



El fundamento de la exclusión del reincidente en la suspensión condicional del procedimiento

Profesor: Juan Sebastián Vera Sánchez

Alumno: David Amaro Álvarez Barahona

Resumen

Ya sea con su consagración de agravante genérica en el artículo 12 del Código Penal o en otros cuerpos legales, la reincidencia esta siempre vinculada a la interposición de un castigo más lesivo para el sujeto activo del delito. Si bien su figura es contemplada ampliamente en la normativa penal, lo cierto es que su existencia no puede sino considerarse como una excepción a la vinculación del hecho con la responsabilidad penal, situándose como una herramienta que permite al Estado ponderar la forma en que una persona ha conducido su vida. Una de los aspectos más llamativos en la materia, es la imposibilidad que tiene el reincidente u persona con antecedentes de poder acceder a la suspensión condicional del procedimiento aun cumpliendo con todo el resto de requisitos para ello, circunstancia que tiene como consecuencia práctica un mayor uso de la cárcel como herramienta de castigo, método que ha demostrado ser ineficaz para la reinserción y reintegración de los condenados y que por el contrario, solo reproduce de forma más intensa las condiciones precarias de vida. El propósito de esta investigación es identificar y cuestionar los fundamentos que desde el legislador y desde la doctrina se han entregado para establecer esta imposibilidad.

Índice temático

Introducción	5
Capítulo I: El reincidente en el derecho penal	8
1.1 Concepto de reincidente	8
1.1.1 Consagración y consideraciones generales en el derecho penal y derecho procesal penal	9
1.1.2 Algunas aproximaciones desde la doctrina al concepto de reincidencia.	17
1.2 El especial reproche al reincidente	19
1.2.1 La fundamentación del mayor castigo al reincidente	19
1.2.2 La relación de la reincidencia y las teorías de la pena	22
1.2.3 La reincidencia, el derecho penal del autor y los principios del derecho penal	24
1.3 Las/os reincidentes como grupo desfavorecido/vulnerable	27
1.3.1 Concepto de grupos vulnerables	27
1.3.2 Breve comentario sobre las condiciones carcelarias en Chile	29
1.3.3 Posibilidad de reinserción y programas estatales	32
1.3.4 Los reincidentes como grupo vulnerable	34
Capítulo II: La suspensión condicional del procedimiento	37
2.1 La suspensión condicional del procedimiento en el ordenamiento jurídico	37
2.1.1 La consagración de la SCP en el Art 237 del CPP	38
2.1.2 Fundamentos y objetivos generales de la SCP	43
2.1.3 Comparación con las penas alternativas de la Ley 18.216	44
2.1.4 Carácter práctico de la institución	47
2.2 Origen de la suspensión condicional del procedimiento	50
2.2.1 Historia de la Ley 19.696 en lo que refiere a la suspensión condicional del procedimiento	50
2.2.2 Origen histórico de la libertad condicional y la suspensión condicional	56
Capítulo III: ¿Por qué el reincidente no puede optar a la suspensión condicional del procedimiento?	62
3.1 La especial consideración del reincidente en la suspensión condicional del procedimiento	62
3.1.1 Fundamentos de la inclusión del requisito b) del artículo 237 CPP	63
3.1.2 Comparación con otras legislaciones	68
3.2 Análisis crítico de la exclusión de los reincidentes a los procedimientos alternativos	71
3.2.1 Los objetivos de la SCP en miras de la exclusión del reincidente	72
3.2.2 Potencial práctico de la SCP	76

3.2.3 La reinserción en el uso de las penas alternativas	77
3.2.4 La triple valoración del potencial reincidente	80
3.2.5 Legitimidad de la exclusión de los reincidentes en la SCP	81
3.2.6 Las penas alternativas como penas principales	83
Conclusiones	85
Bibliografía	89

Introducción

El uso de la cárcel en Chile se ha erigido como la forma más intensa por parte del Estado de reprochar y castigar a los sujetos activos de las conductas tipificadas como delitos. Para dar cuenta de dicho escenario se puede traer a colación los datos que se encuentran disponibles en Gendarmería¹ de Chile, donde se señala que aproximadamente 47.064 condenados están bajo un régimen cerrado² sobre las 124.128 personas que son “atendidas”³ por la Institución. De igual forma, según lo señalado por “*World Prison Brief Data*”⁴ al 30 de septiembre de 2021 hay un uso del 91,3% de la capacidad oficial que tiene Gendarmería para privados de libertad, mientras que 218 personas cada 100.000 habitantes se encuentra en prisión.

Por supuesto que los datos entregados no son baladí, pues el uso de la cárcel como herramienta de castigo no solo trae consigo las problemáticas de la legitimidad del castigo, sino que es un problema que debe analizarse de forma integral e interseccional. De forma incipiente, y solo por nombrar algunos, el uso de la cárcel importa problemáticas relativas al hacinamiento, al uso del suelo, el traslado de familias a lugares lejanos para estar cerca de la misma cárcel, el uso político de la misma, entre muchas otras que son y deben ser parte del análisis del problema. Es por esta razón que es necesario atender a los fundamentos del uso de la cárcel así como también a buscar alternativas a la misma. Respecto a este último punto, lo cierto es que actualmente el proceso penal contempla ciertas oportunidades en forma de procedimientos especiales que optan por otorgar otro tipo de medidas distintas a la privación total de libertad, como lo son el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento (en adelante SCP). Actualmente, y según datos entregados por fiscalía, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento conforman⁵ el 5,17% y 19,70%, respectivamente, de las formas en que se ponen término a los procesos penales en

¹ (22 de junio de 2021) Estadística General, Gendarmería de Chile cifras actualizadas al 30/05/2022 en <https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticaspp.html>

² Privadas de libertad por cumplimiento de penas, prisión preventiva o medidas de apremio.

³ Considera régimen cerrado, abierto y post penitenciario.

⁴ *World Prison Brief* (2022, mayo).

⁵ Datos correspondientes a enero-marzo 2022 según Fiscalía de Chile.

general. Si bien es una cifra elevada que se lee de forma positiva, se considera a priori, que no es todo lo bueno que podría ser.

En línea con la última idea planteada en el párrafo anterior, más que llamativa resulta la consagración legal de la suspensión condicional del procedimiento, la cual dispone como uno de sus requisitos para acceder a la misma que el “imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito”.⁶ (Código Procesal Penal, 2000)⁷ Al respecto, y en consideración a lo señalado respecto al sobreuso de la cárcel, es extraño que se le impida justamente a aquellas personas que ya han sido castigadas con la cárcel⁸ o penas tradicionales, y por tanto aquellas personas que han demostrado que ese tipo de medidas han sido ineficiente para impedir que siguieran cometiendo delitos, acceder a la suspensión condicional del procedimiento. *A priori* parece que no existe un fundamento muy plausible, pues no tiene que ver con el tipo de delito sino que con el tipo de persona que lo comete, lo que es bastante excepcional en materia penal. De igual forma, resulta cuestionable el requisito no solo por lo mencionado respecto al tipo de pena y su eficacia, así como lo relativo a la descongestión de las cárceles, sino que además se podría entender como un posible doble castigo por el mismo hecho – la pena como tal y la imposibilidad de tener una medida menos lesiva– a menos que se esté admitiendo que por una parte se castiga al sujeto por su calidad de tal, y por otra se castiga al sujeto por el delito que cometió.

En orden de atender las problemáticas expuestas en esta introducción, el objetivo que se plantea esta tesis no es otro que poder ofrecer una respuesta a las interrogantes del fundamento de dicha imposibilidad. Se ha decidido formular la pregunta: ¿Cuál es el fundamento de la exclusión del reincidente en la suspensión condicional del procedimiento? y a partir de la misma respuesta, ver las implicancias que tiene para con el resto del derecho penal y las consideraciones ideológicas propias en la materia para admitir, o no, si se justifica su exclusión. Con tal fin en mente, la exposición se separa en tres capítulos centrales, con sus respectivos acápite, denominados; 1 – La reincidencia y el reincidente en el derecho penal,

⁶ Art. 237 letra b Código de Procesal Penal.

⁷ Es menester en este punto realizar una prevención conceptual de la investigación, y dice relación con que el tratamiento de la persona con antecedentes en la SCP tiene la misma estructura que la del reincidente en el resto del ordenamiento penal. Es por ello que en la investigación la figura se asimila constantemente.

⁸ Evidentemente hay un porcentaje de personas con antecedentes que no necesariamente sufrieron pena de cárcel.

2 – La suspensión condicional del procedimiento, y 3 - ¿Por qué el reincidente no puede optar a la suspensión condicional del procedimiento?

Capítulo I: El reincidente en el derecho penal

1.1 Concepto de reincidente

La noción de la persona que “no tiene antecedentes” para efectos de la exclusión realizada en la letra b del artículo 237 del Código Procesal Penal (CPP), funciona bajo la misma estructura que lo hace la noción de reincidencia en el resto del derecho penal, teniendo como elemento central el miramiento a los antecedentes del sujeto a la hora de ponderar la decisión sobre el sujeto, ello en relación tanto a la no aplicación de la SCP como en el aumento en la intensidad del castigo, como se verá a lo largo del capítulo. En razón de esta estructura similar, y el tratamiento casi idéntico que se identifica a lo largo de la investigación, es que se ha decidido para estos efectos considerar lo señalado en la letra b del artículo 237 del CPP como otra manifestación más de la figura del reincidente en el derecho penal, motivo por el cual el presente trabajo basa su investigación en el evidente mayor tratamiento doctrinario que tiene este por sobre la noción de “persona con antecedentes”.

