



UNIVERSIDAD DE CHILE  
FACULTAD DE DERECHO  
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

---

## **Critica a la Reincidencia Propia desde los Delitos de Hurto y Robo**

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

FABIÁN IGNACIO MORALES LEÓN

Taller de Estudios Criminológicos

Profesor: Luis Felipe Abbott Matus

Santiago, Chile

2019



*“¿Resulta mejor dejar de ser delincuente  
internacional para ser obrero?”*

(Molinet, Velásquez, & Estrada, 2007, p.153)



## **RESUMEN**

El artículo 5 número 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos exige que las penas privativas de libertad tengan como fin esencial la reforma y la readaptación social de los condenados. La mera existencia de la reincidencia criminal obliga a analizar si la pena que inicialmente cumplió el sujeto por su primer delito fue realmente idónea para concretar este fin. Dicho examen, resulta aún más sugestivo si se realiza sobre el tipo de delitos cuya comisión es más frecuente en Chile, los delitos de hurto y robo, esto en virtud de la regulación que recibe la reincidencia en el ordenamiento penal, constituyendo para estos efectos una circunstancia agravante al momento de determinar la pena, excluye el grado mínimo en las penas mixtas o el mínimo en las penas de un solo grado tratándose en delitos contra la propiedad, e impide la aplicación de penas sustitutivas, de modo que la reincidencia a todas luces vuelve aún más reprochable la conducta. Pero si la sanción en sí no es apta para corregir la conducta desviada de quien ha delinquido, no parece racional agravar la reiteración de la conducta sólo porque ya fue reprochada una vez, por lo que resulta necesario examinar los factores causales de la reincidencia, el trato institucional que recibe, la idoneidad de la sanción y su respectiva ejecución, y finalmente la legitimidad misma de la regulación de la reincidencia.



## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>9</b>
<b>1. Concepto de reincidencia.....</b>	<b>9</b>
<b>2. Problemática asociados a la reincidencia propia.....</b>	<b>12</b>
<b>CAPITULO I.....</b>	<b>17</b>
<b>REGULACION DE LA REINCIDENCIA EN CHILE .....</b>	<b>17</b>
<b>1. Fundamentos de la regulación vigente .....</b>	<b>17</b>
<b>2. Critica a los fundamentos de la regulación normativa .....</b>	<b>20</b>
<b>3. Normas jurídicas que regulan la reincidencia.....</b>	<b>25</b>
<b>3.1) Código Penal .....</b>	<b>25</b>
<b>3.2) Ley 18.216 .....</b>	<b>29</b>
<b>3.3.) Decreto N°2442 de 1926.....</b>	<b>32</b>
<b>3.4) Ley 20.084 .....</b>	<b>33</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>37</b>
<b>FACTORES QUE INCIDEN EN LA REINCIDENCIA.....</b>	<b>37</b>
<b>1- Reincidencia como un proceso criminológico multifactorial .....</b>	<b>33</b>
<b>2- Factores que influyen a la reincidencia en general.....</b>	<b>39</b>
<b>2.1 Pena y efecto carcelario como factores de reincidencia.....</b>	<b>40</b>
<b>2.2 Factores sociales.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3 Factores Psicológicos.....</b>	<b>49</b>
<b>3- Factores que influyen a la reincidencia en los delitos de robo y hurto .....</b>	<b>50</b>
<b>CAPITULO III.....</b>	<b>55</b>
<b>1- Relación entre la reincidencia y los Derechos Humanos .....</b>	<b>55</b>
<b>2- Paradigma actual de la reincidencia en el sistema penal chileno.....</b>	<b>60</b>

3- Análisis de los delitos de robo y hurto desde una concepción crítica de la reincidencia .....	64
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>75</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>79</b>

## INTRODUCCIÓN

### 1. Concepto de reincidencia

La palabra reincidencia, según lo estipulado por la Real Academia Española, deriva del latín *reincidere*, compuesta de la suma del prefijo *re*, que alude a la repetición de algo, y del verbo latino *incidere*, que significa “caer”, de modo que la palabra *reincidere* se traduciría como “volver a caer”. Por su parte, nuestro derecho carece de una definición legal de reincidencia, por lo que ha sido la doctrina quien se ha encargado de esto, explicando a la reincidencia como la ejecución de uno o más conductas punibles por parte de un sujeto que ya ha sido condenado previamente por otro u otros delitos<sup>1</sup>, siendo dicha condena la que distingue a la reincidencia de la reiteración, en la cual no existe una sanción entre las conductas delictivas desplegadas por el sujeto. De esta forma, si se cometen dos hurtos seguidos en un determinado periodo de tiempo, sin que exista un control institucionalizado entre ambas conductas punibles, estaremos frente a una conducta reiterada, en cambio, si como consecuencia del primer hurto la conducta del sujeto es objeto de control por parte de los Tribunales de Justicia, el segundo hurto configurará un caso de reincidencia, y no de reiteración, generando cada uno de estos supuestos distintos efectos jurídicos.

A las nociones antes expuestas, cabe agregar que la literatura internacional ha entendido que “*un infractor reincide cuando ha cometido una acción tipificada como delito por el Código Penal, o alguna de sus leyes especiales, aun cuando la misma puede no ser conocida por los sistemas de control formal*”<sup>2</sup>. De esta forma la reincidencia existe con la sola comisión de una conducta desviada tipificada, sin ser necesario un segundo contacto con el sistema de justicia penal.

---

<sup>1</sup> Mario Garrido Montt define a la reincidencia como “*la ejecución de uno o más delitos por un sujeto después de haber sido condenado por sentencia firme por otro u otros delitos*” (Derecho Penal Parte General Tomo I , 2001, pág. 208). De manera similar, Enrique Cury explica que “*existe reincidencia cuando el sujeto que ha sido condenado por uno o más delitos incurre, después de ello, en otra u otras conductas punibles*”. (Derecho Penal Parte General , 2009, pág. 504)

<sup>2</sup> Biderman y Reis, *On Exploring the “Dark Figure of Crime”*, 1969, en (Morales, Muñoz, Welsch, & Fábrega, 2012, pág. 8)

En atención a las definiciones antes esbozadas, si bien el concepto de reincidencia no es unívoco, es posible establecer que la reincidencia en general requiere de tres supuestos para constituirse, 1) la comisión de uno o más delitos en primera instancia, 2) la existencia de un control formal como consecuencia de este o estos delitos, (entendiéndose como tal cualquier contacto institucional con el sistema de justicia penal) y 3) la comisión de uno o más delitos, posteriores a dicho control formal.

Lo anterior no significa que si existe un segundo control formal sobre estos últimos delitos posteriores a la primera condena no hay reincidencia, ya que la misma se constituye con la conducta punible posterior a ella y no con una nueva intervención institucional, sin perjuicio de que en caso de una segunda condena operaran distintas normas jurídicas (específicamente las relativas a la reincidencia misma), adicionalmente a las que tuvieron lugar al momento de determinar la pena en la primera condena, pero si es posible distinguir en este caso entre dos tipos de reincidencia<sup>3</sup>. Si existe un segundo contacto con el sistema de justicia penal, ya sea a través de una denuncia, la investigación de este último hecho punible, o incluso la sanción de estos, estaremos frente a una reincidencia legal, pero si no ha existido ningún acercamiento con la justicia formal como consecuencia de los delitos cometidos de forma posterior a la primera sanción, estaremos hablando en cambio de una reincidencia criminológica. Cabe destacar que, en este último caso, nos encontraremos también frente a la llamada “cifra negra”, o delitos de los cuales el sistema de justicia penal desconoce aún su existencia, por lo que para efectos estadísticos sólo es posible trabajar en base a la reincidencia legal, ya que esta es la reincidencia de la cual se tienen conocimientos empíricos.

Una clasificación que resulta de vital interés para efectos del presente estudio es la que distingue entre reincidencia propia o verdadera, y reincidencia impropia o ficta<sup>4</sup>. La reincidencia propia tiene lugar cuando la pena anterior a la realización del o los delitos que configuran la reincidencia se ha cumplido, de modo que han tenido lugar los efectos que la pena debe cumplir sobre el sujeto, en cambio, la reincidencia

---

<sup>3</sup> Núñez, B., & Coó, A. (1995). Consideraciones teóricas y metodológicas acerca de la investigación de la reincidencia delictual en criminología. 22(2), pág. 328.

<sup>4</sup> Cury, *Óp. Cit.*, pág. 505.

impropia es aquella que se produce cuando, a pesar de existir una condena, todavía no han surtido los efectos de la pena, ya sea porque no se ha iniciado la ejecución de la misma o porque todavía aún se está cumpliendo, como es el caso de la persona sujeta al cumplimiento de una pena sustitutiva. Hecho esta distinción, resulta más relevante analizar la reincidencia propia – sin desmerecer la importancia de la reincidencia impropia – debido a que en este caso el sujeto ya ha cumplido su pena en su totalidad, de modo que, para efectos institucionales, es posible al menos tener la expectativa de que el sujeto ha sido rehabilitado, o su conducta ha sido corregida, lo cual no es posible en el caso de la reincidencia ficta, ya que la sanción impuesta aún no ha terminado de ejecutarse.

Según el informe de reincidencia confeccionado por la Fundación Paz Ciudadana en el año 2013, de 16.911 personas condenadas en sistema cerrado, el 50,5 % presentó al menos un nuevo contacto con el sistema de control formal en un periodo de 36 meses (reincidencia legal propia), lo cual se traduce en que la pena sólo ha logrado cumplir sus fines de corrección y reinserción social sobre la mitad de los sujetos que sufrieron la pena privativa de libertad, de modo que es inevitable analizar si es que esta sanción es realmente apta para cumplir con dicho objetivo, ya que si la mitad de las personas que han cumplido una pena privativa de libertad, vuelven a cometer uno o más delitos, queda de manifiesto que la función preventiva especial o rehabilitadora de la pena está operando de forma defectuosa.

Por último, la doctrina nacional distingue también entre reincidencia genérica y reincidencia específica<sup>5</sup>, siendo la primera aquella que tiene lugar cuando el delito que configura la reincidencia no es del mismo tipo que el delito que provocó el primer control formal sobre el sujeto, y la segunda aquella que existe cuando ambos delitos corresponden a la misma especie. Así, existirá reincidencia específica si tanto el primer delito que provocó el control formal como el segundo delito posterior a este corresponden robos con intimidación, en cambio, si el último hecho punible equivale al delito de fraude, habrá una reincidencia genérica.

---

<sup>5</sup> Ídem.

## **2. Problemática asociados a la reincidencia propia**

Una vez ya definida la reincidencia y sus posibles clasificaciones, queda inmediatamente expuesta la utilidad que ésta presenta para el sistema de justicia penal, y a la vez el problema que manifiesta. Efectivamente, la reincidencia, y particularmente la reincidencia propia, es un medidor empírico de la eficacia de la intervención penitenciaria<sup>6</sup>, de modo que, en un sistema de justicia penal cuya legitimidad se funda en el estado de derecho<sup>7</sup>, en que las penas deben estar orientadas fundamentalmente a un fin preventivo especial, una tasa alta de reincidencia simboliza una defectuosa intervención formal del delito, y en general de la idoneidad de las políticas públicas en materia de control del mismo<sup>8</sup>.

En base a lo anterior, la reincidencia entonces proporciona evidencia empírica acerca de la aptitud de la sentencia y la sanción para alcanzar los objetivos deseables de la pena como mecanismo institucionalizado de rehabilitación social. Esto debido a que si se concibe que el único fundamento de la pena es castigar una conducta contraría a

---

<sup>6</sup> Nguyen, Arbach- Lucioni, y Andrés- Pueyo (Factores de riesgo de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria , 2011, pág. 278), explican que la reincidencia es un indicador empírico de la eficacia de la intervención penitenciaria, un criterio del funcionamiento del sistema penitenciario y un criterio para conocer los factores de riesgo de la delincuencia.

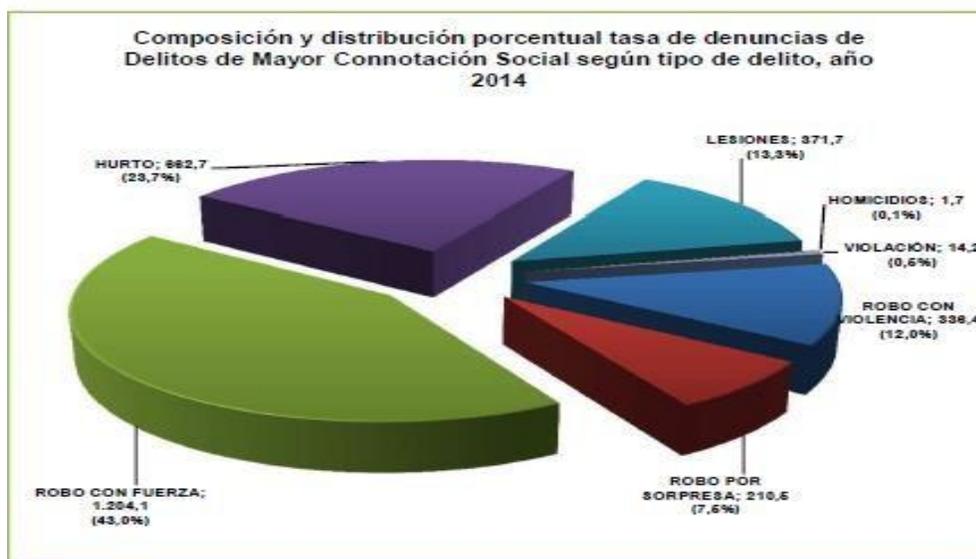
<sup>7</sup> Garrido Montt (Op. cit, pp. 40) explica que la facultad sancionadora del Estado solo se encuentra legitimada cuando se emplea para proteger a la sociedad y siempre que alcance este objetivo. Esta afirmación resulta compleja de analizar, ya que, si los índices de reincidencia son altos, entonces la legitimidad de la pena privativa de libertad es provisional, ya que solo se sustentaría en el periodo de tiempo que el sujeto infractor se encuentra encerrado, operando así de forma defectuosa en cuanto a su obligación de garantizar la seguridad pública.

<sup>8</sup> El estudio realizado por Morales, Muñoz, Welsch y Fábrega para la Fundación Paz Ciudadana (La reincidencia en el sistema penitenciario chileno, 2012, pág. 11) señala que se deben realizar ciertas prevenciones al utilizar la reincidencia como medidor de eficacia de los programas de seguridad pública, explicando que *“en algunos casos, variaciones en las tasas de reincidencia pueden estar más vinculadas a cambios en la política criminal, cuando hay, por ejemplo, una penalización de conductas que antes no lo eran o un mayor énfasis en el encarcelamiento en vez de la utilización de mecanismos de sustitución o suspensión de las penas privativas de la libertad. Aún más, las variaciones en las tasas de reincidencia pueden, incluso, relacionarse con cambios sociales o económicos generales”*.

la moral legal imperante, entonces esta discusión es inofensiva, pues no es válido esperar que el sujeto no vuelva a delinquir si la sanción jamás estuvo encaminada a la reinserción social de éste, siendo así el reproche el único objeto del sistema de justicia.

Según el balance de delincuencia en Chile realizado por la Fundación Paz Ciudadana en el año 2014, la mayoría de los delitos de mayor connotación social cometidos en nuestro país corresponden a delitos contra la propiedad<sup>9</sup>, siendo así el robo con fuerza el delito con una mayor tasa de comisión (43% cada 100.000 habitantes), seguido por el hurto (23,7%) y el robo con violencia (12%). A la luz de este balance, el único delito que alcanzó una tasa superior al 10% cada 100.000 habitantes que no se identificaba como un delito contra la propiedad fue el delito de lesiones (13 %), como lo muestra el siguiente gráfico confeccionado por la Fundación Paz Ciudadana<sup>10</sup>:

**Imagen N ° 1**



A luz de los estudios de reincidencia realizados por la Fundación Paz Ciudadana<sup>11</sup>, el 50,5 % de la población penitenciaria egresada del sistema cerrado cuyo grupo de estudio asciende a 16.911 personas, ha reincidido en términos judiciales, vale decir, reingresan a la cárcel por una nueva condena, mientras que el 71,2% del mismo grupo

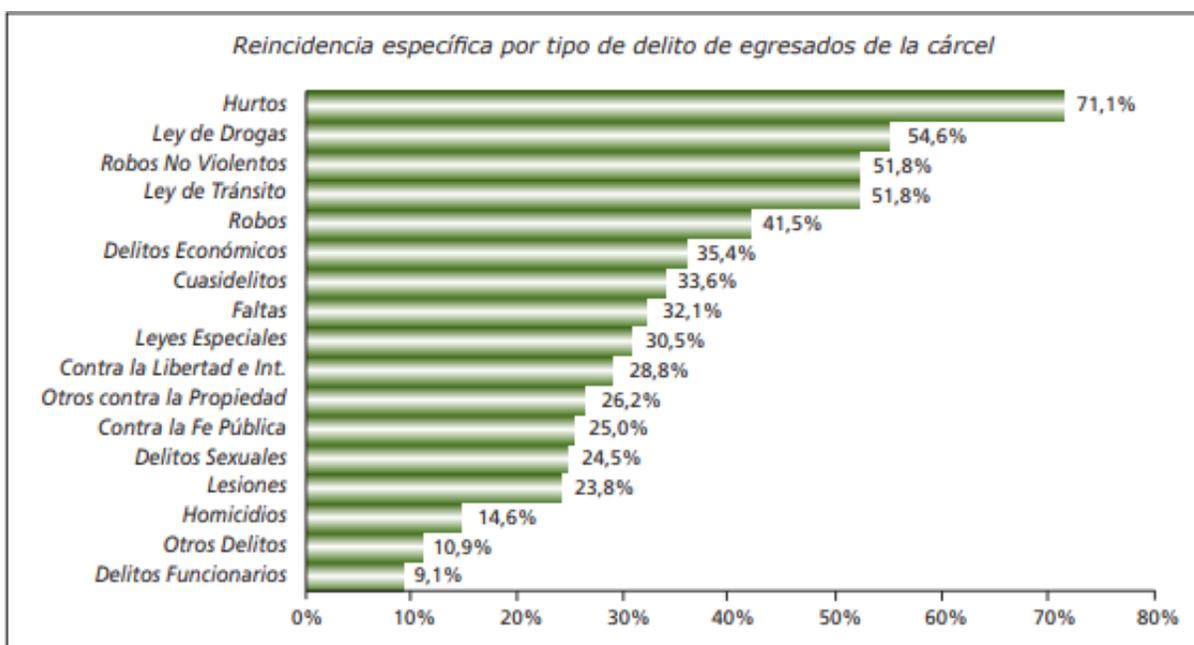
<sup>9</sup> Fundación Paz Ciudadana . (2015). *Balance de la delincuencia en Chile 2014*. pág. 17.

