá, Editorial Temis, 1982.

11.- HORVITZ, María Inés. *Las medidas alternativas a la prisión (algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley 18.216)* en Sistema Penal y Seguridad Ciudadana, Cuadernos de Análisis jurídico N° 21, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1992.

12.- MARÍN González, Juan Carlos. *Algunos aspectos procesales de la Ley 18.216*. Revista de Estudios de la Justicia (N° 10): 63-103, año 2008.

13.- MAPELLI Caffarena, Borja. *Criminología Crítica y Ejecución Penal, en Poder y Control* (N° 0), Barcelona, Editorial P.P.U., 1986.

14.- MATUS, Jean Piere. *Medidas alternativas a las penas alternativas a las penas privativas de libertad en una futura reforma penal chilena*. Boletín Jurídico del Ministerio de justicia. Ministerio de Justicia. (Año 2, n° 4-5), Noviembre, 2003.

15.- MINISTERIO DE JUSTICIA. *Material para capacitación: Nueva ley 18.216. Análisis de las modificaciones introducidas por la Ley 20.603*. Ministerio de Justicia, División de reinserción social, Gobierno de Chile. Agosto, 2012.

- 16.- MUÑOZ Conde, Francisco. La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito. Política criminal y reforma del derecho penal, varios autores. Bogotá, Editorial Temis, 1982
- 17.- RODRÍGUEZ Delgado, Julio. *El Fracaso de la Pena Privativa de Libertad. La reparación como sanción jurídico penal*. Lima, Editorial San Marcos, 1999.
- 18.- ROXIN, Claus. Problemas básicos del derecho penal. Trad Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, Reus, 1976.
- 19.- SALAS Astrain, Jaime. *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales*. Santiago, Editorial Librotecnia, 2009.
- 20.- SANZ Muías, Nieves: Penas alternativas a la prisión, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, (año 15 n° 21): 27- 43, año 2003.
- 21.- VALENZUELA Saldías, Jonatan: *Presumir responsabilidad: Sobre una relación entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia en el derecho procesal chileno*. Revista de Estudios de la Justicia, (N° 14): 53-72. Año 2011.
- 22.- VIVES Antón, Cobo del Rosal. *Derecho Penal, parte general*. 4° Edición. Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1991.
- 23.- VON HIRSH, Andrew. *Censurar y castigar. Traducción de Elena Larrauri*. Madrid, Editorial Trotta, 1998.

## **FUENTES LEGALES**

1.- Historia de la ley 20.603

2.- Ley 20.603

3.- Ley 18.216

4.- Ley 7.821

5.- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad "Reglas de Tokio".

6.- Código Penal Español de 1995.

7.- Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

8.- Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de san José de Costa Rica.