Aclarado lo anterior, se hace necesario continuar mencionando que la figura del reincidente tiene una particular importancia y consideración dentro del derecho penal y el mismo proceso penal. Por un lado, la existencia del sujeto reincidente no sólo da cuenta de la poca efectividad que tienen las penas para reformar – si es que cabe el concepto- a la persona que está siendo reprochada por el Estado, sino que también deja en evidencia las carencias y poca efectividad que han tenido y tienen las políticas públicas que hay en la materia, cuestión que se analizará más adelante con ocasión de la determinación de la figura del reincidente como grupo vulnerable. De la misma forma, el trabajo considera *a priori* que la reincidencia como tal es una de las pocas instituciones dentro del derecho penal – en general – que pondera una condición propia del sujeto de forma paralela al hecho por el cual está siendo reprochado el sujeto.

En función de lo señalado en el párrafo anterior resulta relevante dotar del contenido necesario, para efectos del presente trabajo y su objetivo, el concepto de reincidencia y reincidente en el cual se enmarca la persona con antecedentes para la SCP. En tal sentido, el objetivo del presente subcapítulo es, más que otorgar una definición exacta de lo que es la reincidencia, delimitar los alcances de la reincidencia en función de quienes son considerados

tales para el derecho penal. Con el objetivo en mente, en primer lugar se abordarán los alcances del concepto en relación a las consagraciones y consideraciones identificables en los cuerpos normativos, y en segundo lugar en los alcances que la doctrina le ha dado al concepto.

1.1.1 Consagración y consideraciones generales en el derecho penal y derecho procesal penal

Con el objetivo de confeccionar el contorno del concepto de reincidencia, el primer paso necesario para ello, como aproximación, es atender a uso corriente de la palabra, la cual la RAE define como “Reiteración de una misma culpa o defecto”⁹. Esta primera aproximación ya permite hacerse una idea de que uno de los elementos centrales del concepto es la existencia de una reiteración de un acto identificado asociado a la culpa, lo que en el caso del derecho penal se asocia por lo tanto a la determinación de culpabilidad a partir un proceso y posterior juicio. Desde esta pequeña introducción al mundo de la reincidencia, y con ocasión de poder realizar una investigación suficiente y sistemática de la materia, se dispone a comenzar el análisis de la regulación contenida en el ordenamiento jurídico penal, donde el cuerpo normativo de mayor relevancia es el propio Código Penal (CP).

En el contexto del Código Penal, es posible asociar el concepto de la reincidencia no solo a aquellas disposiciones en donde se menciona textualmente la palabra sino que más bien corresponde aterrizar el análisis también a aquellos preceptos que evoquen el sentido natural de la palabra como reiteración de culpa. En tal contexto, la idea asociada al uso natural de la palabra se encuentra dispersa en varias disposiciones del código sin perjuicio que se identifican las normas más relevantes al título primero del Código Penal.

Sin dejar de atender a la dispersión de las normas en cuestión, lo cierto es que existe una idea matriz en todas ellas, esto es, el carácter de agravación o intensificación del castigo asociado a la persona que ha reiterado en la comisión del delito. En atención al sustrato común recién comentado, que mejor manera de delimitar el concepto de reincidencia que

⁹ Primera definición del concepto según la RAE. 30 de Julio de 2021 en <https://dle.rae.es/reincidencia>

atendiendo en primer lugar a su consagración como agravante genérica¹⁰ de la comisión de tipos penales, las cuales más allá de su amplia aplicación práctica, ha sido el enfoque de estudio por parte de la doctrina, más que las dispersas normas a lo largo del C.P. En tal contexto, es posible asociar tres numerales al concepto de reincidencia, los cuales son el 14¹¹, 15¹² y 16¹³, cada uno de los cuales trata diferentes “tipos” o categorías de situaciones que agravan la responsabilidad penal. Para efectos del análisis, se hará uso de la doctrina en la materia, en particular por lo señalado en Politoff (Politoff & Matus & Ramírez, 2004, p. 519-521), donde las agravantes están categorizadas como; 1 – Reincidencia propia genérica, 2 – Reincidencia propia específica, y 3 – Reincidencia impropia, todas categorías que serán analizadas a continuación.

Reincidencia propia genérica:

La primera de las categorías a analizar, es también la de mayor impacto práctico. Los ya mencionados Politoff, Matus y Ramírez (2004, P. 520 - 521) se han referido a la reincidencia propia genérica en atención de la consagración de la agravante del N°15 del Art 12, de la cual han señalado que básicamente consiste en cometer delitos cuando ya en el pasado se han cometido ilícitos que tienen una pena de igual o mayor intensidad, y que de alguna forma u otra implican bienes jurídicos de igual o mayor importancia. Antes de continuar, es menester mencionar que cuando se señala que deben haber cumplido una pena de mayor intensidad me refiero a la pena en abstracto¹⁴ asociado a un tipo penal, pues de otra forma sería más dificultoso para los jueces la aplicación de la agravante en estudio.

Ahora bien, la reincidencia propia tiene como elemento central el hacerse cargo de quienes han cumplido efectivamente su condena, de lo que se sigue – y a diferencia de lo que sucede

¹⁰ Preceptos del Art 12 del C.P.

¹¹ *Cometer el delito mientras cumple una condena o después de haberla quebrantado y dentro del plazo en que puede ser castigado por el quebrantamiento (Código Penal, 1874)*

¹² *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delitos a que la ley señale igual o mayor pena. (Código Penal, 1874).*

¹³ *Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie. (Código Penal, 1874).*

¹⁴ La pena que corresponde al delito, previa consideración de los grados de participación, atenuantes y agravantes.

con la reincidencia impropia, como veremos más adelante – que debió existir un reproche previo por parte del Estado para que nos encontremos frente a la reincidencia propia genérica. Es por ello mismo que estamos ante una situación en la cual el Estado ha admitido, por un lado, su incapacidad por rehabilitar y, por otro lado, la incapacidad del propio reincidente de rehabilitarse, elementos que considero importantes a la hora de delimitar la reincidencia, tal como señalaré más adelante.

Continuando con el estudio de la reincidencia propia genérica, y en esta ocasión con el elemento distintivo en relación a la específica, es necesario traer a colación lo estipulado en Art 92 del C.P, en el cual se dispone de ciertos requisitos para que se configure la reincidencia propia genérica. Sin mayor abundamiento se necesita que el delito por el cual el sujeto sea imputado actualmente sea de otro tipo del cual ya había sido condenado, además de que dicha pena tenga asociada una mayor lesividad para el imputado. Vale mencionar que cuando se habla de otro tipo de delito, no existe mucha claridad respecto al alcance del concepto por parte del legislador, pero para efectos del presente trabajo se entiende que como mínimo afecto a otro bien jurídico protegido. De la consagración de la agravante propia genérica, se subentiende que siempre que las condenas anteriores sean de menor intensidad, no se configura la reincidencia propia genérica. En la misma línea, se entiende que para que se aplique la agravante en estudio, es necesaria la comisión de más de un delito de distinto tipo.

Ahora bien, llegado a este punto falta discutir un elemento central de la configuración de las agravantes por reincidencia propia (sin distinción entre propia e impropia) y que tiene relación con el concepto de “cumplimiento efectivo de la condena¹⁵” (Politoff & Matus & Ramírez, 2004, p. 520). En orden de efectuar tal análisis tenemos que atender no solo el sentido natural de la frase, sino que también el tratamiento que el legislador ha hecho en la materia en situaciones como el cumplimiento de penas reducidas o con beneficios por la Ley 18.216, la situación de procedimientos alternativos la existencia de la prescripción y eliminación de los antecedentes penales. Las instituciones recién mencionadas son importantes para estos efectos, en la medida que se puede entender que no se cumple con la

¹⁵ El concepto en realidad es el de “*cumplido efectivamente*” (Politoff & Matus & Ramírez, 2004, p. 520, p.520).

totalidad de la condena o bien, son instituciones que eliminan la certificación de que se cumplió efectivamente con la condena.

En el escenario propuesto, se comenzará en el análisis haciendo uso del trabajo que ha realizado Maldonado (2015, p. 249 - 254) respecto al estudio de las consecuencias jurídicas del cumplimiento de las condenas sustitutivas o reducidas de libertad de la Ley 18.216. El autor en cuestión, ha señalado que la idea del cumplimiento de la condena a la que hace referencia tanto el legislador, de forma implícita, como la doctrina tiene como objetivo que el imputado haya cumplido con todas las obligaciones que la Ley le ha impuesto como condena, de lo que se sigue que si la Ley misma ha reducido o sustituido sus obligaciones de condena – por aplicación de la Ley 18.216 – ha cumplido efectivamente la condena. La misma línea argumentativa podemos usar para efectos de señalar que en el caso de las personas indultadas, ellos se deben entender cómo que cumplieron efectivamente la condena, por aplicación del mismo principio al de los beneficios en el cumplimiento de la condena.

Por otro lado, es menester adelantar una discusión que se profundizará en otro acápite, esto es si las penas alternativas derivadas de los procedimientos alternativos del CPP deben ser consideradas como una pena anterior que configura reincidencia. Para efectos de abordar el tema es necesario traer a colación que el cumplimiento del acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del procedimiento eliminan la responsabilidad penal del imputado, quedando sin antecedentes. En resumen, lo importante es que no puede haber cumplimiento de las obligaciones asignadas por Ley porque inicialmente no se entienden como obligaciones, por lo que quien egresa de las salidas alternativas, no puede ser considerado como reincidente. Esta situación es bien llamativa en función no solo de que las instituciones de la SCP y las existentes en la Ley 18.216 tienen un origen común en la “*parole and probation*” del derecho anglosajón, sino que además no tiene sentido – como se comentará más adelante – que se le niegue el acceso a una pena alternativa a quien la pena privativa de libertad no le ha corregido pero no se le niegue el acceso a una pena alternativa a quien la imposición de una pena alternativa anterior no le ha corregido en su comportamiento.