<sup>10</sup> Ídem.

<sup>11</sup> Morales, Muñoz, Welsch & Fábrega. *Óp. Cit.*, pág. 36, tabla N ° 4.

ha reincido en términos meramente penales, es decir, han tenido algún contacto con el sistema de justicia penal, sin que haya acabado necesariamente en una condena, como lo es la mera formalización del sujeto, todo lo anterior, en un periodo de seguimiento de 36 meses. Adicionalmente, el mismo estudio muestra que la reincidencia específica en los delitos contra la propiedad supera en general el 50% exceptuando los robos, donde la tasa alcanza el 41,5%<sup>12</sup>:

**Imagen N ° 2**



Según los datos antes presentados, en general, tratándose de delitos contra la propiedad, uno de cada dos egresados de la cárcel vuelve a cometer exactamente el mismo delito por el cual fue ingresado la primera vez, afirmación indicativa de un ineficiente cumplimiento de la función rehabilitadora de la pena.

Sin embargo, el objeto principal de este estudio recae en los efectos jurídicos particulares en materia de determinación de la pena que operarán sobre la población reincidente, y específicamente sobre los reincidentes específicos de delitos contra la

<sup>12</sup> Ibid., pág. 40.

propiedad, esto debido a que respecto de la reincidencia, tiene lugar una regulación más gravosa en cuanto a la sanción que se aplicará, volviendo más reprochable la conducta, aun cuando es exactamente la misma que fue desplegada antes de la primera condena, mas no es posible tener alguna expectativa de que el sujeto no volverá a delinquir después de la segunda condena, si no es posible siquiera tenerla respecto de la conducta posterior a la primera, por lo que carece de lógica la existencia de una regulación agravada para determinación la pena del reincidente, y tratándose de la reincidencia propia específica, sin una sanción y posterior ejecución de la pena, aptas para rehabilitar al sujeto la actual regulación de la reincidencia no logra fundamentarse.

Para sostener tal afirmación, resulta necesario analizar tres aspectos que resultan relevantes para el presente estudio y su hipótesis. Estos son: 1) la regulación que recibe la reincidencia en nuestro país, 2) los factores de que inciden en la reincidencia, poniendo especial atención a los delitos contra la propiedad, ya que en ellos se manifiesta con mayor magnitud el fenómeno de la reincidencia propia, y 3) la concepción actual de la reincidencia y de las consecuencias que se derivan de la misma, en particular en el caso de los delitos contra la propiedad por las razones ya esbozadas.



## CAPITULO I

### REGULACION DE LA REINCIDENCIA EN CHILE

#### 1. Fundamentos de la regulación vigente.

Para analizar en profundidad en que consiste el fenómeno de la reincidencia y de qué forma impacta en nuestro derecho, es necesario examinar antes brevemente cómo se justifica su existencia en el sistema jurídico. En este sentido, es posible encontrar en la doctrina cuatro grandes argumentos que fundamentan la actual regulación que tiene la reincidencia:

##### 1.1) Prevención especial como efecto de la pena:

En palabras de Enrique Cury, la teoría relativa de la pena, en contraposición a la teoría absoluta cuyo fundamento es la retribución del delito, sostiene que esta solo se justifica cuando *“se emplea como medio para luchar contra el delito y evitar su proliferación”*<sup>13</sup>. Dicho lo anterior, se espera entonces que la pena tenga como efecto esperable la resocialización del sujeto infractor, de modo que el fenómeno de la reincidencia se vería explicado por la ineficacia de la primera pena para corregir la conducta del individuo<sup>14</sup>. Resulta importante destacar que este razonamiento implica que esta ineficacia se debe a la insuficiencia cuantitativa de la pena y no cualitativa de la misma, por lo que la solución aplicable a la reincidencia es que la segunda pena sea de mayor duración que la primera para que tenga mayor probabilidad de corregir la conducta del

---

<sup>13</sup> Cury, *Óp. Cit.*, pág. 68.

<sup>14</sup> Politoff, Matus y Ramírez señalan que *“nuestro Código impone en las circunstancias 14a, 15a y 16a, una agravación adicional a quien ha sido condenado por un nuevo delito,94 cometido con posterioridad a una condena anterior, basada en la idea clásica de que el reincidente no ha aprovechado suficientemente el castigo anterior para enmendar su rumbo”* (Lecciones de derecho penal chileno Parte General , 2003, pág. 520).

infractor<sup>15</sup>, ya que la pena anterior fue demasiado breve para impactar significativamente en la conducta del sujeto.

Si el sujeto infractor se resiste a corregir su conducta, el efecto preventivo del delito operará, ya no como un mecanismo de resocialización, sino que, como un método de marginación del infractor incorregible de la sociedad, justificando de esta forma el endurecimiento de la pena, aunque el fin rehabilitador de la pena fracase.<sup>16</sup>

### 1.2) Prevención general negativa como efecto de la pena:

La teoría relativa de la pena explica que ésta, además de afectar infractor en particular, actúa también sobre la comunidad en su conjunto, lo que la doctrina denomina prevención general positiva y prevención general negativa. La primera tiene por objeto reafirmar el cumplimiento de las normas básicas de convivencia social, mientras que la segunda persigue desanimar a los integrantes de la sociedad de cometer un delito a través de la amenaza de la pena. Es esta última donde adquiere mayor relevancia la regulación de la reincidencia, puesto que al tratarse de un sujeto reincidente, resulta obvio que la amenaza inicial de la pena no fue efectiva, por lo que naturalmente la prevención general negativa operará aumentando la magnitud de la pena para desmotivar a los integrantes de la sociedad que persisten en llevar a cabo hechos delictivos, ya que fueron insensibles a la intimidación generada por una primera condena, por lo que la amenaza más severa de una segunda pena de mayor duración será más capaz de desanimar a los miembros de la comunidad que ya fueron condenados de reiterar su infracción.

---

<sup>15</sup> Antonio Martínez de Zamora al señalar la insuficiencia de la primera pena como teoría legitimadora de la reincidencia, explica que cuando un individuo que ya fue condenado vuelve a delinquir, significa que la pena impuesta por el legislador no ha logrado ejercer sus efectos sobre este sujeto, lo cual significa *“no un vicio general de la pena, sino una deficiencia especial en su relación con aquel hombre... significa que en la pena ordinaria hay un defecto de gravedad relativa... Por tanto, a aquél que se muestra insensible a la pena ordinaria hay que infligirle una pena más fuerte”*. (La Reincidencia, 1969-1970, pág. 36)

<sup>16</sup> Politoff, Matus y Ramírez señalan que el pensamiento de Von Lizst puede resumirse de la siguiente manera: “1. Corrección de los delincuentes capaces y deseosos de ser corregidos. 2. Intimidación de los delincuentes que no quieren ser corregidos. 3. Neutralización de los delincuentes incapaces de ser corregidos”. (Lecciones de derecho penal chileno Parte General, 2003, pág. 63)

### 1.3) Peligrosidad del sujeto reincidente

De forma similar al razonamiento esbozado por Von Liszt en la teoría de prevención especial, este argumento fundamenta la regulación de la reincidencia en la necesidad de separar al infractor reincidente del resto de la sociedad, puesto que aún después de haber sido sancionado en una primera oportunidad, ha persistido en su conducta delictiva, de modo que representa un mayor riesgo para la sociedad ya que se trata de un agente incorregible, justificándose así la imposición de una pena más severa que la anterior toda vez que esta permitirá aislar por más tiempo al sujeto de la comunidad. La diferencia con la teoría de Von Liszt es que este justifica el aislamiento en la prevención de delitos futuros por parte del infractor. mientras que el argumento de la peligrosidad del sujeto lo hace solo por el mero riesgo que el individuo representa para la comunidad<sup>17</sup>.

### 1.4) Mayor culpabilidad del sujeto:

Esta postura razona sobre la base que el sujeto que ya ha sido castigado una primera vez conoce mejor la lesividad de su conducta, pues ha sido sancionado como consecuencia de esta, de modo que entiende mejor el desvalor social del injusto que ha cometido, razón por la cual un hecho delictual reincidente se encontraría revestido de una mayor culpa por parte del sujeto, pues este se encuentra en un mayor grado de comprensión de la lesividad del delito y sus consecuencias que quien jamás ha sido condenado, justificándose así la agravación de la pena, toda vez que aun estando en dicho grado superior de entendimiento de su infracción, persiste en su actuar delictivo. <sup>18</sup> Cabe agregar que esta tesis solo tiene sentido como fundamento de la reincidencia específica, pues es a través de la sentencia condenatoria como el infractor entra en

---

<sup>17</sup> Martínez de Zamora explica que, a los ojos del legislador, el reincidente con su conducta demuestra ser más temible y antisocial que el resto de la comunidad, admitiendo en él una mayor responsabilidad social. (La Reincidencia, 1969-1970, pág. 43).

<sup>18</sup> Jescheck, Hans – Henrich. 2002. *Tratado de derecho penal, parte general*. En Sanhueza, Daniela. (2015) Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 8.

conocimiento del desvalor jurídico de su conducta, de modo que solo comprende la antijuricidad del delito por el cual está siendo condenado.

#### 1.5) Tesis de la doble lesión:

Este argumento sostiene que el delito tiene genera dos daños, un inmediato provocando directamente por la lesión del bien jurídico protegido en particular, y un daño mediato, de orden político, consistente en el quebrantamiento del orden jurídico mismo debido a la vulneración de las reglas de convivencia que la comunidad espera que se respeten. Bajo esta perspectiva, la reincidencia, plasmada como una conducta delictiva insistente en el tiempo a pesar de las sanciones previamente impuestas al infractor, representaría directamente un rechazo del sujeto hacia estas reglas de convivencia, configurando así un daño mediato de mayor magnitud debido al desprecio que el agente reincidente manifiesta en contra del orden jurídico y social. De esta forma, el aumento en la severidad de la pena encuentra fundamento entonces en el asentamiento de la desviación conductual del sujeto y en la profundización de su rol en la sociedad<sup>19</sup>.

### **2. Critica a los fundamentos de la regulación normativa:**

Se ha optado por explicar brevemente los fundamentos del actual trato que nuestro ordenamiento jurídico da a la reincidencia, con el objeto de comprender el razonamiento que hay detrás de su regulación antes de enfrentarse directamente a la norma jurídica. Sin embargo, no es posible exponer dichos fundamentos sin hacerse cargo de su legitimidad racional, por lo que resulta vital para un estudio crítico de la figura en análisis cuestionar los argumentos que sustentan la regulación de la reincidencia.

#### 2.1) Prevención especial como efecto de la pena:

---

<sup>19</sup> Zaffaroni, Eugenio. (1993). Hacia un realismo jurídico penal marginal. pág. 124.

Resulta lógico que la reincidencia obligue al menos a cuestionar la efectividad de la pena y sobre todo a su función resocializadora del infractor, ya que claramente este objetivo no ha sido alcanzado. Sin embargo, no es epistemológicamente posible atribuir dicho fracaso en su totalidad a la duración de la sanción, pues dicha conclusión requiere antes de un examen cualitativo de la pena impuesta al sujeto. Al respecto, Enrique Cury señala que *“el fracaso de la primera pena induce no solo a pensar a que esta pudo haber sido insuficiente, sino también que acaso por su naturaleza sea inidónea para lograr la resocialización del reconvicto”*<sup>20</sup>.

En efecto, para determinar adecuadamente qué factores están detrás del resultado negativo de la pena, es necesario analizar también la aptitud de la sanción tanto cualitativa como cuantitativamente, pues ésta es la única forma de evaluar objetivamente la eficacia de la misma, de modo que, simplemente agravar la responsabilidad penal del sujeto reconvicto implica necesariamente asumir que la función resocializadora falló debido a la corta duración de la condena inicial, lo cual para estos efectos es evadir el problema de fondo detrás de la ineficacia ya mencionada. Incluso aún si se intenta justificar la agravación de la pena del sujeto reconvicto en su carácter de incorregible, esto implica reconocer que el fin resocializador de la pena es intrínsecamente imperfecto, pues no siempre el infractor será susceptible de ser reinsertado en la sociedad, justificando su marginación.

## 2.2) Prevención general negativa como efecto de la pena:

Puesto que, necesariamente la reincidencia implica una condena inicial previa, la simple existencia de la reincidencia ya permite inferir la poca efectividad de la función intimidadora de la pena, de modo que, si el sujeto ya fue insensible a la amenaza de sufrir una primera condena, dudosamente la amenaza de una pena más severa será suficiente para desmotivar al reconvicto de volver a delinquir. No parece haber un argumento convincente para afirmar que agravar la responsabilidad del sujeto reconvicto lo desmotivara de cometer nuevos delitos, especialmente si se considera

que la severidad de la sanción no es en general un elemento determinante para el delincuente al momento de decidir llevar a cabo una conducta ilícita.

### 2.3) Responsabilidad penal por el mero hecho de ser reincidente

Aún si se renuncia a la posibilidad de resocializar al infractor, la teoría de la prevención especial como fin de la pena propone adicionalmente que el sujeto incorregible o que se resiste a abandonar su comportamiento delictual debe ser separado de la comunidad con el objeto de evitar la comisión de nuevos delitos. Este razonamiento implica justificar el aumento de la pena del sujeto solo por el mero hecho de ser un infractor reincidente, lo que significa que el delito realizado por un reincidente merece mayor censura toda vez que el sujeto ya había sido titular de una sentencia condenatoria previa, aunque se trate exactamente del mismo delito que lleve a cabo una persona que jamás ha sido condenada.

Este razonamiento es el mismo que sustenta a la teoría del riesgo y a la teoría de mayor culpabilidad del sujeto, puesto que ambas pierden de vista al hecho delictivo realizado por el sujeto post condena inicial y se centran en el sujeto reincidente propiamente tal, exponiendo la primera que el individuo constituye un mayor peligro para la sociedad solo por poseer dicha condición y la segunda que el individuo se encuentra en un nivel de conocimiento mayor que el resto de la sociedad que no ha sido condenada, de modo que ninguna de las dos teorías se fija en el delito realizado por el reincidente, aunque la segunda teoría exige necesariamente que los delitos pre y post condena inicial se identifiquen entre sí.

Dicho lo anterior, es posible detectar al menos tres argumentos detractores del razonamiento antes expuesto:

a) Responsabilidad penal por el hecho: nuestro derecho penal atribuye responsabilidad al sujeto por su culpabilidad sobre un determinado hecho que reviste caracteres de delito, toda vez que se encontraba en la posibilidad de obrar de forma distinta y conforme a derecho<sup>21</sup>, sin embargo, la reincidencia opera agravando la responsabilidad del sujeto en virtud de su comportamiento anterior, aquel por el cual

---

<sup>21</sup> Politoff, Matus y Ramírez. *Óp. Cit.* pág. 72.

fue condenado una primera vez, distrayéndose del hecho en sí mismo<sup>22</sup>, lo cual explica que dos sujetos que hayan participado en el mismo hecho delictual y tengan el mismo grado de participación sobre el mismo, reciban una pena distinta, en virtud del carácter de reincidente de uno de los acusados, característica que en nada se relaciona con la comisión del último delito.

El razonamiento antes expuesto corresponde a la forma en la cual funciona el derecho penal de autor<sup>23</sup>, caracterizado por centrarse en la persona del infractor en lugar del hecho delictivo en sí, ya que la agravación de la pena se funda en un supuesto de peligrosidad otorgado al sujeto en virtud de la reiteración de su actividad criminal. En efecto, la agravante de la reincidencia constituye un sobre valor a un elemento totalmente ajeno al hecho que motivará la nueva sentencia, obligando al infractor a soportar una sanción más severa por su participación en un hecho pasado completamente aislado del nuevo delito y por el cual ya fue condenado previamente. Cabe destacar en este apartado que el artículo 3 del Código Penal señala en su inciso tercero que “*el que cometiere un delito será responsable de él*”, premisa que reafirma que el elemento central de nuestro derecho penal es el delictivo en sí mismo, el cual a la vez se define como una conducta típica, antijurídica y culpable<sup>24</sup>, de modo que la aplicación de la pena se justifica en la responsabilidad de la persona sobre ese hecho determinado, siendo la reincidencia un elemento extraordinario a esta responsabilidad, pues emana de un hecho anterior.

b) Principio non bis in ídem: de la misma forma que con el argumento anterior, la agravación de la responsabilidad por un hecho ajeno al nuevo delito no sólo se aparta de la lógica general seguida por nuestro derecho, sino que importa sancionar al sujeto nuevamente por un hecho por el cual ya fue condenado o en su defecto por el cual se encuentra cumpliendo condena actualmente, de modo que la responsabilidad por el primer delito se extendería también a la pena por el segundo. Al respecto, Sergio Politoff señala que la regulación de la reincidencia atenta contra el principio non bis ídem, “*ya que el hecho recibe un castigo adicional en consideración a un hecho del*

---

<sup>22</sup> Mera, Jorge. (1998). Derechos humanos en el derecho penal chileno. pág. 140-143.