Por último, se debe tener en consideración la existencia de la prescripción en materia de antecedentes penales, la cual si bien no tiene relación directa con la concepción de “cumplimiento de la condena” (Politoff & Matus & Ramírez, 2004, p. 520) si es una

excepción con gran relevancia práctica a la hora de aplicar la agravante de reincidencia, la cual opera para todos los subtipos de la misma. Esta materia es tratada por el propio Código Penal en el art. 104¹⁶ que señala que pasados 5 o 10 años de cometido el hecho, en función de si la condena es por simple delito o crimen respectivamente, de la comisión del delito, este no será considerado a la hora de aplicar las respectivas agravantes. Según lo señalado por Matus (2009) el fundamento detrás de la prescripción – y de los plazos de la misma - de la reincidencia está en que es menester lograr tanto la seguridad jurídica y estabilidad social de forma gradual, lo que implica que mientras más lejano al hecho temporalmente se esté, más confianza tendrá la comunidad en el sujeto. El mismo análisis se debe realizar respecto a la posibilidad de eliminar los antecedentes penales del condenado, más allá de que por los plazos exigidos en el D.S¹⁷ calzarán los tiempos de prescripción. En ambas instituciones, por lo tanto, opera el principio de que aun con el cumplimiento de las obligaciones estas no serán consideradas tales para efectos de agravar la posible pena.

Reincidencia propia específica:

La segunda categoría de reincidencia, es la denomina como reincidencia propia específica, la cual tal como su nombre adelanta dice relación con la comisión de un tipo de delito que ya había sido cometido por el imputado en el pasado, y sobre el cual hay una sentencia judicial que lo acredita. En general la mayor parte de lo señalado para la reincidencia propia genérica tiene cabida respecto a este tipo de agravante, por lo que resulta importante para estos efectos es poder delimitar lo que se entiende por delitos de la misma especie. Según lo señalado por Medina (2011, p. 256. - 257) en una tesis de revisión jurisprudencial de los alcances del concepto de mismo delito, no existe una definición clara en la materia y que lo que han hecho los tribunales es establecer una serie de criterios que van desde la observancia de la ubicación de los delitos en el CP hasta la consideración de que se tienen que afectar los mismos bienes jurídicos protegidos. En dicho sentido se hace engorroso una definición, más allá de la

¹⁶ “Las circunstancias agravantes comprendidas en los núms. 15 y 16 del art. 12, no se tomarán en cuenta tratándose de crímenes, después de diez años, a contar desde la fecha en que tuvo lugar el hecho, ni después de cinco, en los casos de simples delitos.” (Código Penal, 1874).

¹⁷ Ver D.S N°64 de 1960.

particularidad que resulta de cometer exactamente el mismo tipo penal dos veces, en donde la situación es más clara.

En tal contexto el uso de esta agravante será más bien de una aplicación “casuística”, siendo así lo que interesa para efectos del presente trabajo es la intención del legislador de diferenciar en distintos preceptos esta reincidencia en relación a la genérica.

Reincidencia impropia:

La última de las categorías a analizar es la contenida en el N°14 del art. 12 CP, denominada como reincidencia impropia, la cual basa su tipo en la comisión de un delito mientras se está cumpliendo una condena o bien en la comisión de un delito ya quebrantada la condena. Ya se mencionó anteriormente que la idea del cumplimiento de las condena estaba asociado al cumplimiento de ciertas obligaciones – asociadas a un castigo – y por lo mismo para efectos de esta agravante es necesario que en primer lugar, exista un escenario donde no se han cumplido dichas obligaciones las cuales están certificadas en una sentencia judicial. Por lo mismo, es una agravante sin mucha aplicación práctica y de la cual el mismo ya mencionado Politoff (2004a) ha señalado que tiene una consagración independiente en el propio art 91 del CP. Este último artículo mencionado señala las formas en que se aplica la agravante de forma general así como también para algunos casos concretos.

Respecto a la consagración de esta agravante, es interesante atender al hecho que se está rompiendo con la estructura típica de la reincidencia. El cumplimiento de la condena traía asociado el hecho que el sujeto ya había sido reprochado por el Estado, mientras que para este caso el sujeto no ha recibido tal reproche y aun así debe ser considerado como reincidente. De igual forma, ya no tiene aplicación lo mencionado respecto a la prescripción y el cumplimiento de las condenas alternativas o reducidas, pues el escenario es demasiado estrecho para evaluar diversos supuestos, sin mencionar que en el mayor de los casos la libertad condicional está vinculada justamente a un buen comportamiento. Por otro lado, es importante traer a colación que este precepto es una vulneración al principio de non bis in ídem, pues el propio CP en su art. 90 tipifica como delito el quebramiento de las condenas,

de tal forma que el mismo hecho es tipificado como delito y al mismo tiempo es tipificado como agravante en miras no ya del hecho, sino que del sujeto que comete el hecho.

En línea con lo comentado en los párrafos anteriores, surge la duda de porque se da este tratamiento a quienes quebrantan sus condenas, y no se les trata como sujetos activos de un concurso de delitos¹⁸, ya que tanto en la reincidencia impropia como en el concurso de delitos estamos en un escenario donde se pondera la comisión de más de un delito, solo que en el caso de la reincidencia hay una sentencia de por medio que da cuenta del cumplimiento de las obligaciones que le impone la Ley al sujeto como pena. Desde esa perspectiva se considera que la reincidencia impropia tiene mayor similitud con el tratamiento de los concursos.

La reincidencia fuera del C.P

Una vez hecho este pequeño análisis del concepto de la reincidencia dentro del CP y las respectivas implicancias del mismo para la dogmática y su uso práctico, es factible identificar someramente su uso fuera del Código Penal. En este sentido, rápidamente podemos hacer alusión a la Ley 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes – en el cual se llega a mencionar expresamente las sentencias extranjeras para tal consideración - o las disposiciones que regulan el tránsito, sin embargo la concepción que existe sobre la reincidencia en el ordenamiento jurídico no varía mucho de lo ya dicho de la reincidencia como agravante general en el CP. Al respecto, lo más interesante es constatar que la consagración de la reincidencia de forma independiente a su consideración como agravante del art 12°, ya sea en el mismo C.P o en otros cuerpo normativos se refieren efectivamente la reincidencia propia específica¹⁹.

¹⁸ En general, existe concurso de delitos cada vez que una persona ha realizado una pluralidad de hechos típicos respecto de los cuales no se ha dictado una sentencia condenatoria o absolutoria, que se encuentre ejecutoriada. (Lorca, 2008, 3).

¹⁹ Generalmente se estructura dentro del tipo, haciendo referencia al que comete ese delito en particular.

Misma situación se pondera en el caso del derecho procesal penal, área en la cual partiendo desde el CPP se advierte que su uso nuevamente está vinculado a una forma de sanción en atención al sujeto que comete el delito, ya sea con la institución de la prisión preventiva donde se menciona el especial cuidado del imputado que no es reincidente en tanto no producir una situación de contaminación criminógena, producto de la convivencia en el mismo espacio que los demás privados de libertad.

Por otro lado, existe una situación en la normativa penitenciaria, en particular con la ya mencionada Ley 18.216 respecto al otorgamiento de beneficios para el cumplimiento de condenas, en la cual la condición de reincidencia impide el acceso a la gran mayoría de beneficios establecidos en dicha Ley, básicamente ser reincidente priva de cualquier beneficio de esta índole. Similar a ello, es la estipulación propia del estudio de este trabajo, esto es, la prohibición para la persona con antecedentes del acceso a la suspensión condicional del procedimiento. Tal como se adelantó al comienzo del capítulo, la situación particular de la SCP no es técnicamente la misma que la del reincidente en la medida que no está el juicio de culpabilidad que lo convierte en autor del nuevo delito, sin perjuicio de ello el miramiento de los antecedentes del sujeto para ponderar una decisión de reproche se encuentra en ambos casos. Más aún, se hace difícil pensar en que la SCP en sí misma trata al imputado como una persona inocente, pues no solo en atención a la mera aplicación de condiciones a personas imputadas sino que además dichas condiciones tienen una estructura casi idéntica a la penas alternativas de la Ley 18.216, que son penas propiamente tal. En atención a lo expuesto en el presente párrafo y lo que se trabajara en los siguientes acápite respecta a elementos como la historia de la Ley, es que se refuerza la noción de que si bien técnicamente la persona con antecedentes no es lo mismo que el reincidente, el tratamiento que reciben permiten hacer el análisis conjunto.

En atención a lo comentado respecto a los tipos de reincidencia que tienen cabida en el ordenamiento penal chileno, para los cuales el alcance del uso del concepto no varía dependiendo de la materia que trata, parece sustancial y evidente que la importancia de la institución no solo es de orden práctico – por ejemplo de los egresados²⁰ del año 2010 un

²⁰ Entiéndase como tales quienes terminaron de cumplir su condena.

20,78% reincidió – sino que se constituye como excepción a ciertos principios del derecho penal, como veremos cuando tratemos “el especial reproche al reincidente”.

Ahora bien, es necesario complementar el estudio del cuerpo legal, con el estudio que la doctrina ha realizado sobre el tema.

1.1.2 Algunas aproximaciones desde la doctrina al concepto de reincidencia.

Con tal de complementar lo analizado de los cuerpos legales, es propicio ver cuáles han sido las aproximaciones por parte de la doctrina a la hora de definir la reincidencia. En un primer momento autores de la literatura nacional, tales como Cury, Etcheberry, Matus –entre otros– se han inclinado por una definición de reincidencia que tiene como elementos centrales la comisión de una conducta punible luego de haber sido condenado por el ordenamiento Penal (Morales & Muñoz & Welsh & Fábrega, 2012, p. 8-9). De la misma forma, podemos encontrar autores que han puesto el énfasis en la definición/delimitación del concepto en la medida que permita diferenciarlo de otros como lo puede ser la reiteración de delitos, teniendo este último como elemento central la existencia de varios delitos los cuales no han sido ponderados en juicio y por ende, no tienen sentencia que dé cuenta de la responsabilidad penal de quien los comete (Novoa, 2005, p. 5; en Cofré, 2011, p. 5).

Un punto interesante en la discusión lo podemos encontrar en la diferencia que existe entre la “reincidencia legal” de “la reincidencia criminológica” (Nuñez & Co, 1995, p. 328-329), siendo la primera de estas categorías la que se ha utilizado y se utilizará en el presente trabajo, esto es, la consecución de delitos cuyas consecuencias topan con los agentes del Estado, mientras que la reincidencia criminológica está vinculada a la comisión de delitos sin importar si es que en alguna ocasión fueron enjuiciados por parte del Estado. Esta distinción se hace relevante en cuanto a la metodología que se utilicen en los distintos estudios, pues una investigación que se centre en los programas estatales de rehabilitación formal no puede sino sólo considerar a los reincidentes legales. Otras clasificaciones parecidas pueden ser la

reincidencia carcelaria²¹, la reincidencia policial²² todas las cuales superan el espectro que este trabajo se dispone a tratar. Por su puesto que la doctrina también se ha referido en diversas oportunidades a la existencia de la reincidencia propia e impropia, genérica y específica entre otras clasificaciones que ya se analizó en el acápite anterior.

Llegados a este punto, bien con un repaso de carácter más o menos descriptivo de las normas, lo cierto es que ilustra de gran manera el contenido de la reincidencia en el ordenamiento jurídico penal. En este sentido, nos encontramos con un concepto que, en su contenido y en sus intentos de delimitación, es lo suficientemente amplio para tener un impacto práctico importante teniendo como sustrato común – de las diversas acepciones que se usan – una mayor intensidad del castigo (o mayor privación de beneficios). Más allá de la amplitud recién señalada, lo cierto es que el elemento central de la reincidencia se encuentra en la existencia de una sentencia que da cuenta no solo de un comportamiento anterior del sujeto que actualmente comete un tipo penal sino que también la sentencia da cuenta del cumplimiento efectivo de la condena. Como excepción a esto último, se encuentra lo que la doctrina ha denominado como reincidencia impropia.

Dado lo señalado en los párrafos anteriores, el concepto – más bien delimitación del concepto - de reincidente que se usará para el presente trabajo, es aquella persona que cometiendo un nuevo delito haya sido castigada previamente por el Estado al cumplimiento de ciertas obligaciones por la comisión del mismo delito, o bien de al menos dos delitos que constan de una mayor pena, todo lo cual es constatable en una sentencia judicial que no ha sido eliminada u omitida. Como además este trabajo se centra en la suspensión condicional del procedimiento, luego de este capítulo no se considerará la reincidencia impropia como tampoco las reincidencias fundadas en faltas.

²¹ Considera nuevo ingreso a la cárcel (Morales & Muñoz & Welsh & Fábrega, 2012, p. 9-10).

²² Considera nueva detención policial (Morales, & Muñoz & Welsh & Fábrega, 2012, p. 9-10).

1.2 El especial reproche al reincidente

Una vez realizada la aproximación al concepto de reincidente y reincidencia y sus propias limitaciones, es menester entrar al análisis del por qué la reincidencia tiene como consecuencia una mayor intensidad en el castigo. De igual forma, el trabajo adopta como premisa que el especial reproche al reincidente, *a priori*, no solo tiene su explicación en la mayor intensidad del castigo, sino que también porque su consagración legal es de carácter excepcional en relación a la mayoría de los preceptos del Derecho Penal, esto es en la medida que invierte la relación hecho-pena por una en la cual es preponderante también la calidad del sujeto que comete el delito. Conforme a realizar dicho análisis, se dividirá el subcapítulo en los siguientes acápite 1 – La Fundamentación del mayor Castigo al reincidente, 2 – La relación de la reincidencia y las teorías de la Pena, y 3 – La reincidencia, el derecho penal del autor y los principios del derecho penal.

1.2.1 La fundamentación del mayor castigo al reincidente

Podemos encontrar diversos motivos por los cuales un hecho estaría penado con mayor intensidad en relación a otro, ya sea por la consideración que tiene el bien jurídico vulnerado dentro del ordenamiento penal o quizá por los elementos fácticos en los que se cometió el delito. De igual forma, se puede identificar la reincidencia, o sus símiles, como una práctica común en las antiguas civilizaciones. Según Ossa (2012) es posible identificar una asociación entre mayor intensidad del castigo a la reiteración²³ de delitos en civilizaciones occidentales como la China, Persa, entre otras y no es sino hasta el siglo XIX que el concepto de reincidencia es considerado en el movimiento codificador. En el caso de Chile, los fundamentos de la incorporación, y sus consecuencias, de la reincidencia son comentados por Fuensalida (1883).

²³ Para estos efectos, considerar reiteración en el sentido laxo de la palabra, más no técnico.

Si el Código atenúa la pena de los delincuentes que han observado una conducta irreprochable, la lógica obligaba a establecer una agravación para los de conducta viciosa...porque esta conducta hace presumir que para ellos las penas comunes no han sido eficaces ni proporcionadas a su inmoral obstinación (Fuensalida I, 1883, p. 109; en Matus, 2011, p. 209).

En función de la cita de Fuensalida queda en evidencia la utilización de un mecanismo que opera en base a la dualidad beneficio-reproche, al mismo tiempo que es capaz de admitir que existen personas a las cuales la imposición de penas proporcionales no les provoca un cambio de su comportamiento, de lo que se subentiende el reconocimiento que es necesario una pena desproporcionada para el delito cometido. Sin perjuicio de lo señalado por Fuensalida respecto a la fundamentación otorgada por el legislador, lo cierto es que en la doctrina se han hecho otros esfuerzos por fundamentar la mayor intensidad del castigo. Para efectos del trabajo se utilizará el estudio realizado por Zaffaroni (1993, p. 118-122), quien establece la existencia de al menos cuatro tesis ampliamente reconocidas; 1 – La justificación por la vía de doble lesión, 2 - La justificación a través del abandono del derecho penal de garantías, 3. – La justificación a través de la culpabilidad del autor, y 4 – La justificación por la mayor culpabilidad del acto.

Respecto a “La justificación por la vía de doble lesión”, está esgrime la noción de que quien reincide no solo lesiona el bien jurídico inmediato contenido en el propio delito, sino que además estaría lesionado un bien jurídico de índole político, que se traduce en el la mayor desobediencia del sujeto que vuelve a cometer el delito. Según Zaffaroni, esta tesis ha sido desechada por gran parte de la doctrina²⁴, fundamentándose que el daño jurídico contra “lo político” tiene un carácter eventual y que atenta contra la existencia del castigo por la comisión de un hecho tipificado.

La segunda de las tesis, vinculadas a Ferri (1928) y a las posibles consecuencias de la sociología criminal, dice relación con que las penas impuestas deben tener una función individual en atención a la peligrosidad del sujeto que está siendo castigado (más allá del

²⁴ “(Carrara, Antolisei)” en Zaffaroni (1993, p. 119).

trabajo de prevención del delito). Por su puesto en la sociedad moderna sería imposible tal justificación, sin perjuicio de la existencia temporadas de políticas penales populares entre algunos sectores conservadores.

En tercer lugar, “la justificación a través del autor” fundamenta el mayor castigo en atención a la forma en que el hechor ha conducido su vida hasta el momento del delito, castigándose entonces al autor primero por el delito, y segundo por ser incapaz de reconducir su vida. Si bien la investigación no adscribe a este tipo de fundamentación, si considera que la concepción de la reincidencia implica en cierta manera una ponderación a la forma de vida de la persona, esto se desarrollará más adelante cuando se trate el tema del derecho penal del autor.

Por último, “la mayor culpabilidad del acto” implica la consideración de que hecho delictual por el cual se está siendo castigado resulta al mismo tiempo la manifestación del rechazo a la primera condena, por lo que la conducta delictual presente tiene consigo un aborrecimiento al ordenamiento jurídico, existiendo manifestación de dos delitos.

En general las tesis que analiza Zaffaroni dan cuenta de un escenario en el cual no se ha podido configurar una justificación a la mayor intensidad del delito que sea armónica al mismo tiempo de los principios que damos por sentados en el derecho penal. En este sentido, el problema no es tanto que no exista justificación alguna, sino que más bien no hay justificación que satisfaga los presupuestos de la responsabilidad penal, y es por ello mismo que parece más prudentes las justificaciones que tienen relación con la mayor culpabilidad del sujeto, que con aquellos que dicen relación con la peligrosidad. Al respecto Martínez de Zamora (1971) ha resumido el asunto de la siguiente manera;

El problema de la reincidencia se reduce, como reflejo de lo anterior, al dilema de configurarla como una especial peligrosidad del sujeto (o toma cualidad personal demostrada y jurídicamente relevante), o como una mayor culpabilidad, y su correlativo tratamiento preventivo o retributivo. En el primer caso la reincidencia habrá de desaparecer de los códigos penales, absorbida por la más real categoría de la habitualidad; en el

segundo, con su propia entidad sustancial, deberá significar un aumento de la pena. (Martínez de Zamora, p. 64).

Aun cuando para esta investigación parezca acertada la reflexión del autor citado, y existe sustento en la culpabilidad – ya sea desde una visión positivista o bien en una sociológica de la pena - tendría un déficit para explicar por qué entonces no recibe el tratamiento de un concurso de delitos (el delito tipo y el delito que implica la desobediencia), además de no poder explicar de qué manera se respeta el non bis in ídem.

No obstante la falta de armonía de la reincidencia para con el resto del ordenamiento penal, está claro que desde el punto de vista de una política criminal punitiva y populista la existencia de la reincidencia tiene una justificación de índole práctica innegable. Sin embargo, por motivos de alcances del presente trabajo, se atenderá a la justificación que abarca más bien la legitimidad de la mayor intensidad del castigo, y no a su utilidad práctica, Ahora bien, para esta investigación el concepto propio de la reincidencia es uno que debería ser eliminado del derecho penal chileno, sobre todo cuando el bien jurídico protegido no sea el de la vida. Al menos esa es la premisa inicial de la presente investigación.