<sup>23</sup> Politoff, Matus y Ramírez. *Óp. Cit.* pág. 171.

<sup>24</sup> *Ibid.* pág. 158.

*pasado por el cual ya sufrió la pena correspondiente y que es ajeno al hecho sobre el cual reside la actual sentencia”<sup>25</sup>*

c) Principio de igualdad: finalmente, la vulneración al principio de responsabilidad por el hecho descrita en los últimos apartados, atenta también contra el principio de igualdad ante la ley consagrado en el la Constitución Política de la Republica en su artículo 19 N ° 2, ya que, como bien lo señala Juan Bustos, “*a iguales hechos se imponen sanciones distintas, tomando antecedentes ajenos a los que motivan la sanción y sin atinencia con la culpabilidad*”<sup>26</sup>, de modo que el carácter de reincidente generaría una discriminación injusta a la hora de establecer la sentencia, pues la agravación de la pena proviene de un hecho anterior al cual se está juzgando.

#### 2.4) Tesis de la doble lesión:

Finalmente, queda analizar la teoría del daño mediato del delito reincidente. Al respecto, cabe decir que la afirmación de que la reincidencia importa una lesión política a la legitimidad social del ordenamiento jurídico por el mero hecho de consistir en la persistencia de la actividad delictual post pena aflictiva no se sustenta en ningún argumento de derecho, por el contrario, ninguna norma jurídica o principio permite sostener que existe un daño de carácter público en el delito cometido por un sujeto reincidente, de modo que esta tesis parece obedecer a una línea argumentativa de carácter mucho más político que jurídico<sup>27</sup>. Adicionalmente, aun si se considera que existe un daño mediato o político, dicha lesión rara vez resultaría trascendente, debido a que, en su mayoría, los únicos que conocen el carácter de reincidente del infractor

---

<sup>25</sup> Ibid. pág. 171.

<sup>26</sup> Bustos, Juan, (1989). Manual de derecho penal parte general. En Sanhueza, Daniela. (2015) Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, pág. 8.

<sup>27</sup> Zaffaroni, en virtud de la debilidad de los argumentos que persiguen agravar la conducta reincidente, califica dichos fundamentos como una expresión de autoritarismo estatal, toda vez que se sustentan en la justificación de lo que él llama una suerte de iatrogenia penal, y no en una auténtica lesión adicional al delito en sí mismo. (Zaffaroni, *Óp. Cit.* pág. 124).

es el entorno judicial próximo al mismo individuo, vale decir, los intervinientes en el proceso penal respectivo al delito post primera sentencia.<sup>28</sup>

### **3. Normas jurídicas que regulan la reincidencia**

#### **3.1) Código Penal**

El Código Penal no define en general en qué consiste el concepto de reincidencia, sino que se limita a señalar sus efectos, de modo que en general ha sido la doctrina la llamada a establecer qué se debe entender por reincidencia y cuál es su alcance. Sin perjuicio de lo anterior, particularmente tratándose del delito de hurto falta frustrado, el legislador si se preocupó de establecer claramente una noción de reincidencia en el inciso cuarto del artículo 494 bis, para efectos de duplicar y hasta triplicar la multa correspondiente si el sujeto reincide una o más veces, señalando que *“se entenderá que hay reincidencia cuando el responsable haya sido condenado previamente por delito de la misma especie, cualquiera haya sido la pena impuesta y su estado de cumplimiento”*, definición que corresponde a la reincidencia específica, sea propia o impropia.

Del análisis de la reincidencia en el Código Penal, es posible establecer que opera de dos formas; una forma general en la cual la reincidencia actúa como circunstancia agravante de la responsabilidad penal, aplicable a cualquier delito, y una forma específica, estableciendo una sanción más severa en el caso de algunos delitos.

La forma general de operar de la reincidencia se encuentra regulada en los numerales 14, 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, norma que establece cuáles son circunstancias agravantes de la responsabilidad penal, de modo que manifiesta sus efectos al momento de determinar la pena del infractor. Como consecuencia de lo anterior, siempre que las leyes o reglamentos se refieran a la reincidencia se referirán

---

<sup>28</sup> Sanhueza, Daniela. *Óp. Cit.* pág. 9.

a la reincidencia legal, es decir, la comisión de un nuevo delito de forma posterior a una condena inicial entrando en contacto con el sistema de justicia como consecuencia de este último delito, pues sólo de esta forma tiene sentido hablar de la determinación de una nueva pena. Esto resulta lógico, ya que la reincidencia criminológica si bien implica la comisión de un nuevo delito, requiere que el sujeto aún no entre en contacto por segunda vez con el sistema de justicia.

El numeral 14 del artículo 12 establece que es una agravante “*cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento*”, de lo cual se deduce que se refiere a la reincidencia impropia o ficta, ya que el infractor reincidente aún se encuentra cumpliendo su condena inicial por el primer delito.

El numeral 15 del artículo 12 señala como agravante “*haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena*”, hipótesis que hace referencia a la reincidencia genérica, vale decir, aquella que no exige identidad entre el delito que motivó la condena inicial y el que tuvo lugar después de dicha condena, exigiendo como requisito que este primer delito contemple al menos la misma duración de pena que el nuevo delito, de lo que se concluye que, si en virtud de la pena señalada en la ley, el primer delito pre condena inicial es menos censurable que el delito posterior a esta condena, la reincidencia no es trascendente para el derecho penal.

En cambio, el numeral 16 del artículo 12 señala como agravante “*haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos de la misma especie*”, haciendo referencia esta vez a la reincidencia específica, es decir, que el reincidente comete el mismo delito por el cual fue condenado la primera vez o en su defecto uno de la misma naturaleza, sin establecer una similitud de gravedad como si lo hace con el numeral anterior, sino que solo de identidad de género entre los hechos delictuales.

Habiendo señalado las normas jurídicas en las cuales se regula el efecto general de la reincidencia y en que hipótesis esta resulta relevante para el derecho penal, corresponde analizar cómo se aplica en concreto. Como ya fue señalado anteriormente, la reincidencia recibe aplicación al momento de determinar la pena del

infractor reincidente, de modo que la forma en la cual opera se encuentra subsumida en los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, los cuales señalan la forma en la cual se aplican las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, de manera que en el efecto de la reincidencia es el de cualquier circunstancia agravante, de modo que sus efectos son los siguientes:

- a- Cuando la ley señale una pena indivisible, la reincidencia impedirá que se aplique una pena inferior a la señalada si es que concurren dos o más circunstancias atenuantes.
- b- En cambio, si la ley señale dos penas indivisibles, la reincidencia forzará la aplicación de la pena en su grado máximo siempre que no concurren atenuantes.
- c- En caso de que la ley señale una pena divisible la reincidencia 1) forzará la aplicación de la pena en su máximo siempre que no concurren atenuantes, 2) impedirá que se aplique una pena inferior a la señalada si es que concurren dos o más circunstancias atenuantes, o 3) o puede implicar la aplicación de una pena superior en un grado si se complementa con una o más agravantes.
- d- Si la ley señala una pena compuesta por dos o más grados, la reincidencia operará de la misma forma que cuando se señala una sola pena divisible, solo que, en lugar de forzar la aplicación del máximo de la pena, impedirá que se aplique el grado menor disponible siempre que no concurren atenuantes.
- e- En todos los casos mencionados, si concurre la reincidencia junto con una o más atenuantes, el Tribunal procederá a compensar racionalmente todas las circunstancias modificatorias, graduando su valor para la aplicación de la pena.

Finalmente, el artículo 104 del Código Penal, establece un margen de tiempo en el cual la reincidencia tendrá relevancia para efectos de constituir una agravante, el cual se compone de 10 años para los crímenes y 5 años para los simples delitos, plazos que comienzan a correr a desde la fecha de ejecución del hecho. Cabe destacar que esta norma solo se refiere a los numerales 15 y 16 del artículo 12, por lo que hace referencia a la reincidencia propia, puesto que la reincidencia ficta implica que el sujeto aún se encuentra cumpliendo una primera condena, hipótesis explícitamente señalada

en el numeral 14 de dicho artículo, sin embargo, es este caso es el mismo numeral quien señala un margen de tiempo para que la reincidencia impropia tenga efecto como agravante, el cual corresponde al plazo por el cual el sujeto puede ser castigado por el quebrantamiento, lapso de tiempo que dependerá de la prescripción de la pena.

Corresponde a continuación examinar la forma específica en que la reincidencia opera en algunos delitos. En este caso, el legislador estableció un efecto concreto para la reincidencia en ciertos casos, razonamiento que atiende a que se consideró que particularmente en esos delitos la reincidencia era aún más censurable. No es materia de este estudio analizar cada uno de estos casos, pero es relevante al menos nombrarlos para tener una idea de a que delitos el legislador atribuyó un carácter más grave tratándose de la reincidencia:

- a- Quebrantamiento de la condena de presidio, reclusión o prisión (artículo 90 número 2)
- b- Quebrantamiento de la condena de inhabilidad para ejercer cargos u oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares (artículo 90 número 5)
- c- Quebrantamiento de la condena de suspensión cargos u oficios públicos, o profesión titular (artículo 90 número 6)
- d- Emisión de certificación falsa por parte de un facultativo o incurrir en alguna de las falsedades del artículo 196 abusando de sus facultades como funcionario público. (artículo 202 inciso cuarto)
- e- Autores, empresarios, administradores, comisionados o agentes de loterías no autorizadas legalmente (artículo 276 inciso tercero)
- f- Homicidio, infanticidio o maltrato de menores de edad, mayores de edad o personas en estado de discapacidad (artículo 403 queáter)
- g- Apropiación indebida, robo con violencia o intimidación, robo con fuerza en las cosas, delito de hurto y abigeato (artículo 449 número 2)
- h- Receptación (artículo 456 bis A inciso cuarto)
- i- Delito de usura (artículo 472 inciso segundo)
- j- Cuasidelito de homicidio o lesiones ejecutados por medio de vehículos a tracción mecánica o animal (artículo 492 inciso segundo)

k- Hurto falta en estado de frustrado (artículo 494 bis inciso cuarto)

En los delitos antes mencionados, la reincidencia funciona básicamente aumentando la severidad de pena correspondiente o en su defecto, imponiendo el grado máximo de esta, salvo de dos excepciones, la primera, tratándose de los delitos contra la propiedad señalados en el artículo 449, en cuyo caso la reincidencia impedirá que se aplique el grado inferior de la pena. Y la segunda, tratándose del delito de usura, en el cual reincidencia de un nacionalizado conlleva la cancelación de dicha nacionalidad.

De esta forma se concluye que la reincidencia opera de forma general en el Código Penal como una circunstancia agravante de la responsabilidad penal, teniendo por ende como efecto principal impedir que se apliquen las opciones más favorables al momento de determinar la pena, de forma específica imponiendo directamente penas superiores a las normales, llegando en un caso hasta la cancelación de la nacionalidad, quedando entonces más que claro el efecto pernicioso que tiene sobre el condenado.

### 3.2) Ley 18.216

La Ley 18.216 establece penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad. Si bien rara vez esta ley hace mención de los vocablos *reincidencia* o *reincidente*, hace múltiples alusiones a ella, señalando que las penas sustitutivas contenidas en esta ley podrán decretarse “*si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito*”, expresión que se utiliza al momento de enumerar los requisitos de la mayoría de las penas sustitutivas, excepto de la expulsión y de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad. De este modo, la expresión antes señalada es esgrimida en la ley: 1) en la letra b del artículo 4, señalándose como requisito de la remisión condicional, 2) en la letra b del artículo 8, como requisito de la reclusión parcial, y 3) en el numeral 2 del artículo 15, como requisito de la libertad vigilada simple. En el caso de la libertad vigilada intensiva la ley

se remite a los requisitos de la libertad vigilada simple en el inciso tercero del artículo 15 bis, de modo que la exigencia de no haber sido condenado previamente a crimen o simple delito tiene también plena vigencia en ella.

La ley complementa la exigencia de ausencia de condenas anteriores, señalando en el inciso quinto del artículo 1 que “*no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito*”, expresión que repite en los artículos expuestos en el párrafo anterior, de modo que la reincidencia sólo sería relevante si tiene lugar dentro de los 5 años siguientes al cumplimiento de la condena tratándose de un simple delito, o diez tratándose de un crimen. Esta medida, claramente orientada a evitar que la reincidencia afecte al sujeto durante todo el resto de su vida, parece adquirir relevancia sólo tratándose de la reincidencia propia, toda vez que la ley habla de *condenas cumplidas*, lo cual resulta lógico, puesto que en la reincidencia impropia el sujeto no ha terminado de cumplir su condena, por lo que si comete un nuevo delito deberá cumplir el saldo insoluto de su primera pena más la pena correspondiente al último delito, por lo que difícilmente accederá a una pena sustitutiva.

Cabe destacar que, en el caso de la reclusión parcial, el artículo 8 letra b, a diferencia de las demás penas sustitutivas, contempla dos hipótesis en las cuales el sujeto podrá optar a esta pena a pesar de ser reincidente, estas son, que la anterior pena privativa o restrictiva de libertad no excediera de dos años, o en defecto, que el sujeto haya sido condenado a más de una pena sin superar este límite de tiempo. Sin perjuicio de lo anterior, la misma norma jurídica establece dos límites a estas hipótesis, en las cuales de todas formas no podrá optar a la pena de reclusión parcial. La primera limitación restringe la cantidad de veces que a un sujeto se le puede imponer la pena de reclusión parcial, señalando la ley un máximo de dos oportunidades. La segunda limitación en cambio dice relación con la naturaleza del nuevo delito, estableciendo que, tratándose de los delitos de apropiación indebida, robo con violencia o intimidación, robo con fuerza en las cosas y de hurto, si en la primera condena se le impuso la pena de reclusión parcial no podrá volver a optar a ella. Por supuesto, todas las posibilidades antes expuestas deben encontrarse dentro del límite de cinco o diez años según se

trate de un crimen o simple delito, analizado previamente. Dicho esto, se debe recalcar entonces que, tratándose de la pena de reclusión parcial, si bien, la reincidencia continúa teniendo un efecto negativo sobre la concesión de esta, la ley contempla un margen de tolerancia, aunque imponga una curiosa excepción en el caso de algunos delitos contra la propiedad.

Tratándose de la pena de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, se debe destacar que, si bien no se hace alusión directa a la reincidencia en sus requisitos, la letra b del artículo 11 de la Ley señala que se considerará la conducta anterior del sujeto, entre otros elementos, para establecer la presunción de que esta sanción *“lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos”*. Considerando que la reincidencia representa la comisión de al menos un delito anterior a la nueva condena, resulta claro que es un factor que influye en la valoración de la conducta anterior del infractor, de modo que la ausencia del carácter de reincidente si es requisito para decretar esta pena, aunque se manifieste de forma más indirecta que en las demás.

Adicionalmente a lo ya expuesto, la Ley 18.216 se refiere textualmente a la reincidencia en dos ocasiones, en el artículo 20 inciso primero, señalando que los delegados de libertad vigilada, sea simple o intensiva, tienen como objetivo conducir el proceso de reinserción social de la persona condenada para evitar su reincidencia y facilitar su integración a la sociedad, y en el numeral 1 del artículo 33, estableciendo que los informes de Gendarmería deben contener una opinión técnica acerca de los factores de riesgo de reincidencia del infractor, *“a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinsertarse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad”*. Estas dos normas jurídicas tienen la particularidad de regular mecanismos de prevención de la reincidencia, en lugar de solo asignarle un desvalor jurídico o un efecto negativo, como es la regla general según lo analizado hasta este punto, sin embargo, es inevitable concluir de todas formas que en la Ley 18.216 la reincidencia opera como un mecanismo de restricción al acceso de penas sustitutivas, sin perjuicio de estas dos excepciones.

### 3.3.) Decreto N°2442 de 1926

Si bien no tiene el valor normativo jerárquico de una ley, resulta relevante analizar también el decreto N °2442 que fija el reglamento del Decreto Ley 321 sobre libertad condicional, en particular, porque originalmente el decreto en cuestión contenía un párrafo especialmente dedicado a regular los efectos de la reincidencia a la luz de la libertad condicional. Efectivamente, los artículos 22 y 23 que componían el párrafo V del Decreto N °2442, hoy derogados, establecían que la sola calificación de sujeto reincidente tenía como consecuencia rebajar la nota de conducta del mismo, disminuyendo así sus posibilidades de optar a la libertad condicional, tal y como lo sigue evidenciando el artículo 37 del reglamento, el cual realiza un reenvío al derogado párrafo V con el objeto de establecer una carga adicional sobre el sujeto cuya libertad condicional ha sido revocada y que ha sido condenado nuevamente por algún delito.

Esta situación cambió cuando el decreto N °585 de 1973 derogó a los artículos 22 y 23 del reglamento, argumentando que la libertad condicional tiene por objeto “*estimular y obtener la rehabilitación del condenado a una pena privativa de libertad*”, de modo que las normas en cuestión atentan contra el fin del mismo decreto N °2442, toda vez que restringen la posibilidad de los reclusos de salir en libertad condicional, y que “*la experiencia ha demostrado las ventajas del trabajo y las relaciones con el medio social como instrumentos de rehabilitación y los inconvenientes que para la misma trae consigo la permanencia en los recintos carcelarios, todo lo cual hace aconsejable aumentar las posibilidades de aplicación de la libertad condicional*”, evidenciando así, que el legislador posee plena conciencia acerca de las consecuencias socio-jurídicas que significa la aplicación de la reincidencia como un factor de agravación.

Lo curioso es que aun con este precedente que neutraliza el efecto negativo de la reincidencia en la calificación de conducta de los reclusos, el legislador continúa considerando legítima la utilización de la reincidencia como agravante de responsabilidad penal, pero no, así como agravante de la conducta de los internos. Es correcto que esta diferencia implica identificar dos oportunidades diferentes donde la

reincidencia puede tener efectos jurídicos; la determinación de la pena y la calificación de conducta dentro del recinto penal (de las cuales solo la primera continua vigente), y que en dichas oportunidades tales efectos son diferentes, pero en ambos casos, la consecuencia final es la radicación del sujeto reincidente en el centro penitenciario, ya sea imponiendo una sanción más gravosa o impidiendo la salida anticipada del mismo. Sin perjuicio de esta reflexión, es posible constatar que, aunque el decreto N°2442 regulaba en un inicio la reincidencia otorgándole un efecto negativo en relación con la libertad condicional, el mismo legislador considero que dicha regulación era contraria a los fundamentos del decreto.

#### 3.4) Ley 20.084

Otra ley que resulta de suma importancia para el análisis de la regulación normativa de la reincidencia es la Ley 20.084 que establece el sistema de responsabilidad penal adolescente. Cabe aclarar que Ley 20.84 no hace ninguna mención del fenómeno de la reincidencia ni tampoco regula directa o indirectamente sus efectos. Podría considerarse que hace alusión a ella en la de situación descrita en su artículo 28, toda vez que la norma manifiesta que, *si a una misma persona se le imputa una infracción sancionada por esta ley y un delito cometido siendo mayor de dieciocho años, la investigación y juzgamiento de estos hechos se regirá por las normas del Código Procesal Penal aplicable a los imputados mayores de edad*, circunstancia que para confeccionarse requiere de una hipótesis de reincidencia, aunque la norma tiene por objeto solucionar un posible concurso de procedimientos, no otorgando mayor efecto a la reincidencia en sí.

No encontrándose regulada la reincidencia en este cuerpo normativo, cabe destacar que el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 20.084 señala que *“en lo no previsto por ella serán aplicables, supletoriamente, las disposiciones contenidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales”*. De esta norma se desprende que la reincidencia opera también como agravante en el sistema de responsabilidad penal adolescente, pero nada dice acerca de que sucede si la reincidencia tiene lugar por delitos cometidos

ya como adultos, ya que en este caso la reincidencia no operaría en el sistema penal adolescente, sino que desplegaría sus efectos en el sistema penal adulto, por hechos que tuvieron lugar siendo menores de edad y que fueron juzgados bajo la ley 20.084.

En principio, las Reglas Mínimas de la Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, también conocidas como Reglas de Beijing, establecen en su artículo 21.2 que “*los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente*”, sin embargo, la jurisprudencia ha sido sumamente vacilante al momento solucionar la incógnita acerca de la procedencia de la reincidencia como agravante por delitos sancionados al alero de la Ley 20.084 <sup>29</sup>.

A modo de ejemplo, en sentencia de fecha 23 de septiembre de 2009, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol N °869-2011, se estimó que las Reglas de Beijing constituían solamente un principio orientador, de modo que carecería de la naturaleza propia de un tratado internacional ratificado por Chile<sup>30</sup>. De forma contraria, la sentencia de fecha 25 de abril de 2011 de la Corte de Apelaciones de Rancagua, rol 73-11, estipula en su considerando duodécimo, que la regla 21.2 de las Reglas de Beijing “*forma parte del conjunto de instrumentos emanados de la comunidad internacional que protegen los derechos de la infancia y la adolescencia, y tal como lo indica su preámbulo, invita a los Estados miembros, entre los que se encuentra nuestro país, a adaptar la legislación, políticas y prácticas nacionales a dichas reglas*”<sup>31</sup>.

La Corte Suprema en un principio se inclinó por establecer la procedencia de la agravante de reincidencia, como lo demuestra en la sentencia de la causa N °7364 del

---

<sup>29</sup> Edinson Carrasco al momento de analizar la jurisprudencia del cuatrienio 2009-2012 encuentra un total de 53 sentencias que se hacen cargo de la aplicación de la agravante de reincidencia por hechos juzgados bajo la Ley 20.084, de los cuales 37 sentencias estimaron que procede la aplicación de dicha agravante, y 16 estimaron lo contrario (Revisión de la jurisprudencia en materia de antecedentes pretéritos en adolescentes infractores. Fallos que los acogen y rechazan y sus argumentos de base, 2013)

<sup>30</sup> Ibid., pág. 52.

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 25 de abril de 2011, rol 73-11.

4 de diciembre del 2012, en la cual señaló que las directrices establecidas por las Reglas de Beijing datan de 1985, por lo cual eran del conocimiento del legislador al momento de promulgar la ley 20.084 el año 2005, de modo que si dicho cuerpo normativo nada dice al respecto, es porque la voluntad del legislador fue reconocer plenamente la vigencia de la reincidencia por antecedentes pretéritos<sup>32</sup>. Sin embargo, en un fallo más reciente, la Corte Suprema cambió radicalmente de parecer, señalando en su sentencia de la causa N °4419 del 17 de septiembre de 2013, que, sin perjuicio de una posible pugna o no con las Reglas de Beijing, la reincidencia por delitos sancionados bajo el sistema penal adolescente era improcedente debido a que su aplicación pugna formal y materialmente con el artículo 20 de la Ley 20.084, el cual estipula que *“las sanciones y consecuencias que esta ley establece tienen por objeto hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social”*.

Al respecto, el citado fallo establece en su considerando undécimo que existe una colisión material toda vez que *“las sanciones de la Ley N °20.084 tienen un fin expresamente previsto en su artículo 20, esto es, hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de modo que no puede atribuírseles otros fines diversos, ni dentro de su propio sistema de responsabilidad penal, ni mucho menos fuera de éste, como lo sería utilizar esa sanción no ya para hacer efectiva la responsabilidad penal del menor, sino para agravar la responsabilidad por los ilícitos cometidos siendo adulto”*<sup>33</sup>. Adicionalmente, en el mismo considerando, señala la Corte que además existe un conflicto material, ya que *“esa pena adjudicada siendo adolescente, nuevamente por mandato expreso del citado artículo 20 –y del artículo 40 N °1 de la Convención sobre los D. del N., que fue su fuente informadora- debe orientarse a su “plena integración social” y nada más contrario y alejado a dicha directriz que luego valerse de esa sanción precisamente para incrementar las penas*

---

<sup>32</sup> Corte Suprema, Segunda Sala (Penal), sentencia de 4 de diciembre de 2012, causa N ° 7364-2012, considerando décimo cuarto.

<sup>33</sup> Corte Suprema, Segunda Sala (Penal), sentencia de 17 de septiembre de 2013, causa N ° 4419-2013, considerando undécimo.

*privativas de libertad -cuyo efecto desocializador y despersonalizante no requiere prueba- que el sistema penal de adultos prevé para la generalidad de los delitos”<sup>34</sup>.*

Finalmente, la Corte añade que el artículo 10 N°2 del Código Penal declara exento de responsabilidad penal al menor de dieciocho y mayor de 14, de modo que configurar la agravante de reincidencia por hechos cometidos por un menor de edad resulta inadmisibles. Respecto a las Reglas de Beijing, establece la Corte en su considerando siguiente, que si bien dichas directrices no se encuentran incorporadas formalmente al ordenamiento jurídico chileno, ésta constituye un verdadero elemento histórico de interpretación en virtud del inciso 2° del artículo 19 del Código Civil, ya que conforma uno de los instrumentos internacionales informadores del proyecto de la Ley N°20.084.

De esta forma, se concluye que la reincidencia no puede configurarse como una agravante en el sistema penal adulto en virtud de una condena acaecida bajo la Ley 20.084, puesto que pugna directamente con el fin resocializador de la pena exigido por mandato legal, lo cual resulta del todo coherente con lo exigido por los instrumentos internacionales, sin embargo, se debe destacar que el principal argumento esbozado por la Corte Suprema fue el reconocimiento legal y explícito del fin socioeducativo y de integración social de la sanción, el cual erróneamente debe entenderse limitado solo a la responsabilidad penal adolescente.

---

<sup>34</sup> Ídem.

## CAPÍTULO II

### FACTORES QUE INCIDEN EN LA REINCIDENCIA

#### **1- Reincidencia como un proceso criminológico multifactorial.**

Una vez analizada la regulación jurídica de la reincidencia, corresponde ahora analizar los factores o variables que pueden influenciar o que suelen estar presentes al momento examinar la conducta reincidente para así poder construir una concepción integral del objeto de estudio.

La reincidencia como todo fenómeno criminal, puede estudiarse, primero desde una dimensión normativa, encargada de determinar que conductas son rechazadas por la sociedad a la luz de sus valores, esclareciendo que conductas atentarían contra dichos valores y que sanciones se contemplan para el infractor. Pero también puede ser examinada desde una dimensión fáctica o de hecho, desde la cual es posible intentar explicar la conducta del infractor y sus motivaciones para actuar en contra de lo socialmente aceptado. Ambas dimensiones son necesarias tanto para entender el fenómeno criminal, como para confeccionar una política criminológica realmente efectiva. De forma más clara, Marcos González Berendique señala que los estudios criminológicos *“dan base cierta para la evaluación de medidas preventivas, de sanciones y técnicas de tratamiento y, por ello – ya en el terreno normativo – para la insistencia vigorosa en pro de reformas a nivel legal o institucional”*<sup>35</sup>.

Entonces, si la reincidencia debe ser estudiada tanto desde el derecho penal así también desde una mirada criminológica para lograr ser comprendida como un fenómeno jurídico-social y así poder proponer alguna medida que se haga cargo efectivamente del problema, es inadmisibles considerar a la reincidencia como un hecho estático que simplemente tiene lugar cuando una persona que ya ha sido previamente

---

<sup>35</sup> González, Marcos. (1998). Criminología. Pág. 15.

condenada vuelve a delinquir. Sobre este razonamiento, María Fernanda Ossa explica que *“hablar solamente de la pena en términos de la reincidencia, como una condena que no ha tenido suficiente efecto, sería esgrimir un argumento muy pobre, estaría considerando que el sistema penal actual no tiene efecto, y por ello simplemente no cumple con la función resocializadora que promete. Se requiere contextualizar la reincidencia para definir el marco en el que se delimita la misma, el escenario en el que juega y las condiciones que mantienen viva la necesidad, deseo, u otra condición que permee la conducta del autor reincidente”*<sup>36</sup>.

Es necesario comprender a la reincidencia como un proceso que tiene lugar en un contexto determinado en el cual influyen o pueden influir diversos factores.<sup>37</sup> La reincidencia entonces no es un hecho estático ni mucho menos azaroso, en un proceso complejo que se centra en la conducta humana, particularmente en la resistencia que puede presentar el sujeto a cambiar su comportamiento antisocial y antijurídico, de modo que el estudio de los factores o variables que influyen en esta decisión por parte del infractor resulta fundamental, tal y como lo explican Christiam González y Mauro Gutiérrez, al señalar que *“En un escenario estático, en el cual los factores no varían entre periodos, los individuos que decidieron delinquir en un periodo, también delinquieron en cualquier otro periodo posterior. Sin embargo, los factores que condicionan la criminalidad están en constante cambio. Por lo que la decisión de delinquir puede variar significativamente a través del tiempo. Algunos factores pueden incentivar la reincidencia, en cuanto que otros pueden tener un efecto inverso”*<sup>38</sup>.

Detrás del sujeto reincidente existen factores de diversa naturaleza que permiten explicar la decisión del infractor de reafirmar su conducta antijurídica. Por supuesto,

---

<sup>36</sup> Ossa, María Fernanda. (2012). Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria. Pág. 135.

<sup>37</sup> Nuñez y Coó sostienen que la reincidencia debe ser analizada a través de estudios longitudinales, es decir, observando a un determinado grupo de personas a lo largo de un periodo de tiempo, especialmente si desea analizar el éxito de determinados tratamientos o sistemas de cumplimiento de condena. (Nuñez & Coó. *Op. Cit.* pág. 331.

<sup>38</sup> González, Christiam; Gutiérrez, Mauro. (2014). Factores condicionantes de la reincidencia criminal en Chile. Pág. 117.

debido a que la reincidencia es un proceso complejo, los factores que pueden influir en ella son de diversa naturaleza y no necesariamente se pueden encontrar en todos los delitos, hay reincidentes que presentan factores de influencia únicas y hay sujetos que aun presentando factores similares a las de la mayoría de los reincidentes, no vuelven a delinquir después de la primera condena, pero es posible hallar determinadas variables que se repiten con cierta frecuencia. A modo de ejemplo, Redondo, Luque, Navarro y Martínez<sup>39</sup> en su estudio sobre la reincidencia de agresores sexuales realizado el año 2005, identifican cinco variables que consideran como factores de riesgo para el grupo reincidente estudiado: 1) relación de pareja inestable e inexistente, 2) tiene uno o más hijos, 3) nivel académico inferior a graduado, 4) trayectoria laboral manifiestamente inestable y 5) menor edad al momento de la excarcelación. De forma similar, Ramos & Carcedo<sup>40</sup>, en su estudio sobre reincidencia de reclusos drogodependientes en comunidad terapéutica, determinaron que el 70% del grupo de estudio de reincidentes carecían de educación superior y que el 88% carecía de hábitos laborales consolidados, entre otras variables.

## **2- Factores que influyen a la reincidencia en general**

Es posible hallar elementos que inciden frecuentemente en la conducta reincidente, de la misma manera, estos elementos o factores de reincidencia son agrupables en categorías, con el objeto de estudiar y comprender las principales esferas de influencia que afectan la decisión de reincidir, como también distinguir unas de otras para efectos de proponer una política criminológica atingente. Por ejemplo, González y Gutiérrez, desde un análisis económico de la reincidencia, distinguen cuatro categorías de factores de incidencia, 1) tipo de crimen, 2) condiciones carcelarias, 3) estructura de incentivos de los reclusos, y 4) factores institucionales ambientales que operan en el

---

<sup>39</sup>Redondo, Santiago; Luque, Eulalia; Navarro, Juan Carlos & Martínez Marían. (2005). Análisis empírico de las características y los factores de riesgo de reincidencia en una muestra de agresores sexuales encarcelados. Pág. 144.

<sup>40</sup> Ramos, Victoria & Carcedo, Rodrigo. (2010). Factores dinámicos de la reincidencia de reclusos drogodependientes en tratamiento en comunidad terapéutica. Pág. 620 y 621.

medio libre<sup>41</sup>. Sin embargo, para efectos del presente estudio, parece más pertinente erigir categorías de estudio más amplias, con el objeto de abarcar de forma más integral las principales variables que pueden encontrarse en el sujeto reincidente. Así, se propone estudiar tres grandes focos que podrían agrupar íntegramente los factores que afectan a la reincidencia.

En primer lugar, se debe analizar la pena y las condiciones carcelarias, toda vez que es la sanción impuesta a través de la sentencia el primer mecanismo institucional llamado a corregir la conducta del infractor, la que, en caso de involucrar la privación de libertad de la persona condenada, deberá cumplir en un establecimiento carcelario. En segundo lugar, cabe examinar los factores sociales que rodean al infractor, ya que, una vez cumplida la pena de privación de libertad, como también en el caso de las penas alternativas que no requieren de internación en la cárcel, el sujeto deberá regresar a la sociedad en un contexto ambiental similar al cual se encontraba al momento de llevar a cabo el primer delito. Por último, corresponde atender a los factores psicológicos o internas, toda vez que los elementos que motivan la reincidencia pueden tener lugar en variables mentales del individuo.

## **2.1 Penas y efecto carcelario como factores de reincidencia**

La pena es la sanción que el Estado aplica a quien ha cometido un delito, acto que, a su vez, representa un quebrantamiento de las normas que conforman al Estado de Derecho, y por tanto, a las reglas que regulan la convivencia social, siendo la pena entonces el mecanismo mediante el cual el Estado reafirma la vigencia de la norma quebrantada<sup>42</sup>, imponiendo un castigo a quien ha atentado en contra de la comunidad.

---

<sup>41</sup> González & Gutiérrez, *Ibid.* Pág. 119.

<sup>42</sup> Antonio Bascuñán explica que la facultad punitiva del Estado encuentra justificación en el merecimiento de una pena por parte del delincuente, situación que se generaría a partir del quebrantamiento de las reglas de comportamiento social. De este modo, el merecimiento de la pena es un concepto que deriva de la voluntad normativa del Estado de Derecho (Bascuñán, Antonio. (2007). Derechos fundamentales y derecho penal. Revista de Estudios de la Justicia. N°9. pág. 70.

En virtud de lo anterior, es esperable que la pena entonces esté destinada de una u otra forma a reestablecer el lazo entre la sociedad y el infractor, no sólo a través de la mera aplicación de un castigo, sino que también mediante un proceso de restauración social personal dentro del contexto de la pena misma. Al respecto, la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, señala que *“la finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización”*<sup>43</sup>.

Según las estadísticas proporcionadas por Gendarmería de Chile<sup>44</sup>, al menos al 2016, predominan en nuestro sistema dos clases de penas en particular; primero las llamadas penas sustitutivas, pertenecientes que corresponden al 35,5% de la población, y segundo, la pena de cárcel en régimen cerrado, vale decir, en su modalidad sin ningún beneficio, implicando por tanto que el penado se encuentra las 24 horas del día dentro del establecimiento penal, que corresponde al 30,3%. Es esta última la que resulta de interés en este punto, toda vez que, según el ya citado estudio de la Fundación Paz Ciudadana realizado en 2012, en un periodo de tres años, la reincidencia judicial en subsistema cerrado alcanza el 50,5%<sup>45</sup>, mientras que en el subsistema abierto sólo llega al 27,7%<sup>46</sup> considerando penas sustitutivas como también medidas alternativas.