1.2.2 La relación de la reincidencia y las teorías de la pena

Un segundo elemento a tener en consideración para poder explicar por qué el reproche al reincidente es tan particular dentro del ordenamiento penal, es por la relación que tiene con los fines de la pena. Este debate es importante porque según la teoría que se adopte no solo la pena puede ser más o menos intensa, sino que además el abanico de comportamientos permitidos puede ser más o menos estrecho. De este modo, se parte de la base de que los tipos de reincidencia consideradas en el cuerpo normativo, pueden atender a criterios propios de las teorías retributivas o bien a criterios de las teorías relativas de la pena. En tal sentido, lo particular es que la reincidencia sea castigada con idéntica intensidad en sus diversas categorías, cuando satisface fines de diversas teorías, como se consignara en los siguientes párrafos.

Dado el contexto, se comenzará por hacer una distinción entre la reincidencia propia de la reincidencia impropia con tal de consignar los distintos fines de la pena observados en cada categoría. En lo que refiere a la reincidencia propia, se señaló que el elemento central de las mismas es la existencia de una condena judicial previa y que en función de tal condena se contempla la existencia de reincidencia. La relación recién expresada implica que el castigo tiene su razón de ser no en el hecho mismo, sino en la ponderación de otros valores como los mencionados en el acápite anterior, y es que justamente el fin del mayor castigo se basa en que el sujeto ya ha sido reprochado por el estado, por lo cual no nos queda otra opción que reconocer que el Estado hace uso de criterios utilitarios propios de la teoría relativa de la pena, ya sea en el sentido amplio de lo que implica la prevención general como en el sentido particular que apunta a la corrección del sujeto que ha sido incapaz de rehabilitarse con la imposición de penas proporcionales.

Distinto es el caso de la reincidencia impropia, pues el centro del asunto está en el hecho del quebrantamiento de la condena y no que el sujeto ha sido incapaz de rehabilitarse, pues nunca ha recibido el reproche completo por parte del Estado, teniendo por tanto su fundamento en elementos propios de las teorías retributivas de la pena en la medida que el mayor castigo es asociado al “merecimiento” por la comisión del hecho. Esto no obsta que también haya uno que otro elemento de las teorías relativas, y en particular del uso generalizado de la prevención general, pero si es da cuenta que el legislador considera fines diversos de la pena a agravantes que se podrían entenderse dentro del mismo grupo y que tienen el mismo peso a la hora de imponer las penas, y esto mismo me hace partidario de señalar que la reincidencia impropia tiene más características compartidas con el concurso de delitos que con la reincidencia propia.

Con tal de concluir este pequeño análisis, es interesante mencionar que el uso de fines relativos de la pena que atienden a la conducta pasada del imputado da cuenta a la vez de la irrupción del derecho penal del autor como contrapartida del derecho penal del hecho, cuestión que será tratada en el siguiente acápite.

1.2.3 La reincidencia, el derecho penal del autor y los principios del derecho penal

El último de los elementos que se tratará para efectos de la determinación de la excepcionalidad que configura la reincidencia, es la consagración de lo que se conoce como derecho penal del autor. Conforme a poder otorgar una breve definición de lo que es el concepto, Roxin (1997) ha señalado que el derecho penal del hecho tiene como premisa funcional la vinculación de un hecho con relevancia penal con una sanción, en tanto se juzga al imputado por la cualidades fácticas del delito, y no por otra cosa. Por otro lado, en el derecho penal del autor la premisa funcional es la vinculación de una personalidad, y por tanto de la persona individual, con una sanción a ese modo de vida. Difícil es encontrar hoy en día argumentos que sean capaces de persuadir que la hipótesis del derecho penal del autor tiene cabida en una sociedad democrática. Si partimos de la base que el ordenamiento jurídico penal chileno acoge una tesis de castigo por tipo, entonces

*Para una posición contraria al derecho penal de autor (“derecho penal del hecho”), la reincidencia es contraria al Estado de Derecho, puesto que quebranta el principio del **ne bis in idem**, y que en general afecta peligrosamente las garantías del derecho penal liberal, acercando el sistema a un derecho penal de corte autoritario, institución que sería “incompatible con la civilización y los principios constitucionales (Cofré, 2011, p. 5).*

Teniendo en consideración el escenario presentado, resulta complejo admitir que puede existir una institución tal que juzgue la conducta de la vida de un sujeto, sin embargo la reincidencia lo hace. En consideración con lo señalado en los acápites anteriores, la fundamentación de la mayor lesividad en la pena impuesta a los reincidentes iban todas en una dirección tal que bien admitían estar juzgando no sólo el hecho presente – peligrosidad

– o bien sin admitirlo de forma expresa los elementos centrales de su fundamentación apuntaban a hechos como reveladores de la personalidad – culpabilidad -. De igual forma, cuando se analizó la situación de los fines de la pena, claro era (al menos para el caso de la reincidencia propia) que los fines relativos existían para corregir y ponderar circunstancias que se escapan del hecho base que origina la responsabilidad penal. Esta misma interpretación tiene autores como el mismo Roxin (1997), el cual ha comentado respecto a la reincidencia en el caso del derecho penal alemán que

pese a todos los esfuerzos por darle una fundamentación distinta sólo se podía explicar partiendo de la admisión de una culpabilidad por la conducción de la vida y por tanto era inconciliable con el principio de culpabilidad por el hecho; pues bien, tal precepto fue derogado, bajo la presión de la crítica contra el mismo.(Roxin, 1997, p.186).

En el caso del uso de la reincidencia en la región Latinoamericana la situación no difiere elementalmente de la chilena, sin perjuicio de que países como Perú - con la creación del nuevo Código Penal de 1991 - lograron erradicar la institución momentáneamente²⁵ y fue justamente porque se consideró que la noción de reincidencia no era compatible con el respeto de las garantías de una democracia un sistema penal liberal (Cofré, 2011, p. 7-9).

Se hace particularmente importante abordar el tema del derecho penal del autor porque pone en evidencia las contradicciones propias que tiene el ordenamiento penal la inclusión de la reincidencia, más allá de que efectivamente, en general, las instituciones no responden inequívocamente a un solo tipo de modelo dogmático. Por una cuestión de alcance, se hace imposible comentar la relación con cada uno de los principios, así que solo se considerará a los que se ven más fuertemente afectados por la reincidencia. El primero de los principios es el conocido como *non bis in ídem*, el cual tiene consagración internacional en cuerpos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Interamericana de

²⁵ De forma posterior se volvió a incluir la reincidencia en el C.P y en otros cuerpos Normativos (Cofré, 2011, p.7).

Derechos Humanos, cuyo contenido “está constituido por la prohibición de que una misma persona sea juzgada y/o sancionada dos veces por un mismo hecho” (Mañalich, 2011, p. 140) e implica “la evitación de fundamentar o agravar una sanción por un mismo hecho, el principio *ne bis in idem* no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio (general) de proporcionalidad” (Mañalich, 2011, p. 142). La consideración de un hecho que ya fue reprochado anteriormente para efectos de agravar la condena basta por sí mismo para decir que se transgrede este principio.

Una idea similar ocurre en relación al principio de **proporcionalidad**, principio sumamente arraigado para efectos de la determinación de la responsabilidad penal. El problema que ocasiona el derecho penal del autor, y la reincidencia en particular, con el mencionado principio no se encuentra únicamente en el sentido estricto que requiere la proporcionalidad de la pena, sino que también porque no existe una determinación clara respecto a cuál es el bien jurídico que se protege con la reincidencia. Tal como se vio en el tratamiento de los fundamentos de la reincidencia, generalmente los autores se remiten a conceptos como la peligrosidad o la estabilidad social, los cuales son muy difusos y sobre todo eventuales. Es decir, no por ser reincidente se está afectando un bien jurídico, cuestión que además contraviene el principio de legalidad que, entre otras cosas, tiene como concreción que exista la determinación concreta del tipo que se está sancionando.

Finalmente, y conforme a dar una conclusión respecto al especial reproche de los reincidentes, hemos visto que la reincidencia contempla una fundamentación que argumenta desde posiciones que rompen con el vínculo hecho – pena. De otro lado, dichos vínculos se encuentran enfrentados a principios conformadores del derecho penal y, por último, contienen la misma intensidad del reproche para categorías que en realidad tienen elementos distintos con fines de la pena distintos. Estas conclusiones no solo dejan en evidencia lo especial que es el reproche al reincidente en relación a la mayoría de los tipos penales existentes, sino que además lo deja como una institución cuyo único sustento está en la punitivista práctica que otorga. En tal escenario, existen posturas como la de Zaffaroni (1993, p.) quien se ha manifestado a favor de la erradicación del concepto, con tal de acercarnos a un Derecho Penal Mínimo²⁶, postura a la cual la investigación adscribe.

²⁶ Véase Ferrajoli, L. El Derecho Penal Mínimo.

1.3 Las/os reincidentes como grupo desfavorecido/vulnerable

Tal como adelanté en la introducción, la cantidad de personas reincidentes dentro de la población penal representa un grupo no menor, lo cual no solo es preocupante para efectos de las condiciones carcelarias en las que se encuentran, sino porque también dan cuenta de lo poco eficaces y débiles que son las políticas públicas de reinserción y de prevención del delito. El escenario recién planteado da indicios de la forma en que el Estado históricamente se ha relacionado no solo con los reincidentes sino que, en general, con las personas privadas de libertad, considerándolos como tal un grupo desfavorecido de la sociedad.

Ahora bien, esa es la premisa con la cual se trabajará en este acápite por lo que es menester que a lo largo del mismo se dote de contenido el concepto mismo de grupos desfavorecidos (o vulnerables). De tal forma que para ordenar metodológicamente la investigación, me dispongo a; 1 – Delimitar el concepto de grupos desfavorecido/vulnerable. 2 – Comentar las condiciones carcelarias en Chile. 3 – Analizar las políticas públicas en la materia, y 4 – Subsumir a los reincidentes como grupos vulnerables.

1.3.1 Concepto de grupos vulnerables

La concepción sobre los grupos vulnerables tiene diversas aristas que involucran, a su vez, diversas disciplinas. Si bien la investigación tomará en consideración las definiciones que nacen desde el mundo del derecho es importante reconocer que las mismas se configuran a partir del estudio integral de la materia.

Una primera aproximación al concepto de grupos vulnerables la podemos encontrar en estudios realizados por la CELADE²⁷. Brevemente, la CELADE es una institución que pertenece a la CEPAL²⁸, por lo que resulta bastante interesante el análisis que podemos hacer de la definición utilizada en la medida que es un centro de estudios que opera en la realidad

²⁷ Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía.

²⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe.

latinoamericana. De tal forma, en dicho estudio se señala que el uso del concepto en estudio se relaciona con la existencia de

Un grupo de características no idiosincráticas que generan debilidad, desventaja o problemas para el desempeño y la movilidad social de los actores (sean estos personas, hogares o comunidades) y que actúan como frenos u obstáculos para la adaptación de los actores a los cambiantes escenarios sociales. (Rodríguez, 2000a; en Rodríguez, 2002, p.18).

De la presente cita se subentiende que la vulnerabilidad se asocia a personas que comparten ciertas características las cuales le impiden a las personas adaptarse, lo cual a mi parecer es una definición muy estrecha, que pone el énfasis de la problemática en los sujetos como particulares y que no atiende al motivo de por qué esas características generan desventajas. Otra definición, más atractiva para el presente trabajo, es la realizada por Ruiz (2012, p. 64-67) que pone el énfasis del concepto en la capacidad que tienen los grupos para superar amenazas, generando una situación tal en la cual si un grupo es considerado vulnerable ante amenazas se generará un desastre. La definición utilizada por Ruiz, a partir del estudio de Wisner y otros (2004), trae a colación un elemento asociado a las condiciones con las que cuentan los grupos para afrontar diversos escenarios adversos, ya no necesariamente por las características que se consideran propias de los mismos. En otras palabras, ya no se es vulnerable por tener ciertas características sino que más bien las crisis dan cuenta de la vulnerabilidad de un grupo de ciertas características.

Si bien el concepto utilizado por Ruiz comienza a dar un contorno de la definición que se usará en la tesis, aún hay elementos que no han sido considerados. En línea con lo anterior, Sahui (2015) se aproxima de mejor manera al concepto de grupos vulnerables “determinados colectivos o grupos que históricamente y de modo estructural han padecido dominación, explotación, exclusión, etc.; algunos de cuyos rasgos la doctrina ha señalado como categorías o motivos sospechosos de discriminación.”(Sahui, 2015, p. 151). De la apreciación de la cita se identifica el aporte de ciertos elementos que para estos efectos vienen a configurar la

vulnerabilidad; esto es, la existencia de una discriminación, explotación, etc... a ciertos grupos en la cual es la estructura del sistema, es la institucionalidad concebida como tal, la que margina a grupos de la población. Para el mismo Sahuí la existencia de grupos vulnerables, en una concepción propia del liberalismo igualitario de Rawls, implica la incapacidad procesal del Estado de otorgar las mismas oportunidades a todas las personas así como también la falta diligencia del Estado para considerar a ciertos grupos específicos. De la misma forma, y como consecuencia necesaria, la existencia de grupos vulnerables no puede ser compatible con la concepción material de DDHH, pues para tal concepción el Estado debe ser un sujeto activo que produzca las condiciones necesarias para que las personas vivan en igualdad.

Para esta investigación, una definición como la que otorga Sahuí se enfoca justamente en los elementos que dan cuenta de la vulnerabilidad de ciertos grupos en específico. Dicho elemento es la marginación de dichos grupos como consecuencia de una institucionalidad no sólo ineficiente sino que además ideológicamente diseñada para tales efectos, como tal para el trabajo los grupos vulnerables serán aquellos abandonados por el Estado en las diversas obligaciones que tiene el mismo para con sus ciudadanos, desde una concepción material e incluso abstracta de los DDHH.

1.3.2 Breve comentario sobre las condiciones carcelarias en Chile

En orden de entender de qué forma los reincidentes son un grupo vulnerable, es menester comenzar con el análisis del grupo de los privados de libertad, pues si bien es cierto que definimos al reincidente de tal forma que no necesariamente solo es reincidente quien estuvo en un régimen carcelario, es importante el estudio de las cárceles pues no solo importan una mayor vulneración a los derechos del condenado, sino que además en términos prácticos es más probable que reincida quien estuvo en la cárcel²⁹, antes que quien fue castigado con penas propias de un régimen abierto. El estudio de las condiciones carcelarias se hace a partir de la revisión de las estadísticas y los informes entregados por agentes como el INDH.

²⁹ 71,2 contra 27,6, Morales (Morales & Muñoz & Welsh & Fábrega, 2012, p. 32 y 94).

En primer lugar, es menester señalar que el análisis se funda en el informe más actualizado que corresponde año 2018, y nos ocuparemos solo de los temas más controvertidos³⁰, como lo son el hacinamiento³¹, estructura, alimentación, salud y contacto con el mundo exterior. Por otro lado, cuando en el acápite se haga referencia a la normativa internacional, se entenderá por tal las normativas Mandela³² de las Naciones Unidas.

El primer elemento preocupante es la tasa de ocupación que existe en los recintos penitenciarios, la que se eleva al 101,5% a nivel nacional³³, pero considerando que existen regiones³⁴ donde se eleva sobre el 140% de ocupación, y criterios del propio INDH superados el 140% de ocupación se está frente a un nivel de hacinamiento crítico. La sobrepoblación penal tiene como implicancias concretas la falta de servicios dentro de la cárcel, entre ellos se considera la normativa internacional respecto a una cama por persona, cuestión que según el informe es la regla general con contadas excepciones, generalmente asociadas al uso de celdas de castigo. El segundo elemento a tener en consideración es la estructura de los recintos penales, lo que implica el acceso al agua, higiene y en general la habitabilidad del recinto. Según el INDH (2018, p. 92-102) las condiciones en las cuales se encuentran los reclusos, o gran parte de los mismos, incumplen con la normativa internacional, lo que el propio instituto resumen de la siguiente manera

En comparación con los lineamientos proporcionados por los estándares internacionales de derechos humanos sobre las materias básicas reportadas hay diversos aspectos que presentan carencias, tales como: las condiciones de higiene general, acceso a agua, sobrepoblación en algunas celdas, entre otros, que es posible apreciar en cada informe de observación de unidad penal complementarios a este Estudio. (INDH, 2018, p. 102).

³⁰ Para conocer más, véase ESTUDIO DE LAS CONDICIONES CARCELARIAS EN CHILE INDH.

³¹ El estudio se hizo en 36 de los 83 recintos penitenciarios, salvo en el caso de las cifras de hacinamiento que contemplan el panorama nacional.

³² Conjunto de principios y elementos idóneos para el tratamiento de privados de libertad.

³³ Según datos del INDH (INDH, 2018).

³⁴ Atacama 145,7 y Valparaíso 143,6 (, p. 46 y 47).

En cuanto a la alimentación de los reclusos, el informe da cuenta de situaciones de deficiencias evidente en el suministro de utensilios para comer – señalando que lo común es comer con la mano -, una gran diferencia horaria entre las comidas y el no cumplimiento en algunas cárceles de alimentación especial para personas pertenecientes a grupos originarios, son algunas de las cosas que se pueden evidenciar. En cuanto a la salud, si bien es cierto que se cumple con el estándar de una enfermería por recinto – salvo en uno – la disponibilidad de médicos es realmente paupérrima. En muchos casos no existe ni siquiera un médico considerando todos los recintos regionales, y en el mejor de los casos – que son los recintos del Maule – hay 3 médicos para 8 recintos, con lo cual nuevamente se incumple con la normativa Mandela.

El último de los elementos de estudio, es el contacto con el exterior de los privados de libertad. El principio rector en la materia dice de la siguiente forma;

Toda persona detenida o presa tendrá el derecho de ser visitada, en particular por sus familiares, y de tener correspondencia con ellos y tendrá oportunidad adecuada de comunicarse con el mundo exterior, con sujeción a las condiciones y restricciones razonables determinadas por ley o reglamentos dictados conforme a derecho. (Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, Principio 19; INDH, 2018, p. 131).

Principio que el INDH ha complementado al señalar su importancia para “mantener un adecuado estado de salud mental, preserva sus vínculos sociales y colabora a la integración en la sociedad” (INDH, 2017, p. 61 en INDH, 2018, p.132) .La situación que describe el INDH, si bien no tan crítica como las anteriores, es la de falta de infraestructura que permita una adecuada comunicación con las visitas o con el mundo exterior, ya sea por la falta de espacios para ello, o por la falta de teléfonos públicos, o por el tiempo medio de 15 minutos

que duran las visitas, la situación no satisface completamente los estándares internacionales al respecto.

1.3.3 Posibilidad de reinserción y programas estatales

Se señaló en la definición de grupos vulnerables que uno de los elementos centrales para identificar a dichos grupos era la marginación que viven producto de la institucionalidad, así una de las formas que tiene el Estado para construir dicha marginalidad es la falta de políticas públicas y herramientas para los condenados en orden de poder volver a integrarse a la sociedad.

Para contextualizar la situación recién comentada lo primero que hay que traer a colación es la forma en que la investigación entenderá como contenidos mínimos de una política pública. Según Toro (2019, p. 14-18) estos contenidos mínimos deben considerar su existencia como problema social, el perfeccionamiento de la información en materia post-penitenciaria, la continuidad de las prestaciones al ex-privado de libertad, coordinación interseccional, entre otros³⁵. Para efectos de este trabajo, se considera que una buena política post penitenciaria debe no solo tener los contenidos por Toro (2019, a) – sin perjuicio de que sean los contenidos mínimos – sino que además debe procurar crear las condiciones materiales para ello, impidiendo discriminación arbitraria, y otorgando al menos un ingreso de emergencia hasta que se encuentre un trabajo remunerado.