Al respecto, María Fernanda Ossa señala que *“hay una relación existente entre la estancia en prisión y el comportamiento posterior del encarcelado, donde el sistema penal interviene a través de la imposición de penas que privan de la libertad, las cuales, en lugar de reducir al delincuente, consolidan su identidad como tal, y en la mayoría*

---

<sup>43</sup> Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2006). *Personas privadas de libertad*. pág. 48.

<sup>44</sup> Gendarmería de Chile. (2017). *Compendio Esta (Bascañán, 2007)distico Penitenciario 2016*. pág. 30.

<sup>45</sup> Morales, Muñoz, Welsch & Fábrega. *Óp. Cit.* pág. 32.

<sup>46</sup> *Ibid.* pág. 94.

*de los casos incentiva el ingreso a una verdadera carrera criminal*<sup>47</sup>. De la afirmación anterior, se desprende que el punto central al analizar a la cárcel como un factor de reincidencia deriva de dos circunstancias; en primer lugar, la capacidad de resocializar al infractor, y, en segundo lugar, el impacto sobre la identidad del individuo. De esta forma, no es la privación en sí misma una variable de reincidencia, sino que las condiciones en las cuales se cumple esta pena.

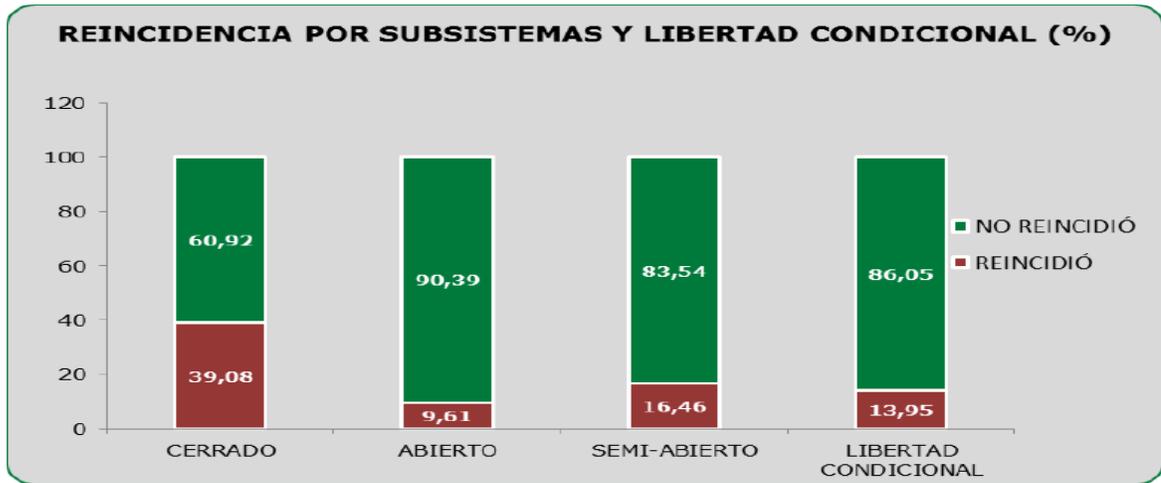
Es aquí donde cobran importancia los programas de rehabilitación que ofrecen los centros de cumplimiento penitenciario, tanto en materia educacional y laboral, como también en asistencia psicológica, psiquiátrica y ocupacional. Sin este tipo de medidas, la privación de libertad tiene altas posibilidades de potenciar la criminalidad de los infractores en lugar de corregirla, ya que implica someter a la persona a un estilo de vida poco compatible con el comportamiento que se espera de quien egresa de la cárcel, debido a que se encuentra sometido a una situación de constante violencia y estrés psicológico.

A modo de ilustración, resulta interesante observar el estudio realizado por Gendarmería en 2016 sobre infractores egresados el 2011, el cual aporta las siguientes estadísticas sobre reincidencia judicial obtenidas en un periodo de observación de 24 meses:

---

<sup>47</sup> Ossa, *Óp. Cit.* pág. 131.

Imagen N ° 3<sup>48</sup>



En primer lugar, es posible apreciar que el índice de reincidencia del subsistema cerrado básicamente iguala a la suma de los subsistemas abierto, semi-abierto, y libertad condicional, lo cual inserta una grave sospecha de la ineptitud de la pena de cárcel para corregir la conducta del infractor, al menos en relación con los índices de reincidencia de los demás regímenes de cumplimiento. Se podría intentar argumentar que, aun así, el subsistema cerrado tendría un índice de éxito del 60%, sin embargo esta estadística es solo aparente, ya que, además de seguir siendo un logro estadísticamente bajo en comparación a los demás subsistemas, un estudio de esta naturaleza sólo puede realizarse a partir de los casos conocidos de reincidencia (reincidencia penal), y se encuentra limitado a un determinado tiempo de duración, en este caso dos años, de modo que el porcentaje de reincidentes podría aumentar en un periodo mayor de observación.

Imagen N ° 4<sup>49</sup>

<sup>48</sup> Gendarmería de Chile. (2016). Reincidencia delictual en egresados del sistema penitenciario chileno año 2011. pág. 55.

<sup>49</sup> *Ibid.* pág. 106.

EGRESADOS SEGÚN CRITERIOS DE SELECCIÓN A PROGRAMAS DE INTERVENCIÓN INTRAPENITENCIARIA EN EL SUBSISTEMA CERRADO							
TIPO DE INTERVENCIÓN	APLICA PARA INTERVENCIÓN				NO APLICA PARA INTERVENCIÓN		TOTAL
	INTERVENIDOS		NO INTERVENIDOS		N	%	
	N	%	N	%			
EDUCACIÓN	3.334	15,98	4.858	23,28	12.675	60,74	20.867
CAPACITACIÓN	3.130	15,00	6.297	30,18	11.440	54,82	20.867
TRABAJO	4.751	22,77	16.116	77,23	0	0	20.867

En segundo lugar, a modo de explicación de la alta tasa de reincidencia de los egresados del subsistema cerrado, se constata que la intervención en materia de educación, capacitación y trabajo, no supera el 25% de la población egresada en ninguno de los tres ítems, y en los primeros dos más del 50% ni siquiera entra al rango de aplicación, reforzando así la tesis de que las condiciones carcelarias y la falta de aplicación de mecanismos resocializadores convierten a la pena de cárcel en un verdadero factor de incidencia delictual..

Un fenómeno similar podría producirse con la pena en cumplimiento de libertad en su sentido puro y simple, ya que, si la pena no es acompañada por algún mecanismo que potencie las posibilidades de reinserción del sujeto o disminuya las de reincidir, simplemente consistirá en una sanción declarativa, ya que no modificará las variables que inciden en la reincidencia, y se limitará a mantener las mismas circunstancias en las cuales tuvo lugar la comisión del primer delito. En este sentido, José Cid Moliné estima que *“para que la sociedad hubiera dejado de sufrir — o hubiera sufrido en menor medida— los delitos que estas personas han cometido hubiera sido más provechoso que la mera suspensión de la pena, la imposición de unas obligaciones añadidas —como podría ser la sumisión a supervisión en libertad o la obligación de participar en un programa de tratamiento— dirigidas a confrontar las necesidades criminógenas de la persona o los obstáculos para dejar de delinquir Desde tal punto de vista, creo que resulta poco admisible que los jueces decidan sobre la suspensión*

*de la pena sin la ayuda de un informe criminológico*".<sup>50</sup> Dicho de otro modo, para que la pena tenga un efecto positivo sobre el infractor, requiere de la imposición de deberes adicionales tendientes a la reinserción social, para lo cual es necesario conocer las variantes criminológicas que rodean al sujeto, de lo contrario la pena tendrá un efecto inocuo, ya que simplemente mantendrá las condiciones iniciales del delito.

Por último, resulta interesante examinar la teoría de los incentivos esbozada por González y Gutiérrez, quienes señalan que *"en prisiones donde la liberación anticipada no depende de un consejo de libertad condicional, los reclusos no tienen incentivos para una rehabilitación por propia iniciativa durante el periodo que está en prisión. Sin embargo, cuando el consejo de libertad condicional tiene poder discrecional para escoger quien de los reclusos tendrán libertad condicional, los reclusos son más propensos a participar en los programas de rehabilitación ofrecidos por la prisión con la finalidad de señalar que ya están rehabilitados y que, por lo tanto, deberían ser liberados"*<sup>51</sup>. Lo anterior se traduce en una necesidad de imponer metas y recompensas internas a los reclusos, con el objeto de motivar su autosuperación y desarrollo personal. De lo contrario, los penados no se sentirán en la necesidad de demostrar a través de actos concretos su rehabilitación, aunque existe el peligro de que dicho cumplimiento de objetivos resocializadores se encuentre más dirigido a generar una determinada imagen a los ojos de la comisión de libertad que a un auténtico proceso de reinserción social.

En virtud de lo anterior, esta premisa debe observarse con cautela, ya que, si bien los incentivos carcelarios resultan un buen indicador al momento de analizar la conducta intra penitenciaria de los infractores, pareciera que esta medida, si no es acompañada por otras herramientas de resocialización -como lo es la capacitación laboral o el perfeccionamiento educacional del recluso- se centra en objetivos específicos de comportamiento a corto plazo, que no necesariamente impactará de forma sustancial en la conducta post carcelaria. Lo anterior, toda vez que dichos incentivos están

---

<sup>50</sup> Cid, José. (2005). La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia. pág. 236.

<sup>51</sup> González & Gutiérrez. *Óp. Cit.* pág. 120.

dirigidos a acelerar la salida de la cárcel creando una convicción positiva en el organismo decisor de quien depende esta salida anticipada, la cual debiese obedecer no solo a la conducta del sujeto dentro del periodo en el cual se encontró encarcelado, sino que también a su preparación social.

## **2.2 Factores sociales**

Como ya se manifestó anteriormente, la reincidencia es un proceso complejo en el cual interactúan factores de distinta naturaleza, de modo que es un fenómeno que difícilmente podría atribuirse de forma exclusiva a las condiciones carcelarias, por lo que es atingente estudiar las variables que afectan al sujeto una vez cumplida la pena de privación de libertad, o bien, mientras cumple una pena en libertad. En esta línea, los factores ambientales que rodean a la persona resultan de vital importancia.

Efectivamente, ya el mero hecho de reincidir es demostrativo del bajo nivel de compromiso social del infractor, el cual se ve determinado por la debilidad de los controles de conducta informales, dentro de los cuales es posible destacar las relaciones familiares y sentimentales, la estabilidad laboral y la pertenencia laboral.

La familia funciona como un medio de control social del delito, ya que implica cierto nivel de compromiso entre el sujeto y la comunidad, lo cual no sólo impacta las decisiones personales del sujeto, sino que también facilita la supervisión de los infractores que se encuentran registrados en el sistema de justicia<sup>52</sup>. De esta forma, el infractor que ya ha sido sancionado con una primera pena será más renuente a la comisión de nuevos delitos si se encuentra altamente involucrado con las labores de consolidación y sustento familiar<sup>53</sup>, debido a que dicha circunstancia genera un

---

<sup>52</sup> González & Gutiérrez. *Óp. Cit.* pág. 117.

<sup>53</sup> González y Gutiérrez, al analizar diversos estudios estadísticos de reincidencia en el estado de California, concluyen que la tasa de reincidentes con hijos, particularmente tratándose de la tasa de reincidencia femenina, es menor a la de quienes no los tienen, debido a que la mujer suele tener un mayor nivel de compromiso familia (González & Gutiérrez. *Óp. Cit.* pág. 117).

“*enraizamiento con la sociedad*”<sup>54</sup>, lo cual implica cierto grado de compromiso con los valores convencionales, los cuales actúan como reductores frente a la posibilidad potencial de reincidir en el delito.

El nivel educacional de la persona también juega un rol importante al momento de analizar los factores sociales que rodean a la reincidencia, ya que esto implica contar con más herramientas para desenvolverse dentro de la sociedad. En sí mismo, el hecho de recibir educación institucional implica una formación valórica determinada dentro de un sistema social, la cual se ve reforzada a medida que avanza el grado de perfeccionamiento académico. Esta idea encuentra apoyo en el estudio acerca de las variables de reincidencia realizado por Bertone, Domínguez, Vallejos, Muniello y López<sup>55</sup>, en el cual se observó que, de un grupo de 333 delincuentes, la tasa de reincidencia más alta fue registrada en los sujetos con educación primaria incompleta alcanzando un 38.9% de la muestra, mientras que, por el contrario, los sujetos con más del nivel secundario completo solo registraron un 1.8%. De forma similar, González y Gutiérrez, en su estudio de naturaleza económica, concluyen que las posibilidades de reincidir disminuirían en un 0,4% por cada año de estudio<sup>56</sup>.

De forma similar, resulta relevante analizar la estabilidad laboral como un factor que influye en la reincidencia. Las relaciones del trabajo fortalecen el enraizamiento social del sujeto, ya que implican el cumplimiento de un rol específico en la comunidad. A la vez, la existencia de una renta constante puede actuar como detractor del delito cuando este se funda en motivaciones económicas. Esta variable encuentra una relación directa con la educación del sujeto, toda vez que un mayor nivel educacional permite optar a una expectativa más alta de renta lícita, de modo que la reincidencia en estos casos perfectamente podría tener una relación directa con las posibilidades del infractor de obtener una renta lícita suficiente y estable. En este sentido, González y Gutiérrez afirman que los estados que tienen menores restricciones para acceder al

---

<sup>54</sup> Nuñez & Co. *Óp. Cit.* pág. 326.

<sup>55</sup> Bertone, Matías, Domínguez, María; Vallejos, Miguel; Muniello, Jessica & López, Pablo. (2013). Variables asociadas a la reincidencia delictiva. pág. 54.

<sup>56</sup> González & Gutiérrez. *Óp. Cit.* pág. 123.

mercado laboral poseen también una tasa menor de reincidencia, ya que los infractores no tendrían mayores dificultades para encontrar empleo<sup>57</sup>.

Otro elemento que debe examinarse dentro de las variables sociales de la reincidencia es el efecto de las instituciones informales o subculturas que existen dentro de la comunidad, las cuales pueden influir tanto positiva como negativamente a la persona según la naturaleza del grupo de individuos. Así, la pertenencia a una pandilla podría potencialmente aumentar las probabilidades de que el infractor reincida, debido a que acerca al sujeto a un determinado estilo de vida, en el cual proliferan las actividades criminógenas<sup>58</sup>. Por el contrario, la participación en grupos informales de naturaleza comunitaria como talleres locales o actividades vecinales, podrían reducir esta posibilidad, sobre todo si las circunstancias ambientales en las cuales los individuos se encuentran insertos dificultan la resocialización, como puede ser el caso de los barrios conflictivos o de riesgo social.

Por último, cabe estudiar en este apartado la influencia que podría ejercer en la reincidencia la teoría del etiquetamiento o *labelling*. En este sentido, la estigmatización que tiene lugar sobre los egresados del sistema penitenciario o sobre quienes cuentan con cargos de responsabilidad penal, podría provocar que se consolide en el infractor una suerte de identidad criminal<sup>59</sup>, haciéndolo más renuente a la resocialización. En este sentido, la etiqueta criminal dificultaría tanto la entrada al mercado laboral, como también la conformación de relaciones sociales convencionales dentro de la comunidad, toda vez que el individuo se trataría de alguien con un claro desprecio hacia los valores de la sociedad. A la vez facilitaría la pertenencia del sujeto a subculturas criminógenas en las cuales el rasgo común de los sujetos es el revestimiento de dicha etiqueta, elementos que explicarían la alta tasa de reincidencia de los egresados del sistema carcelario, en relación con el índice de reincidencia de las penas que se cumplen en libertad<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> *Ibid.* pág. 120.

<sup>58</sup> *Ídem.*

<sup>59</sup> Ossa. *Óp. Cit.* pág. 128.

<sup>60</sup> Cid. *Óp. Cit.* pág. 448.

### 2.3 **Factores Psicológicos**

Para finalizar, la reincidencia también puede verse influenciada por factores endógenos al infractor. En efecto, el proceso de resocialización puede verse obstaculizado por las variables psicológicas del individuo, lo cual permitiría explicar la reincidencia en el caso de las personas que no cumplieron su pena sin ingresar a un centro penitenciario y que no se encuentran sometido a condiciones ambientales criminógenas.

En un primer acercamiento a dichas variables mentales, existe la posibilidad de que el individuo no cuente con las capacidades emocionales y/o cognitivas para aprovechar las herramientas o mecanismos proporcionados para reinsertar al infractor en la sociedad. Al respecto, Oscar Herrero señala que *“las características propias de las personalidades antisociales, como la falta de empatía, la impulsividad y la ausencia de objetivos a largo plazo, dificultarían igualmente el aprovechamiento de cualquier oportunidad”*<sup>61</sup>. Esta personalidad antisocial tendría como consecuencia un desinterés del sujeto para someterse a un proceso de normalización social, en cuyo caso desestimaría las opciones que le ha otorgado para facilitar reinserción en la comunidad, de lo cual se desprende que un individuo con una personalidad equilibrada tiene menos probabilidades de reincidir.

En esta línea, en un intento de relacionar las variables introversión-extraversión con la reincidencia, Victoria Ramos y Rodrigo Carcedo explican que la población con niveles de extroversión altos, si bien en general se relacionan con delitos de baja connotación social, tiene una mayor tasa de reincidencia que quienes muestran niveles altos de introversión, quienes, además en general se vinculaban a delitos más graves, concluyendo finalmente que ambas dimensiones se asocian a la desadaptación social,

---

<sup>61</sup> Herrero, Oscar. (2013). ¿Por qué no reincide la mayoría de los agresores sexuales? pág. 75.

obstaculizando la rehabilitación del infractor<sup>62</sup>. Dichos detractores podrían combatirse si los indicadores de riesgo de introversión-extraversión se establecen como objetivos específicos en los tratamientos psico-sociales, como lo son la falta de hábitos laborales o la incapacidad de valorar los riesgos del comportamiento.