Considerando los elementos planteados por Toro (2019, a) se puede dar paso al análisis de las políticas públicas en la materia. De forma inicial se presenta la información disponible en la página web del gobierno sobre reinserción social³⁶, en donde si bien se reconoce la

³⁵ “Su incorporación como problema social en la Agenda Pública con el fin de entregar la legitimación necesaria para el comienzo de su formulación, Desarrollo de una normativa que dé sustento a la política pública, es decir, una ley de ejecución penal. Perfeccionamiento de la información y conocimiento respecto al tema postpenitenciario. Continuidad y cooperación entre el tratamiento penitenciario y postpenitenciario, en vistas a una mirada integral de reinserción. Asignación presupuestaria estatal destinada al desarrollo de planes y programas postpenitenciarios. Coordinación intersectorial de los diferentes actores y entidades públicas y privadas que participen de los planes. Articulación de los diferentes niveles de trabajo intergubernamental a nivel central y local. Levantamiento de un sistema de información con indicadores concretos de análisis. Establecimiento de criterios serios de monitoreo y evaluación de logro de objetivos y metas. (Toro, 2019, p. 21).

³⁶ <https://www.reinsercionsocial.gob.cl/>

problemática de la rehabilitación lo cierto es que es insuficiente la mera consideración de la misma. Para dar cuenta de ello es menester traer a colación las estadísticas presentes en la misma página, todas las cuales lo que hacen es una contabilización de los indultos, beneficiados por la Ley 18.216 y reclusos trasladados de centros penitenciarios. Si es que esta es la forma en que el Gobierno mide la resocialización de las personas, claramente no hay un buen trabajo de por medio, no solo porque hay una carencia de otros elementos como el trabajo interseccional y local, la continuación de las prestaciones entre el sistema penitenciario con el post penitenciario sino que los datos solo hablan de condenas menos lesivas.

Fuera de lo que se puede encontrar en la página oficiales, se identifica que el tratamiento de la rehabilitación está comandado por los distintos regímenes³⁷ que permiten la eliminación y/o ocultación de los antecedentes penales, para los cuales es necesario cumplir con una serie de requisitos³⁸. Si bien es cierto que es importante que exista dicha posibilidad, el enfoque no debería únicamente centrarse en que la persona pueda ocultar su vida privada, sino que además se procure que no exista tal discriminación y se trabaje con el condenado sus habilidades de integración social. Al respecto es cierto que durante la última década se han creado el departamento de reintegración social de Gendarmería así como las Centros Asistenciales de Integración Social, los que sin perjuicio de ser una avance no tienen un plan general en la materia, siendo los resultado muy diversos (Toro, 2019, p. 55 - 62). Otro dato relevante en la materia, es la forma en que se llevan a cabo las políticas de reinserción dentro de los recintos penitenciarios;

Este Estudio ha pretendido ampliar el panorama y dar luz sobre la información de lo que acontece al interior de las cárceles. Se ha constado que aún se está en deuda en el cumplimiento de diversos estándares de derechos humanos para dar acceso a las condiciones que debe tener toda persona que está bajo la tutela y cuidado del Estado. (INDH, 2018, p. 245).

³⁷ Decreto Ley N°409 y D.S N°64.

³⁸ Para mayor información consultar Ley 18.216 (1983).

Por supuesto que las deficiencias y avances que se observan en los programas deben ser también complementados con estadísticas de reinserción. Según Morales (Morales & Muñoz & Welsh & Fábrega, 2012, p. 32 y 94) las personas que se encuentran en un régimen cerrado de condena, tienen un índice de reincidencia – nuevo contacto con el sistema penitenciario - cercano al 71,2%, mientras que las personas en un régimen abierto reincidieron en un 27,7%. Por otro lado es menester identificar la tasa de empleabilidad de los condenados, como tal el informe de gendarmería del año 2012 sobre la evaluación de políticas beneficiarias señala lo siguiente³⁹

No hay diferencias en el acceso al trabajo en relación al género de los beneficiarios, al menos en el año 2011 en que se tienen datos disponibles, que indica que los que obtuvieron un trabajo fue de un 38% (1.456) de las mujeres respecto del total (3.832) y de un 38,2% (12.962) para los hombres (de un universo de 33.903). (Gendarmería de Chile, 2012, p. 52).

Los datos e información presentada en este acápite tienen como intención dar cuenta de forma bien general y meramente cuantitativa de la situación en la que se encuentran los excondenados, y por lo mismo sería ideal trabajar con las herramientas necesarias para abarcar la calidad del trabajo, la relación con la familia y el entorno, el acceso a instrucción profesional, entre otras cosas. Sin embargo no es posible para este trabajo realizar tal estudio, y lo que interesa es el marco general presentado.

1.3.4 Los reincidentes como grupo vulnerable

³⁹ No se considera la totalidad de la población penal, sino quienes forman parte de las políticas de reinserción. (Gendarmería de Chile, 2012, p. 52).

El último acápite de este capítulo está destinado justamente al entendimiento de los reincidentes como grupos vulnerables. Se mencionó que la consideración como grupo vulnerable está vinculada esencialmente a una segregación estructural, la cual estaba provocada y respaldada por la institucionalidad. En tal escenario, los datos y análisis aportados en los párrafos precedentes dan cuenta del escenario general en el cual se desenvuelven los condenados en Chile, donde la falta de infraestructura, trabajo interdisciplinario y acompañamiento se hacen presentes en las distintas etapas de los mismos. El trabajo se interesa particularmente por la situación de los condenados y aquellos en régimen post penitenciarios porque son justamente potenciales reincidentes, de forma tal que el reincidente no es vulnerable solo por ser reincidente, sino más bien que el reincidente es parte de un grupo vulnerable en la medida que el abandono del Estado lo convierte en tal. Dicho esto, la investigación no adscribe una tesis tal que suponga que los reincidentes no tengan ninguna responsabilidad sobre sus actos, sin embargo, sí considera que la forma en que se soluciona la existencia de reincidentes no es con un castigo más intenso sino que es por una preocupación integral de mayor justicia social, con lo amplio que es el propio término.

En la misma línea que los datos aportados en los acápites anteriores, es importante tener en consideración que muchas personas condenadas, y en particular personas privadas de libertad, tienen una vida que da cuenta del abandono del Estado. Según datos el año 2017 de la Fundación San Carlos de Maipo, aproximadamente el 50% de los privados de libertad pasó alguna vez por el Sename⁴⁰, institución sumamente cuestionada en el tiempo reciente justamente por la falta de atención y cuidado de los niños. De la misma forma, es preocupante atender a las cifras de nivel educacional de los reclusos, según un informe de gendarmería del año 2018, aproximadamente el 42% de las mujeres reclusas sólo tenían un nivel de educación básica. De la misma forma, el año 2015;

De acuerdo a la información que los internos declaran (no necesariamente certifican), al ingresar a Gendarmería de Chile, 425 no tienen

⁴⁰ Servicio Nacional de Menores.

escolaridad; 10.201 no ha completado la Educación Básica y 11.692 internos no ha concluido la Educación Media”⁵⁴. En total son 22.318 personas sin educación completa, de 42.475 (MINEDUC⁴¹, 2017, p. 259).

Otros factores que inciden en la reincidencia, son la pobreza o el abandono familiar, así lo ha planteado Fuentealba (2016, p. 87-91) en su estudio de la reincidencia adolescente que da cuenta de que un porcentaje significativo de adolescentes reincidentes pertenecen a los quintiles más pobres de la población. Finalmente, el último elemento a considerar para efectos de determinar la vulnerabilidad de los reincidentes, es su propia condición original de condenados, y en particular a aquellos privados de libertad. La propia definición de pena, que está asociado a la imposición deliberada de un mal da indicios de las restricciones que le impiden estar en igualdad de condiciones con el resto de la población, puede ser más o menos legítimo, para la situación fáctica es tal.

En razón de los elementos propios de los grupos vulnerables y de los elementos propios de la reincidencia, así como por la argumentación realizada, para efectos de esta investigación los reincidentes son un grupo vulnerable.

⁴¹ Ministerio de Educación.

Capítulo II: La suspensión condicional del procedimiento

En atención al objetivo que persigue este trabajo, el cual es comprender los fundamentos que dan pie al impedimento legal que existe para los reincidentes de acceder a la suspensión condicional del procedimiento, es menester caracterizar y comprender el origen de dicha institución. Es por ello que el presente capítulo se plantea el desafío de analizar, por un lado, la forma y objetivos de la actual consagración de la institución, y por otro, atender a los orígenes normativos e históricos de la SCP. En este proceso, además, es importante atender ya no solo a los objetivos y utilización de la SCP de forma independiente, sino que también a los objetivos que persiguen las penas alternativas a las cuales se puede acceder justamente por las salidas alternativas al proceso penal.

2.1 La suspensión condicional del procedimiento en el ordenamiento jurídico

La suspensión condicional del procedimiento se entiende de forma relativamente uniforme en gran parte de los ordenamientos penales como una interrupción del proceso penal que tiene su origen en el acuerdo entre fiscal e imputado, para que este último no reciba una pena propiamente tal, y en cambio, deba cumplir con condiciones por un tiempo determinado. Esta primera aproximación no solo da cuenta de las principales características que tiene la SCP, sino que además permite introducir las problemáticas que nutrirán el presente capítulo, y que dicen relación con los objetivos que persigue la consagración legal de este procedimiento.