En virtud de lo anterior, el autoconcepto que tenga el individuo resulta de suma importancia para analizar la capacidad de este para rehabilitarse. Un sujeto con una identidad social negativa se sentirá más reconfortado en una subcultura que aprecie positivamente sus características valóricas, y tenderá a rechazar los mecanismos de normalización social. En referencia a esto, Molinet, Velásquez y Estrada señalan que para que un individuo quiera desplazar su identidad del grupo anti-normativo a un grupo socialmente aceptado, es necesario que este cambio sea efectivamente conveniente para el sujeto, y que exista una posibilidad real de desplazamiento social<sup>63</sup>. Dicho lo anterior, difícilmente un infractor con un autoconcepto antisocial se dispondrá a rehabilitarse socialmente por el mero ideal convencional de integrarse adecuadamente a la sociedad, razón por la cual además, tampoco contemplará la connotación negativa de sus actos o la pena que podría recibir como consecuencia de los mismos, ya que el individuo se ve a sí mismo con un agente separado de la comunidad. Este cambio requiere de un proceso psico-social complejo por medio del cual la persona pueda replantear su identidad y su rol en la sociedad.

### **3- Factores que influyen a la reincidencia en los delitos de robo y hurto**

Luego de haber analizado las variables generales que pueden influenciar en mayor medida a la reincidencia, corresponde a continuación relacionar dichas variables a un tipo de delito determinado, los delitos contra la propiedad, particularmente el robo y el

---

<sup>62</sup> Ramos & Carcedo. *Óp. Cit.* pág. 625 y 626.

<sup>63</sup> Molinet, Velásquez & Estrada. *Óp. Cit.* pág. 153.

hurto, ya que es delito de mayor proliferación en Chile. En otras palabras, toca examinar los factores que potencialmente pueden influir en la reincidencia del delito más abundante del sistema de justicia.

Previamente, se categorizó a los factores de mayor trascendencia de la reincidencia en tres tipos, carcelarios, sociales, y psicológicos, examinando elementos generales que pueden influir en una decisión de naturaleza delictiva o antisocial. Sin embargo, estos factores pueden ser matizados si se conciben desde una determinada clase de delito, particularmente en este caso, de los delitos de hurto y robo. Esto no significa que no tengan lugar las variantes antes analizadas, están se encuentran presentes en todo delito, pero tratándose de delitos contra la propiedad puede existir una diferencia en el énfasis con que cada tipo de factor opera.

Desde un punto de vista carcelario, Karen Hinojosa en su estudio realizado sobre los internos reincidentes del delito de robo en la Cárcel de Quinqoro, Perú<sup>64</sup>, determina que la pena de privación de libertad es en su mayoría ineficaz para satisfacer el fin resocializador de la pena, situación que encontraría explicación en las condiciones inidóneas en las cuales se cumple esta pena, situación que se debe a la administración deficiente del centro penal y a la falta de tratamientos diferenciados que permiten combatir los factores sociales y psicológicos que impiden que despliegue adecuadamente sus efectos, tales como la falta de oportunidades laborales y la frustración generada por la discriminación social y la falta de apoyo familiar.

En este sentido en relación con las condiciones sociales que rodean al infractor, someter al infractor al cumplimiento de una pena privativa de libertad resulta poco fructífero si la sanción no se hace cargo de las características particulares que presente el sujeto, especialmente respecto de las circunstancias que lo llevaron a cometer el delito en primera instancia, y de las condiciones en las cuales se encontrará al salir en libertad.

<sup>64</sup> Hinojosa, Karen. (2016). Los fines de la pena y la reincidencia en el delito específico de robo agravado en los establecimientos penitenciarios del Perú en el año 2016. pág. 143 y 144.

Para ilustrar este razonamiento resulta útil analizar las condiciones económicas del delito, ya que los delitos de robo y hurto tienen como una de sus características generales el reportar al infractor un beneficio o una utilidad material, lo cual permitiría utilizar al delito como un medio para obtener una determinada renta o sustento económico, sin perjuicio de su origen ilegítimo. Si el individuo es condenado, y su pena no involucra medidas que permitan modificar las circunstancias en las cuales se llevó a cabo el primer delito, como lo es una capacitación laboral útil acompañada con un tratamiento psicológico que potencie la capacidad de cambio de la persona, es esperable que reincida en el delito, ya que, le significa una mayor tasa de retorno de su actividad, considerando el beneficio de su conducta antisocial y los riesgos que esta implica<sup>65</sup>, todas las veces que sus rentas lícitas serían inestables o insuficientes.

El mismo supuesto es aplicable a la pena que se cumple en libertad, ya que si esta se presenta en su forma pura y simple no significará ningún cambio para las circunstancias en las cuales se desarrolló el delito inicial y que se mantienen en el tiempo. Lo anterior implica que la tasa de no reincidentes se compondría de dos grupos, el primero compuesto por la cifra negra de reincidencia, y el segundo compuesto por sujetos que consiguieron rehabilitar su conducta producto de su compromiso individual de corrección social, en cuyo caso la pena pudo haber ejercido un efecto social intimidatorio, pero no resocializador.

En esta línea de pensamiento, Escaff, Jofré, Alfaro y Ledezma señalan que es posible entender la reincidencia como una *“situación en la cual un sujeto repite un comportamiento que puede ser encasillado como una manifestación antisocial, donde se conforma a partir de la continua tendencia o costumbre a delinquir, en un estilo de vida que le genera los recursos necesarios para su subsistencia”*<sup>66</sup>. De dicho razonamiento se desprende que la reincidencia obedece a condicionamiento psico-social del individuo, el cual subsiste aún después de la intervención punitiva del

<sup>65</sup> González & Gutiérrez. *Óp. Cit.* pág. 116 y 117.

<sup>66</sup> Escaff, Jofré, Alfaro & Ledezma. *Óp. Cit.* pág. 83.

Estado, en virtud de la ineptitud de la sanción para corregir la conducta del individuo, las condiciones sociales que rodean al infractor, o de la baja capacidad que el individuo tiene para alterar su identidad criminal.



## CAPITULO III

### CONCEPCIÓN CRÍTICA DE LA REINCIDENCIA

#### 1- Relación entre la reincidencia y los Derechos Humanos

Una vez ya analizado el concepto de reincidencia, la forma en la cual ésta opera en el derecho penal chileno y los factores extrajurídicos que inciden en ella, es posible analizar la legitimidad de la regulación jurídica de la misma, desde su pertinencia socio-jurídica en virtud de lo exigido por el estándar institucional de los derechos humanos y de la realidad empírica, para lo cual, primero es necesario establecer cuál es el estatuto de derechos humanos que traza el estándar de la regulación jurídica de la reincidencia.

Dicho análisis requiere examinar brevemente las principales convenciones internacionales que trazan el marco de los derechos fundamentales de la persona, En este escenario, es claro que al ser instrumentos cuyo objeto es establecer derechos generales básicos, difícilmente se encontrará alguna alusión directa a la reincidencia propia. Sin embargo, es posible determinar un marco jurídico conceptual a partir de lo que dichas convenciones señalan respecto de la pena, elemento que como ya se evaluó previamente, resulta fundamental a la hora de observar los fundamentos de la reincidencia.

En este contexto, el primer instrumento internacional que se debe señalar es la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, dicha convención se limita a establecer límites generales al derecho penal, prohibiendo las penas inhumanas y consagrando el derecho al debido proceso, el derecho de inocencia y el principio de legalidad.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, no hace ninguna alusión al derecho penal. No obstante, parece pertinente traer a colación el artículo 6 de la convención, que señala el derecho al trabajo. Al respecto, este pacto señala en el segundo inciso de dicho artículo que los Estados Partes

adoptaran medidas *“para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”*.

Si se realiza una relación entre este precepto y las variables potenciadoras de reincidencia analizadas en el capítulo anterior - especialmente las de naturaleza laboral y económica - es posible establecer que, si el Estado no cumplió íntegramente con este deber social durante el periodo anterior a que el sujeto se consagrará como infractor penal, entonces corresponderá proporcionar dicha capacitación durante la condena, en cumplimiento de las voces *orientación, formación, preparación de programas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico social y cultural constante*, elementos que son de vital trascendencia si se tiene en cuenta a la educación formal como una medida de prevención del delito y por tanto, paliativa de la reincidencia, toda vez que el proceso educativo puede continuar durante el cumplimiento de la pena, de modo que, si bien el pacto en cuestión no se refiere directamente a la reincidencia, si contiene un mandato dirigido a uno de sus principales factores de incidencia.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de consagrar los derechos básicos que debe regir a los sistemas penales en un Estado de Derecho de forma similar a como lo hace la Declaración Universal de Derechos Humanos, se refiere expresamente al objeto de la pena, estableciendo en el numeral 3 de su artículo 10 que *“el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”*, de modo que esta norma establece directamente una obligación social del Estado, en cuando a la estructura y funcionamiento de la pena privativa de libertad, deber que difícilmente se podría considerar como satisfecho en un país con altos índices de reincidencia propia, ya que dicha circunstancia es un indicador de baja rehabilitación social.

Lo anterior no quiere decir que dicho deber estatal es una obligación de resultado, sino que la reincidencia funciona como un instrumento de tasación del éxito de las medidas

adoptadas hasta el momento. De esta forma, el Estado cumple con su deber toda vez que efectivamente ha orientado en lo posible el régimen penitenciario a la rehabilitación social, pero esta obligación se verá insatisfecha si posteriormente, y ya habiendo comprobado la infructuosidad de las medidas adoptadas, el Estado no reforma su propuesta de reintegración social.

De igual manera, la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, reitera los mismos principios generales, y también realiza una mención expresa al objeto de la condena, estableciendo en el numeral 6 de su artículo 5 que *“las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”*. De este modo, parece estar claramente consagrada la obligación del Estado de orientar la pena y su cumplimiento a la resocialización del infractor, deber que, a la luz de los preceptos antes señalados, resulta esencial en la ejecución de la condena, en cuando a la estructura y funcionamiento de la pena privativa de libertad, y que difícilmente se podría considerar como satisfecho en un país con altos índices de reincidencia propia, ya que dicha circunstancia es un indicador de baja rehabilitación social.

Lo anterior no quiere decir que dicho deber estatal constituye una especie de obligación de resultado, sino que la reincidencia funciona como un instrumento de tasación del éxito de las medidas adoptadas hasta el momento. De esta forma, el Estado cumple con su deber toda vez que efectivamente ha orientado en lo posible el régimen penitenciario a la rehabilitación social, pero esta obligación se verá insatisfecha si posteriormente, y ya habiendo comprobado la infructuosidad de las medidas adoptadas, el Estado no reforma su propuesta de reintegración social penitenciaria, ya que entonces la actividad estatal habría dejado de estar efectivamente orientada a la readaptación del infractor penal.

Finalmente, es menester referirse también a las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas No Privativas de la Libertad, también conocidas como Reglas de Tokio, toda vez que en dicha convención se alude directamente a la reincidencia, señalando su disminución como un objetivo directo del régimen de vigilancia. En efecto, el artículo 10 reza en su numeral primero que *“el objetivo de la*

*supervisión es disminuir la reincidencia y ayudar al delincuente en su reinserción social de manera que se reduzca a un mínimo la probabilidad de que vuelva a la delincuencia*". De esta norma, se desprende que la obligación del estado de dirigir la pena a la rehabilitación social del delincuente no es un deber exclusivo de la pena privativa de libertad, sino que también se extiende a la pena no privativa.

De este modo, la sola concesión de la medida no privativa de libertad, no es suficiente por si sola para entender que la pena se encuentra dirigida a la resocialización del infractor. Este razonamiento encuentra apoyo en el numeral 4 del mismo artículo antes citado, el cual señala que *"se brindará a los delincuentes, cuando sea necesario, asistencia psicológica, social y material y oportunidades para fortalecer los vínculos con la comunidad y facilitar su reinserción social"*, lo cual permite concluir que el deber de reinserción social del Estado exige un actuar constante por parte de este.

Bajo el mismo razonamiento, el artículo 12 N°12 de la convención, dentro del marco de las obligaciones del infractor que se encuentra cumpliendo pena en libertad, señala que *"Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima"*. Corresponde, particularmente al juez, determinar dichas obligaciones que deberá cumplir el penado durante el cumplimiento de su condena, para lo cual el juez deberá estar en conocimientos de las características del sujeto infractor, las variantes criminológicas que lo acompañen, y a añade la norma, las necesidades de la víctima, de que se desprende que el delincuente tiene además de un deber de reparación,

En virtud de lo antes expuesto, es posible establecer que, si bien no existe ningún parámetro internacional referido a la regulación normativa de la reincidencia, el marco internacional previamente esbozado, contiene un claro guiño a la prevención de la reincidencia propia, exigiendo una conducta activa por parte del Estado, dirigida a la rehabilitación social del infractor a través de la pena, sea esta privativa de libertad o no, lo cual permite entender por tanto que, el fundamento de la sanción aplicada, obedece a la función social de la pena, mediante la cual no sólo se previenen futuros

daños a la sociedad y a la vigencia del estado de derecho, sí no que, también se cumple con los derechos fundamental que el delincuente tiene como un ser humano que esta siendo objeto de la facultad punitiva del Estado, concluyendo así, que en materia de reincidencia, el marco jurídico de derechos humanos, se encuentra tanto en la regulación de la pena, como también en el cumplimiento de la sanción, ya que existe una relación estrecha entre la pena, su justificación, y la reiteración de conducta delictual. De esta forma, un tratamiento de la reincidencia en armonía con los derechos humanos infiere un sistema de cumplimiento de sanciones orientado a la rehabilitación social.

Esta idea es esencial, ya que, si se determina que existe un deber por parte del Estado de implementar medidas de intervención social activas y constantes, la reincidencia exigiría entonces un cambio en el cumplimiento de la pena, enfocado a las variables criminógenas que incidieron tanto el delito inicial como el reincidente, a efectos de paliar las condiciones sociales que determinaron la conducta del infractor, tales como adquirir de nuevas destrezas, empleos a tiempo complete, convivencia con la comunidad o establecer una familia<sup>67</sup>. Los cambios en la vida social y familiar del sujeto son elementos claves dentro de lo se ha denominado como la “teoría del desistimiento”, es decir, el *“proceso por el cual, con o sin la intervención de los organismos de justicia penal, los delincuentes abandonan sus actividades delictivas y viven su vida sin cometer otros delitos”*<sup>68</sup>, de modo que constituye el objetivo básico de los programas de reinserción, así como también de la pena. Sin embargo, a efectos del estándar internacional de la pena, este objeto sólo se satisface a través de mecanismos concretos que favorezcan la rehabilitación del individuo, ya que implica un actuar activo por parte del Estado, no así cuando se persigue el desistimiento a través de la intimidación sancionatoria.

---

<sup>67</sup> Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Óp. Cit.* pág. 8.

<sup>68</sup> *Ídem.*

## **2- Paradigma actual de la reincidencia en el sistema penal chileno**

Ya habiendo establecido un parámetro de derechos humanos para analizar a la reincidencia propia, corresponde verificar si el derecho penal chileno se ajusta a este estándar, particularmente tratándose de los delitos de robo y hurto, toda vez que se trata del tipo de delito de mayor comisión en nuestro país, teniendo por tanto una relevancia innegable al hablar de rehabilitación social y seguridad ciudadana. Como ya se comprobó anteriormente, la reincidencia opera en el derecho chileno, revistiendo al sujeto de un carácter especial en virtud de su conducta anterior, condición que determina la aplicación de una pena diferente a la que hubiese tenido lugar para quien incurre por primera vez en el delito, concretamente, agravando su responsabilidad penal, o estableciendo de plano una pena más gravosa.

Esta naturaleza de simple agravante penal que reviste la reincidencia a lo largo de todo el ordenamiento jurídico chileno permite establecer como primera idea que, la reincidencia es un hecho peyorativo, cuyo efecto jurídico es aumentar la severidad del reproche en virtud una condición personal del infractor. Esta concepción de la reincidencia implica que la sola circunstancia de haber sido condenado previamente envuelve al sujeto de un carácter determinado que agravará todo nuevo acto delictivo, constituyéndose así, como un elemento adicional a la responsabilidad penal que carece de relación con el hecho delictivo en sí.

Efectivamente, el carácter de reincidente nace desde la sentencia, específicamente desde que se declara el inicio del cumplimiento de la pena, como bien se desprende del artículo 12 N°14 del Código Penal, el cual establece como agravante la reincidencia impropia, señalando como tal *“cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento”*. Si la condición de reincidente nace en este momento, entonces la regulación de la reincidencia propia contenida en los numerales 15 y 16 del mismo artículo, solo tienen por objeto aclarar que dicho estatus se mantiene después del cumplimiento de la pena, y así reiterar la connotación negativa de la misma.

De este modo, la reincidencia es un hecho jurídico estático que nace con la sola declaración de la condena, envolviendo todos los actos de relevancia penal realizados por el sujeto. Este pensamiento, implica atribuir un carácter reformador absoluto, no al cumplimiento de la sanción, sino a la imposición de esta, ya que de otra forma no es posible comprender que la agravante de reincidencia impropia se genere instantáneamente, sin considerar los elementos criminológicos que rodean al sujeto, tales como el análisis de las probabilidades de reincidencia y resocialización del sujeto. No se trata de un fundamento subjetivo basado en el objeto educativo de la sentencia, consistente en comunicar al delincuente la connotación negativa que sus actos tienen para la sociedad, sino que equivale a una verdadera presunción de reforma conductual a partir de la sola imposición de una pena, en base a lo cual el Estado crea una verdadera expectativa de conducta futura irreprochable, la cual justifica la agravación de la conducta penal reincidente.

Si esto es así, y la aplicación de la reincidencia depende única y exclusivamente de la existencia de una condena anterior al nuevo delito, entonces la regulación de la reincidencia se relaciona con el cumplimiento efectivo de la pena sólo para efectos de categorización, no existiendo una relación sustancial entre ambos, es decir, la expectativa de conducta futura no se funda en la aptitud rehabilitadora de la pena, sino que se entiende envuelta en dentro de su efecto declarativo, el infractor no reiterará su conducta toda vez que ya fue condenado, y si además cumple efectivamente con dicha condena, no alterará en nada la forma en la cual opera la reincidencia, ya que este es un hecho cuya importancia es meramente clasificatoria.

Dicho esto, entonces resulta poco trascendente para nuestro derecho que la pena este orientada o no a la readaptación del individuo, ya que sin importar las condiciones bajo las cuales se cumpla la pena, la aplicación de la reincidencia será la misma, ya que la expectativa conductual se encontraba creada desde mucho antes, específicamente desde la imposición de la sanción. Entonces, el fundamento social de la pena, salvaguardado por la teoría relativa de la misma, resulta ficticio e ilusorio, ya que la regulación de la reincidencia manifiesta que la pena sólo se fundamenta en la

retribución del delito, de modo que la imposición de la misma se justifica desde la teoría absoluta. De otra forma, el marco regulatorio de la reincidencia dentro del derecho chileno carece de justificación, ya que no es posible que el fin rehabilitador de la pena se acabe en el segundo delito, cuando el cumplimiento de la primera condena no se encontró efectivamente dirigido a la reinserción social del sujeto.

En virtud de este razonamiento, entonces la pena se configura como un mero castigo por la responsabilidad sobre un hecho tipificado como delito, no considerando la misma los elementos criminológicos que rodean al hecho en cuestión, razón por la cual la segunda sanción, correspondiente al delito reincidente, consiste en un castigo más grave, en virtud de la necesidad del Estado de enfatizar la sanción, a la luz de su justificación retributiva.

Esta afirmación, no quiere decir que no exista orientación alguna de la ejecución de la pena hacia la readaptación social del sujeto, o que en ningún momento se consideran las variantes criminógenas que rodean al sujeto. El régimen penitenciario contiene mecanismos de resocialización, sin embargo, esta cualidad no nace del fundamento de la pena, sino que se origina a partir del temor del fracaso de esta. Efectivamente, las medidas de rehabilitación que se aplican durante el cumplimiento de la pena obedecen a una preocupación política debido a los altos índices de reincidencia, y no a la naturaleza misma de la sanción, la cual sigue siendo eminentemente retributiva, pero se encuentra matizada en virtud de la ineficacia de dicho castigo.

Si bien el Código Penal vigente data de 1874, la naturaleza castigadora de la pena y de la regulación de la reincidencia, obedecen a una concepción intimidatoria del derecho penal, lo que a su vez responde a una lógica de control social a través del miedo. Al respecto, Roberto Bergalli expresa que esta es una tendencia moderna de los Estados, la cual encuentra explicación en las contradicciones valóricas que actualmente tiene la sociedad. Lo anterior, toda vez que la ciudadanía ha superado la noción de soberanía, encontrándose en un constante cuestionamiento de la función

estatal. De esta forma, el derecho penal moderno, no persigue la disciplina de la comunidad, sino que la mantención del estatus quo socio-jurídico, escenario en el cual cada grupo ya tiene un rol determinado dentro de la sociedad. Sobre esto, Bergalli explica que *“el Estado neoliberal no debe reeducar, resocializar, corregir o prevenir como lo tenía asumido el Estado social. Antes bien, ha de configurar su sistema penal basándolo sobre una nueva verdad, sobre unos nuevos fines. Estos son los estrictamente orientados a la punición”*<sup>69</sup>. Lo anterior, con el objeto de lograr un consenso social acerca de las instituciones y los valores que predominan en la comunidad, con el propósito de prevenir todo desistimiento político.<sup>70</sup>

Otro elemento sumamente ilustrativo del paradigma nacional, se desprende del análisis del artículo 449 N°2 del Código Penal, el cual, dentro del marco de los delitos contra la propiedad, excluye la aplicación del grado mínimo de la pena aplicable en caso de reincidencia. Dicha regulación, reitera el efecto de la reincidencia como agravante, acentuándola, toda vez que impide la aplicación de la sanción más benigna sin importar la concurrencia o no de circunstancias atenuantes. En este caso, no es posible esbozar una explicación finalista o que se funde en la rehabilitación del sujeto, ya que la norma sin ningún preámbulo, actúa directamente eliminando la posibilidad de imponer al delincuente la pena más baja, lo cual a todas luces es una expresión de retribucionismo penal, cuya única justificación es asegurar un castigo de determinada duración.

La inminente conclusión, es que el paradigma manejado por el derecho penal chileno acerca de la reincidencia, sólo encuentra explicación desde la teoría absoluta de la pena, ya que la regulación de la misma es esencialmente retributiva, dejando poco espacio para las consideraciones criminológicas que rodean al sujeto reincidente, puesto que la reincidencia funciona como una condición jurídica estática que nace con la imposición de una primera pena, sin importar si se cumple simplemente como

---

<sup>69</sup> Bergalli, Roberto. (2005). Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control Punitivo. pág. 205.

<sup>70</sup> *Ídem.*

castigo, o por el contrario, si se cumple con la aplicación de mecanismos tendientes a la rehabilitación del sujeto. Dicha regulación normativa, obedece netamente a una lógica de control punitivo, cuyo único objeto es mantener la estructura ética-social de la comunidad, para lo cual es necesario que el derecho penal debe resaltar la negatividad valórica de la conducta del delincuente, como así también al simple hecho de que merece una sanción.

En este sentido, Bergalli señala que *“el control punitivo es por naturaleza el más coercitivo y su aplicación conlleva la violencia, en el caso que tenga que ser cumplido contra la voluntad del/los controlado/s. Y, este procedimiento está legitimado porque su ejercicio corresponde a la propia esencia de los sistemas penales modernos elaborados y constituidos en el marco de la forma del Estado constitucional de derecho”*.<sup>71</sup> Dicho Estado Constitucional, contiene inherentemente una carga ideológicamente, que implica establecer la supremacía de ciertos delitos derechos fundamentales, por sobre los demás. De esta forma, el Código Penal establece penas más severas para los delitos que atenten contra estos derechos superiores, utilizando a la reincidencia como un mecanismo para reafirmar el carácter primordial que los mismos tienen para la sociedad, con el objeto de mantener el consenso social de que el atentado cometido contra tales derechos es aún más repudiable, logrando una cohesión de valores por parte de los miembros de la sociedad.

### **3- Análisis de los delitos de robo y hurto desde una concepción crítica de la reincidencia**

Una vez realizado el examen acerca del marco jurídico internacional dentro del cual se encuadra a la reincidencia, y determinada la concepción bajo la cual se fundamenta su regulación local, corresponde a continuación llevar a cabo la relación entre lo dicho en el mandato internacional, y el tratamiento que recibe la reincidencia, para así llegar a una adecuada regulación de la misma, construyendo un marco regulatorio armónico

---

<sup>71</sup> *Ibid.* pág. 187.

con los derechos fundamentales que envuelven tanto a la sociedad, como al mismo infractor.

En virtud del examen de los principales instrumentos internacionales, que conforman el bloque de derechos humanos que informan el sistema penal dentro del Estado de Derecho, es posible establecer que el estándar mínimo de derecho con el que se debe cumplir, consiste en concebir a la pena como un instrumento de reforma social, con el objeto de que su ejecución se encuentre siempre orientada a este fin

A la luz de este razonamiento, un ordenamiento jurídico que justifica a la pena en sí misma, figurándola como una simple herramienta retributiva, carece de legitimidad dentro de un marco jurídico de derechos humanos, ya que implica permitir fundar la sanción proporcionada por el Estado en la mera incompatibilidad de la conducta del sujeto con la norma vigente, sin analizar el trasfondo que existe detrás del delito, creando así la ficción de que la sanción por sí sola restablece dicha vigencia normativa, no generando siempre algún cambio en la conducta del sujeto, y por tanto, no reconciliando necesariamente al mismo con la sociedad.

Lo anterior resulta ser justamente la situación la situación del robo y el hurto, toda vez que el Código Penal se limita a establecer la pena para estos delitos, bastando para tales efectos que se cumplan los presupuestos exigidos la comisión de los mismos, - esto es, la realización de la acción típica, antijurídica y culpable -, sin poner atención a las condiciones criminológicas que determinan la realización de tales conductas, tratando al delito como un hecho aislado, no relacionado con ningún elemento de la vida del infractor.

Particularmente, tratándose los delitos en análisis, el Código Penal contempla en general, sólo la aplicación de una pena privativa de libertad, y en ciertos casos, específicamente en el caso del hurto, la acompaña con la imposición de una multa. En relación a la pena privativa de libertad, nuestro derecho contempla en su mayoría penas de larga duración, estableciendo solo en 4 casos la posibilidad de imponer una pena inferior a un año, de los cuales tres consisten en hurtos y uno en la apropiación del pelaje de animales ajenos, delito contemplado en el párrafo correspondiente al abigeato. En cuanto a los delitos de robo, todas las penas se cuentan dentro del

rango del presidio mayor, de modo que la pena más baja, sin que operen circunstancias atenuantes, es de 5 años y un día.

En complementación, en el caso de la reincidencia propia, por efecto del artículo 449 N°2, se debe excluir el grado mínimo de la pena si esta es divisible y el mínimo si es indivisible. De esta forma tratándose de los delitos de hurto, quedan excluida la aplicación de una pena inferior a 301 días (máximo del presidio menor en grado mínimo), mientras que, en los delitos de robo ocurre igual con las penas inferiores a siete años y seis meses. Es necesario destacar que en caso de este último grupo de delitos, los cuales solo contemplan el presidio mayor en sus diversos grados, la exclusión del mínimo en penas indivisibles puede significar para el reincidente, la determinación de una pena 2 años y seis meses superior a la pena menor, posible para un infractor no reincidente, mientras que, en las penas divisibles puede implicar la determinación de una superior en 5 años, efectos que claramente obedecen a una concepción retributiva de la reincidencia, en la cual esta se establece como una condición altamente negativa del autor, la cual reviste al mismo de una mayor responsabilidad penal.

En este sentido, el derecho chileno parece no armonizar a priori con lo exigido por el estándar internacional, ya que, no cuenta en principio con ningún mecanismo que permita garantizar que la imposición de una pena sólo se encuentra justificada cuando se sustenta en un fin resocializador, toda vez que no existe ninguna norma de este tipo, ni en la Constitución de la República, ni en sus leyes. Sin embargo, dicha garantía interna no resulta necesaria si se configura al sistema punitivo dentro del bloque de derechos humanos a través del artículo 5 inciso segunda de la Constitución chilena, el cual establece que *“el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*. De esta forma y a la luz del precepto recién citado, el artículo 10 N°3 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 5 N°6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como también las Reglas de Tokio,

reciben plena aplicación en el derecho chileno, garantizando de esta el fin resocializador de la pena, y consagrándolo como un verdadero deber del Estado de Chile.

Si esto es así, entonces no tiene sentido sostener ninguna teoría que fundamente a la pena desde sí misma, o cuya única justificación es sancionar al infractor de la norma, ya que la pena como medio social se encuentra explícitamente consagrandolo, inclusive en más de un instrumento internacional, *ergo*, no es posible concebir a la reincidencia desde un plano puramente retributivo. Resulta incoherente con lo exigido por el estándar internacional, sancionar al infractor reincidente con una pena agravada, simplemente por volver a incurrir en un hecho delictual, debido a que esto implica negar la función social de la pena tanto en la primera como en la segunda condena.

Establecer que la pena necesariamente debe encontrarse dirigida a la rehabilitación social del delincuente, pone directamente en jaque a la regulación de la reincidencia, especialmente a la reincidencia propia. La exigencia de orientar la pena a la readaptación del sujeto no es una obligación meramente declarativa, sino que requiere de una actitud positiva y constante por parte del Estado. El fundamento de la pena debe manifestarse en el plano material a través de la adopción de medidas concretas. Sin embargo, lejos de esto, la reincidencia opera simplemente agravando la responsabilidad penal, presumiendo que el sujeto se encuentra reformado, es más, se encuentra en una condición de mayor exigencia conductual que quien no ha cometido delito alguno, irónicamente, toda vez que estos no han tenido la oportunidad de pasar por el proceso de reinserción social por el que si pasó el infractor.

Atendido este razonamiento, no es suficiente entonces que nuestro derecho se limite en general a sólo determinar cuanto tiempo se encontrará el infractor privado de libertad. Cabe tener presente que los delitos de robo y hurto, debido a su carácter patrimonial, en general implican siempre una decisión predeterminada por parte del infractor, la cual a su vez se encuentra inmersa en un universo de elementos y variables que el sujeto ha evaluado al momento de delinquir, ponderando finalmente

que el beneficio proporcionado por la ejecución del delito, supera a las desventajas de una eventual condena, por lo que la aplicación de una pena, que sea inconsciente o ignorante de estos elementos, finalmente volverá a posicionar al infractor en el mismo escenario decisivo en el cual se encontraba antes de la ejecución del delito, siendo entonces altamente probable que vuelva a realizar la misma elección, constituyéndose así como reincidente.

A la vez, que la pena aplicada sobre el delito reincidente consista en un endurecimiento del mismo tipo de sanción que la pena inicial, carece de un sentido epistemológico, pues la sola existencia de la reincidencia propia permite deducir que elementos que determinaron la decisión del infractor, no han cambiado en lo absoluto, o no cambiaron lo suficiente para alentar al sujeto a optar por una conducta socialmente aceptada. En virtud del estándar de derechos humanos previamente determinado, y de los efectos deseados de la pena en un estado de derecho, la sanción que recae sobre la persona reincidente debe tener un fundamento resocializador aún mayor que el de la pena inicial, ya que debe lidiar con el fracaso de esta, de lo contrario, no logrará influenciar la conducta del sujeto más de lo que esta lo hizo.

De esta forma, la garantía internacional antes establecida, fija el génesis de la expectativa de buen comportamiento social, en el cumplimiento de la pena, siempre que esta haya modificado efectivamente los factores motivadores de la conducta delictual, y no en la mera imposición de la pena, o en el cumplimiento inconsciente de la misma, teniendo como consecuencia, que la regulación actual de la reincidencia se torne injustificada, se trate de la reincidencia propia - por crear la presunción ficta de que el sujeto se encuentra reformado, y aumentar el estado de exigencia social en virtud de dicho proceso - o de la impropia - toda vez que la condena no se ha cumplido y por tanto no se ha llevado a cabo aún el proceso de transformación social, y la segunda-

Un sistema punitivo acorde al estándar mínimo de derecho exigido por los tratados internacionales, debe definir a la pena como un medio resocializador y no como una

herramienta de mera retribución. A la vez, este objeto sólo es posible si se determina la pena aplicable desde un análisis consiente de los factores de incidencia criminógena que envuelven al hecho delictivo. De esta forma, si el principal elemento que motivó el delito es de naturaleza económica, la pena deberá centrarse en la capacitación laboral del sujeto, o bien en su formación educativa, con el objeto de otorgar al infractor mecanismos efectivos de recuperación social, que le permitan optar por una conducta socialmente aceptada. Si el delito se explica desde una desviación mental del sujeto, la pena deberá tener una fuerte asistencia psicológica que permita prevenir eficazmente la realización de un nuevo delito de la misma índole.

En este punto, tratándose de los delitos de robo y hurto, resulta relevante destacar el valor que pueden tener las prestaciones educacionales que el Estado pueda otorgar a quienes se encuentran cumplimiento sus respectivas penas, puesto que, esto puede proporcionarles las herramientas necesarias para enfrentar de una forma diferente los factores criminógenos que los rodean, ya que estos delitos en general se encuentran envueltos en una motivación económica, respondiendo en gran parte a un análisis de costo, beneficios y riesgos. En sentido, es menester mencionar la importancia que podría tener la implementación estatal de un adecuado sistema de educación de párvulos, como un aparato de prevención, tanto de los delitos de robo y hurto, como también de la reincidencia de estos. Al respecto, el Centro de Estudios MINEDUC<sup>72</sup>, señala que una adecuada educación temprana, puede generar beneficios en al menos tres niveles diferentes: i) primero para la sociedad, ya que puede generar una disminución de la criminalidad juvenil, disminuyendo también así el gasto del sistema de justicia, ii) para el Estado, toda vez que reduce los gastos de educación especial y la disminución de la dependencia en ayuda estatal; y iii) para el individuo en sí, en virtud de la oportunidad de obtener mayores ingresos. De esta forma, la educación de párvulos constituiría un verdadero mecanismo para contrarrestar las variables criminógenas que rodean a los autores de los delitos de robo y hurto, ya sean primerizos o reincidentes.

---

<sup>72</sup> Centro de Estudios MINEDUC, (2014), Estado del Arte de la Educación Parvularia en Chile. Ministerio de Educación de Chile. pág. 17.

Desde este razonamiento, la única reincidencia que tendría lugar dentro del estado de derecho, es la reincidencia propia, pero no como una agravante, sino que como un mecanismo de reevaluación de la pena. En efecto, la reincidencia constituye un verdadero mecanismo de alarma jurídica, lo cual se traduce en un examen obligado de la pena aplicable, *ergo*, al sujeto reincidente no se le debe imponer una pena agravada, sino que una reestructurada, lo cual implica un segundo examen de las variantes criminológicas con el objeto de concluir si es que dicha variantes coinciden con las que incidieron en la realización del primer delito, y o si por el contrario, nuevos factores diferentes a los primeros determinaron comisión de este segundo delito, para recién entonces determinar la pena aplicable.

Este examen resulta aún más trascendente tratándose de los delitos contra la propiedad, lo cuales en su mayoría revisten un carácter económico en virtud del análisis de riesgo-recompensa realizado por el infractor. Si el delito obedece a una verdadera decisión de vida del sujeto y no a las circunstancias ocasionales del mismo, difícilmente el infractor tendrá motivación alguna en cambiar su conducta sólo en virtud de la imposición de la una pena. La sanción respectiva debe proporcionar de forma eficaz mecanismos de desarrollo personal, que permitan al individuo optar efectiva y racionalmente por un comportamiento acorde a derecho, ya que cuenta con las herramientas para hacerlo.

De esta forma, una norma como el artículo 449 N°2 del Código Penal, que excluye al grado mínimo de la pena aplicable en los casos de reincidencia propia en delitos contra la propiedad, carece de todo sentido, ya que la reincidencia no se justifica como un elemento agravador de la pena, sino como un medio de reestructuración sancionatoria, forzando al juez a replantear la pena que se impondrá al sujeto, en base del funcionamiento del primer proceso de resocialización, a los factores que determinaron la realización del primer delito, y a los factores presentes en el segundo.

Por último, resulta necesario examinar en este punto el Anteproyecto del Código Penal que actualmente está teniendo lugar en Chile, para verificar si se registra algún cambio en la concepción de la reincidencia. En principio, se verifica que existe una preocupación de resaltar el fin rehabilitador de la pena, al menos en determinadas sanciones menos severas que la privación de la libertad. Tal es el caso de la reclusión parcial, sobre la cual, el anteproyecto del año 2015 señala en su artículo 45 que *“cuando la ley prevé como pena la reclusión diurna, nocturna o de fin de semana, ella sólo podrá ser impuesta en la modalidad así señalada. En los demás casos, el tribunal determinará como modalidad de cumplimiento aquella que, atendidas las circunstancias concretas del condenado, favorezca su inserción social”*.

Regulación similar se reitera en el artículo 81 respecto de la pena unificada a partir de diversas penas de reclusión, estipulando que la misma *“se impondrá bajo la modalidad de cumplimiento que, atendidas las circunstancias concretas del condenado, posibilite al máximo su inserción en la vida social, de una forma constructiva y sin delitos”*. Sin embargo, dichas consideraciones se encuentran enmarcadas en penas específicas, cuando debiesen ser parte de la naturaleza de toda sanción penal, ya que, de lo contrario, se llega a la desafortunada conclusión de que sólo algunas penas tienen un fin resocializador.

En la misma línea de pensamiento, los profesores encargados de comentar este capítulo del anteproyecto, Couso, Maldonado y Wilenman, recomiendan incluir este fundamento dentro del marco de la aplicación de la pena, específicamente en el estatus jurídico del condenado. En particular, aconsejan proponer la siguiente redacción del artículo 99 inciso segundo: *“el régimen cotidiano y las condiciones a las que estarán sujetos los condenados a penas de prisión y reclusión tenderá a evitar restricciones innecesarias a su vida de relación en sociedad y a promover su inserción en el medio libre, debiendo ajustarse, en lo no previsto en este código, a lo dispuesto*

*en la ley que regula la ejecución de las penas de una y otra clase*<sup>73</sup>. La propuesta en cuestión se encuentra encaminada a cumplir con el estándar de derechos humanos que los convenios internacionales exigen acerca de la pena, sin embargo, la norma en comento se ubica dentro del capítulo referido a la ejecución de la pena, constituyendo así una garantía de la tendencia resocializadora que deberá tener la condena, naturaleza que salta a la luz de la lectura misma del artículo, pero evadiendo a la reinserción social como un elemento necesario básico de la pena.

Sin quitar mérito a la importancia vital que tiene la ejecución de la pena en el proceso de rehabilitación social, limitar este último al cumplimiento de la sanción significa evadir al mismo como fundamento de la pena. Para este propósito, es más recomendable que la ley misma defina a la pena señalando los elementos esenciales que la constituyen, y que por ende la justifican. Sobre este punto, tanto el Código Penal actual como su anteproyecto, directamente se refieren al merecimiento de la pena y a su clasificación, sin ofrecer ninguna definición de ella ni de su contenido epistémico.

De lo contrario, la sanción penal, y por consecuencia también la reincidencia, seguirán obedeciendo a una lógica de retribución del delito. Un ejemplo, es la conclusión que deriva de la lectura del artículo 138 del anteproyecto antes citado, norma que señala que *“en los casos en que se hubiere concedido la rehabilitación conforme al artículo precedente y el beneficiado perpetrare un nuevo delito por el cual corresponda imponer una inhabilitación de la misma clase, el tribunal la impondrá en la mitad superior de su extensión. El sentenciado a tal inhabilitación no tendrá derecho a obtener una nueva rehabilitación”*. Dicha noción de rehabilitación se comprende en el artículo 137 del cuerpo normativo propuesto, el cual manifiesta que el infractor *“tendrá derecho a solicitar al tribunal su rehabilitación”* siempre que se haya cumplido con una

---

<sup>73</sup> Couso, Jaime; Maldonado, Francisco; Wilenmann, Javier. (2018). “Minuta para el análisis de las reglas sobre penas”. Comisión de revisión de anteproyecto de Código Penal 2018. pág. 186.

determinada parte de la condena, de modo que la rehabilitación constituye una suerte de beneficio carcelario más que un proceso personal desarrollo social.

Del juego de las normas citadas, se desprende que, la reincidencia continúa siendo un mecanismo de agravación de responsabilidad penal, al grado de restringir “*el derecho a obtener una nueva rehabilitación*”, redacción normativa que resulta ciertamente preocupante, ya que niega completamente el carácter rehabilitador de la pena, confirmando que la concepción de reincidencia continúa siendo la misma, conservándose bajo un paradigma en el cual predomina el castigo como justificación de la norma penal. Esta noción de la reincidencia implica enfrentar a los delitos de robo y hurto de manera poco eficaz, logrando aislar al infractor durante un periodo determinado de tiempo, pero sin proporcionar una verdadera solución al problema criminológico que hay detrás. Una prevención efectiva de la reincidencia implica conocer al infractor, y ponderar todas las variantes que determinaron su conducta, con el objeto de lograr una modificación sustancial de las mismas.

La reincidencia sólo encuentra justificación en un sistema punitivo armónico con los derechos humanos, cuando se utiliza como un indicador de los defectos del proceso de reinserción contenido en la pena, haciendo un llamado a modificar el contenido de la sanción del reincidente, y no a aumentar la severidad de esta. De lo contrario, la regulación de la reincidencia se torna retributiva e infructuosa socialmente y, por ende, incapaz de satisfacer, no solo el estándar internacional de la pena, sino que también las necesidades del estado de derecho.



## CONCLUSIONES

Como ha quedado demostrado, la regulación de la reincidencia se encuentra estructurada en el derecho penal como un mecanismo de retribución conductual y de intimidación penal. Lo anterior, toda vez que reincidencia se configura como una agravante de la responsabilidad penal, cuyo único objeto reconducir la pena aplicable a una sanción más severa, o en su defecto excluir las sanciones más benignas o menos invasivas. Este tipo de regulación normativa se debe a que el legislador ha previsto una noción de reincidencia como un hecho jurídico estático cuyo único objeto es investir al infractor como un individuo de mayor peligrosidad para la comunidad, circunstancia que, para efectos legales, lo hace merecedor de una pena más estricta.

Esta concepción de reincidencia resulta poco realista a las necesidades de la sociedad, ya que ignora por completo las características que determinan una conducta criminal reincidente. La identificación de estos elementos permite comprender el actuar del infractor, entiendo sus motivaciones para así confeccionar una propuesta concreta, que permita modificar los factores que determinaron a la reincidencia. Una aplicación meramente punitiva de la misma es ajena a dichas variables de incidencia criminal, por lo cual tendrá poco éxito al momento de corregir la conducta desviada, e incluso posiblemente la consolide, estableciendo de esta forma una identidad determinada del sujeto.

Al respecto, la Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, ha manifestado que *“los sistemas de justicia penal deben diseñar y realizar intervenciones de reintegración social eficaz para evitar la reincidencia y para detener el ciclo de integración social fallida”*<sup>74</sup>. La reincidencia en si misma representa un fracaso de la intervención estatal, por lo que estudio resulta fundamental para evaluar el funcionamiento del derecho penal. Sin embargo, una aplicación cuya única justificación es la punición en sí misma, a efectos de aumentar la culpabilidad del individuo, tiene

---

<sup>74</sup> Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. *Óp. Cit.* pág. 8.

principal efecto primero, un funcionamiento defectuoso de los fines de la pena, particularmente de esta como medio de rehabilitación social, y segundo, la petrificación de una estructura social determinada, toda vez que no consolida la identidad socialmente negativa del infractor.

Este punto trascendental tratándose del delito de robo, ya que el llamado ladrón, determina en primera instancia su identidad criminal en virtud de los factores que lo rodean como individuo, se mantiene luego de la primera sentencia, ya que la pena deja al proceso de rehabilitación al cumplimiento de la pena, pero no siendo un elemento social de ella, por lo que depende en gran medida de la motivación personal del individuo. Finalmente, esta identidad se reafirma a través de la reincidencia, la cual confirma la hipótesis que el propio delincuente tiene de sí mismo y de la sociedad, asumiendo así su rol dentro de la misma.

La reincidencia debe utilizarse como indicador de las necesidades de la pena, y así orientar adecuadamente el cumplimiento de esta, con el objetivo de modificar los elementos que determinan la conducta criminal, potenciando de esta manera el desistimiento del delincuente. Dicho objeto requiere concebir a la reincidencia como un mecanismo que obligue jurídicamente a replantear la pena reincente, en virtud de un análisis criminológico del sujeto y de la evaluación de la aptitud de la pena para conseguir la reinserción social del mismo. El organismo internacional antes citado, agrega en este sentido, que *“las sociedades no pueden permitirse el lujo de dejar de invertir en integración social y en programas de reintegración para delincuentes. Tales programas son una parte esencial de toda estrategia completa de prevención del delito. Invertir en prisiones, sin una inversión complementaria en programas de rehabilitación y reintegración, no producen una reducción significativa de la reincidencia”*<sup>75</sup>. De esta forma, parece claro que la pena debe contener como fundamento básico, el estar principalmente dirigida a la reinserción del infractor, pues solo así se justifica la intervención estatal. Sin esta función social, el Estado es un mero

---

<sup>75</sup> *Ídem.*

fiscalizador de la conducta, que comprueba la misma y luego impone una sanción de forma automática,

La regulación actual de la reincidencia finalmente se sostiene sobre el pensamiento de que el ser humano es incapaz de corregir su conducta, por lo que el derecho penal no tiene más remedio que limitarse a administración sanciones retributivas. Es necesario una concepción de reincidencia que comprenda dentro de la naturaleza humana<sup>76</sup> la capacidad del individuo de cambiar el concepto que tiene sobre sí mismo, y por ende los factores que lo rodean como sujeto y miembro de una sociedad, constituyendo lo anterior, un paso necesario, para establecer un sistema punitivo eficaz y capaz de proporcionar una autentica seguridad social frente a la conducta criminal, ya sea primeriza o reincidente.

---

<sup>76</sup> Molinet, Velásquez & Estrada. *Óp. Cit.* pág. 155 y 156.



## BIBLIOGRAFIA

- Bascuñán, A. (2007). Derechos fundamentales y derecho penal. *Revista de Estudios de la Justicia* , 47-74.
- Bergalli, R. (2005). Relaciones entre control social y globalización: Fordismo y disciplina. Post-fordismo y control punitivo. *Sociologías* , 180-211.
- Bertone, M. D., Vallejos, M., Muniello, J., & López, P. (2013). Variables asociadas a la reincidencia delictiva . *Psicopatología clínica, legal y forense*, 47-58.
- Carrasco, E. (2013). Revisión de la jurisprudencia en materia de antecedentes pretéritos en adolescentes infractores. Fallos que los acogen y rechazan y sus argumentos de base. *Revista de Derecho*(29), 41-64.
- Centro de Estudios MINEDUC. (2014). *Estado del Arte de la Educación Parvularia en Chile*. Santiago : Ministerio de Educación de Chile .
- Cid, J. (2005). La suspensión de la pena en España: descarceración y reincidencia. *Revista de derecho penal y criminología*, 223-239.
- Cury, E. (2009). *Derecho Penal Parte General* . Santiago: Editorial Universidad Católica de Chile.
- Departamento de Seguridad Pública de la Organización de Estados Americanos . (s.f.). *Reduciendo la reincidencia delictiva* .
- Escaff, E., Jofré, M., Alfaro, R., & Ledezma, C. (2013). Factores asociados a la reincidencia en delitos patrimoniales, según sexo: estudio desde la perspectiva personal de condenados(as) en dos penales de Santiago de Chile. *55*(2).
- Fundación Paz Ciudadana . (2015). *Balance de la delincuencia en Chile 2014*.
- Garrido Montt, M. (2001). *Derecho Penal Parte General Tomo I* . Santiago: Editorial Jurídica .
- Gendarmería de Chile . (2013). *La reincidencia: un desafío para la gestión del sistema penitenciario chileno y la políticas públicas*.

- Gendarmería de Chile . (2016). *Reincidencia delictual en egresados del sistema penitenciario chileno año 2011*.
- Gendarmería de Chile. (2017). *Compendio Estadístico penitenciario 2016*.
- González, C., & Gutiérrez, M. (2014). Factores condicionantes de la reincidencia criminal en Chile. *Revista de Economía San Marcos* , 114-135.
- González, M. (1998). *Criminología* . Santiago: Editorial Jurídica .
- Herrero, O. (2013). ¿Por qué no reincide la mayoría de los agresores sexuales? *Anuario de Psicología Jurídica* , 71-77.
- Hinojosa, K. (2016). *Los fines de la pena y la reincidencia en el delito específico de robo agravado en los establecimientos penitenciarios del Perú en el año 2016*. Cusco : Universidad Andina del Cusco .
- Martínez de Zamora, A. (1969-1970). La Reincidencia. En *Anales de la Universidad de Murcia* (Vol. XXVIII).
- Mera, J. (1998). *Derechos humanos en el derecho penal chileno*. Editorial Jurídica COnosur .
- Molinet, E., Velásquez, D., & Estrada, C. (2007). Teorías implícitas sobre la estabilidad de la naturaleza humana y del entorno social, y su relación con la reincidencia delictiva en internos reclusos en el centro de cumplimiento penitenciario de la co. 35(2).
- Morales, A., Muñoz, N., Welsch, G., & Fábrega, J. (2012). *La reincidencia en el sistema penitenciario chileno*. Santiago: Fundación Paz Ciudadana.
- Nguyen, T., Arbach- Lucioni, K., & Andrés- Pueyo, A. (2011). Factores de riesgo de riesgo de la reincidencia violenta en población penitenciaria . (6).
- Núñez, B., & Coa, A. (1995). Consideraciones teóricas y metodológicas acerca de la investigación de la reincidencia delictual en criminología. 22(2).

- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito. (2013). *Guía de introducción a la prevención de la reincidencia y la reintegración social de los delincuentes* .
- Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2006). *Personas privadas de libertad*. Bogotá.
- Ossa, M. F. (2012). Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria. *Revista Ratio Juris*, 113-140.
- Pantoja, R., & Guzmán, G. (2011). Impacto del “Programa de reinserción social” sobre la reincidencia de hombres adultos condenados por delitos.
- Politoff, S., Matus, J. P., & Ramírez, M. (2003). *Lecciones de derecho penal chileno Parte General* . Editorial Jurídica de Chile .
- Ramos, V., & Carcedo, R. (2012). Factores dinámicos de la reincidencia de reclusos drogodependientes en tratamiento en comunidad terapéutica. *Psicología Conductual*, 613-627.
- Redondo, S., Luque, E., Navarro, J. C., & Martínez, M. (2005). Análisis empírico de las características y los factores de riesgo de reincidencia en una muestra de agresores sexuales encarcelados. *Anuario de Psicología Jurídica*, 15, 135-157.
- Salinero, S. (2012). ¿Por qué aumenta la población penal en Chile? Un Estudio Criminológico Longitudinal. (1).
- Sanhueza, D. (2015). Análisis jurisprudencial de la reincidencia impropia y quebrantamiento. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- Tojo, P. (s.f.). Libertad condicional y reincidencia. A propósito de recientes pronunciamientos de la.
- Zaffaroni, E. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas : Monte Avila Editores .

### Leyes:

- 1- Código Penal de Chile.
- 2- Ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas de libertad.
- 3- Ley 20.0084 que establece un sistema de responsabilidad adolescente por infracciones a la ley penal.
- 4- Decreto N °2442 que fija el texto del reglamento de la ley de libertad condicional.

### Comisión de revisión de anteproyecto de Código Penal (2018)

- 1- Anteproyecto de Código Penal 2015
- 2- Bascuñán, Antonio. (2018). Minuta para el análisis de los párrafos 1 y 2 del Título VI del Libro Segundo Delitos contra la Propiedad y otros atentados contra derechos sobre cosas (Arts. 277 a 292 AP 2015)
- 3- Couso, Jaime; Maldonado, Francisco; Wilenmann, Javier. (2018). Minuta para el análisis de las reglas sobre penas.

### Tratados Internacionales:

- 1- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- 2- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- 3- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- 4- Convención Americana Sobre Derechos Humanos
- 5- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Sobre las Medidas No Privativas de la Libertad.
- 6- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas Para la Administración de la Justicia de Menores

## AGRADECIMIENTOS

*A mi pareja Daniela*

*A mi madre Sandra*

*A mi padre Claudio*

*A cada uno de mis amigos y amigas*

*Por el apoyo constante y la confianza en mi persona*

*Al profesor Luis Felipe Abbott*

*Por guiar y orientar esta memoria*

*A la irracionalidad del sistema punitivo*

*Por motivar e inspirar este trabajo*