Por otro lado, y tal como se explicará a lo largo del acápite, una de las características más distintivas de la SCP es que tal como su nombre indica, viene a suspender el proceso sin establecer la culpabilidad del imputado. Esta situación puede ser comprendida ya sea desde los fines de la pena, en tanto se comprende que no existe en la posible imposición de la pena algún fin que cumplir, o bien en motivos de política criminal que responde a la noción del derecho penal mínimo, a parámetros de eficacia, u bien directamente a una intención por

parte del legislador por priorizar diversas formas de respuesta punitiva frente a delitos menos graves. Respecto a esto último, resulta evidente que la SCP comparte objetivos y fundamentos con lo que se conoce como “principio de oportunidad⁴²”, en tanto este opera como una herramienta despenalizadora para el ministerio público en aquellos casos en que sea posible su aplicación.

Lo mencionado en estos párrafos da cuenta de algunas de las características y objetivos generales de la suspensión condicional del procedimiento, y por tanto permite introducir lo que este acápite tiene como intención, lo cual es desmenuzar la consagración de la susodicha institución en el ordenamiento jurídico nacional. Ahora bien, conforme a ello se ha decidido el tratar el asunto desde 4 niveles de análisis; 1 –La consagración de la SCP en el Art 237 del CPP, 2 – Fundamentos y objetivos generales de la SCP, 3 - Comparación con el uso de penas alternativas de la Ley 18216, y 4 – Carácter práctico de la institución.

2.1.1 La consagración de la SCP en el art. 237 del CPP

Ubicado en el párrafo 6° del Título 1° del segundo libro del CPP, el artículo 237 al mismo tiempo que reconoce la existencia de la SCP señala cuales son los supuestos de hecho o requisitos necesarios para su utilización.

De esta forma, lo primero que resulta menester destacar es que hay una clara evidencia de que se busca dar mayor protagonismo a las partes del proceso, que se manifiesta en la consagración de la necesidad de acuerdo entre el fiscal – en representación de la pretensión punitiva del Estado – y de la defensa, al mismo tiempo que el tribunal tiene la obligación de oír a la víctima o querellante para dar curso a la SCP (quien además cuenta con la posibilidad de apelar la resolución que otorga la solicitud del procedimiento alternativo⁴³). En este sentido, es menester entender que el mayor protagonismo que el legislador quiere entregar,

⁴² Entiéndase como tal el principio de oportunidad reglado que considera el art 170, 168 y 167 del CPP. Para mayor información consultar ALONSO FURELOS, JUAN MANUEL. 2019. “Notas Sobre El Principio De Oportunidad Procesal.” *Revista de Derecho UNED*, no. 25 (July): 813–35. <https://search-ebcsohost-com.uchile.idm.oclc.org/login.aspx?direct=true&db=fap&AN=142405591&lang=es&site=ehost-live>.

⁴³ En concreto el art 237 del CPP, otorga la posibilidad a todas las partes del procedimiento de apelar la resolución que se pronuncia sobre la SCP.

es una respuesta al proceso penal del CPP (1906) que tenía un carácter inquisitivo, con casi nulas facultades para el imputado en relación a las posibilidades con las que contaba para su defensa, además permite rebelar la importancia de la víctima en este tipo de proceso.

Sin perjuicio de lo señalado hasta el momento, se debe considerar la posibilidad de promoción de las partes como una excepción al principio de oficialidad que rige al proceso penal en general y que se contiene en gran medida en la aplicación de la SCP. En este sentido, va a ser el propio juez de garantía que en mérito de los antecedentes termina por acceder a la solicitud de las partes, y sobre todo, es el propio tribunal quien aprobará cuáles serán las condiciones⁴⁴ que debe cumplir el imputado durante el tiempo que este con libertad condicional y posteriormente verificar que dichas condiciones sean y hayan sido cumplidas. Según lo señalado por Horvitz (2002, p 135) la participación tanto del juez de garantía como de las partes en la aplicación de la SCP dice relación con la posibilidad de establecer un control procesal de las actuaciones del ministerio público.

Ahora bien, en mérito de lo expuesto resulta claro que las partes del proceso – incluyendo el tribunal - tienen un rol importante para promover el uso de la SCP, sin embargo para la resolución del tribunal no basta únicamente la discreción del juez sino que el Art 237 del CPP cuenta con ciertos requisitos que deben ser cumplidos, en particular por el imputado, para poder dar curso a la SCP. Los requisitos son;

- a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad;*
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y*
- c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso. (Ley 19.696, artículo 237, inciso 3°)*

⁴⁴ En atención al inciso 7° del 237 del CPP, en donde se dispone además que deberá cumplir con los requisitos durante 1 y 3 años, y que además durante dicho plazo no se reanuda el cómputo para la prescripción, así como para efectos del plazo de investigación máxima del art 247 del CPP.

De la lectura de los requisitos salta a la vista inmediatamente que el letrado *b* es el que interesa mayormente a esta investigación. Sin embargo los motivos de su consagración serán analizados con mayor profundidad en el tercer capítulo, correspondiendo a este momento la explicación más general de las implicancias que tienen estos requisitos. En dicho contexto, lo primero es señalar que los requisitos responden a criterios de lesividad o de punibilidad del delito cometido por el imputado, que se corresponde justamente con la apreciación del marco de responsabilidad penal abstracto, y que en tal sentido la SCP se entiende factible solo para aquellos casos en que el delito se corresponde con una pena no aflictiva. La idea de que la SCP es pensada únicamente para aquellos delitos de no tanta gravedad, se ve reforzada por las consideraciones del inciso 6^o⁴⁵ del artículo 237, que excluyen a los imputados acusados por una serie de delitos que tienen una especial connotación negativa para la sociedad y/o delitos que tienen especial interés en términos de política criminal. La razón por el cual el legislador decidió restringir el uso de la SCP a imputados por delitos de mayor gravedad, puede atender a un criterio sobre la peligrosidad de la persona – teoría que se ve reforzada en atención a la conjugación de los requisitos a y b – en base al tipo de delito que puede cometer y, por tanto, a que tan adaptada a la sociedad puede estar para cumplir su pena en libertad condicional o incluso que tan a fin es dicha persona a los objetivos de reinserción que persiguen las penas alternativas a las cuales se puede acceder vía salidas alternativas. Otra posibilidad, no muy lejana a la idea de peligrosidad, es que el tipo de pena que se corresponde con el delito restringido atiende a fines de la pena particulares, y por lo mismo el propósito de la pena aflictiva no se podría ver satisfecho con la imposición del cumplimiento de una pena en “libertad”, lo que es del todo razonable en atención a que existen delitos castigados con mayor intensidad que otros.

Tal como se mencionó al comienzo del acápite, el requisito que encuentra en la letra *b* será analizado más particularmente en el 3^o capítulo de esta investigación, sin embargo en

⁴⁵ “*Tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto; por los contemplados en los artículos 361 a 366 bis y 367 del Código Penal; por los delitos señalados en los artículos 8°, 9°, 10, 13, 14 y 14 D de la ley N°17.798; por los delitos o cuasidelitos contemplados en otros cuerpos legales que se cometen empleando alguna de las armas o elementos mencionados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2° y en el artículo 3° de la citada ley N°17.798, y por conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional.*” (Ley 19.969, artículo 237 inciso 6°)

atención a lo expuesto en el primer capítulo de este trabajo, es posible delimitar y conceptualizar que se debe entender como reincidente⁴⁶. Esto es, que para los efectos de poder acceder a la SCP se considera como reincidente a aquella persona que cometiendo un nuevo delito haya sido castigada previamente por el Estado al cumplimiento de ciertas obligaciones por la comisión del mismo delito, o bien de al menos dos delitos que constan de una mayor pena, todo lo cual es constatable en una sentencia Judicial que no ha sido eliminada u omitida⁴⁷.

Para el último de los requisitos, en el caso de la letra c) del 237, este no es otra cosa que una concreción más específica de la noción de que a la SCP acceden solo aquellas personas no reincidentes. En este sentido, hay que entender que la SCP es una forma en que el imputado tiene la posibilidad de “demostrar” al tribunal que es un ciudadano que puede “convivir como cualquier otro, y que no es una persona peligrosa”, entre otras cosas, porque no comete más delitos. Además, es importante considerar que al imputado se le imponen ciertas condiciones para dar por satisfecha los objetivos perseguidos con la imposición de las penas alternativas, dentro de las cuales obviamente está el no volver a cometer un delito, que para estos efectos debe ser considerado ampliamente.

Más allá de la valoración positiva que se hace sobre la SCP, lo cierto es que representa una anomalía dentro del derecho penal y el derecho procesal penal. De acuerdo a lo planteado por Lubbert (2008, p 41 - 53), el *modus operandi* de la SCP irrumpe con el principio de proporcionalidad así como con las garantías de un debido proceso consagrada en la Constitución⁴⁸. Sin embargo, y de acuerdo a lo señalado por la autora en cuestión, al ser necesaria la manifestación de la voluntad del imputado para proceder con la SCP no se trataría de una vulneración estatal puesto que el deber de garantía no es un deber para el propio titular. Para la perspectiva de esta investigación, resulta un argumento un tanto peligroso puesto que los beneficios comparativos que tiene la SCP – e incluso el procedimiento abreviado donde también se renuncia al proceso – sobre el proceso penal son enormes, y por lo mismo es una invitación a la renuncia de las garantías procesales.

⁴⁶ En el requisito de la letra b se señala “no hubiere sido condenado”.

⁴⁷ Ver página capítulo I, página 13.

⁴⁸ En particular lo dispuesto en el N°4 del artículo 19 CPR.

Otra aristas que resulta importante destacar desde el punto de vista de las garantía del proceso penal, es la relativa a la necesidad de que exista juicio previo. Sin entrar en demasiado detalle respecto al contenido mismo del juicio previo⁴⁹, la noción de que una persona que es considerada oficialmente como inocente es conflictiva con la idea de que deba someterse a ciertas condiciones por tanta cantidad de tiempo conforme a que se le declare como tal, como ocurre con la SCP o incluso el acuerdo reparatorio. Efectivamente es posible esgrimir el argumento de que dichas condiciones no representan ningún tipo de condena, y que por lo tanto no habría motivo por el cual existir juicio previo en la SCP, sin embargo –y tal como se verá en su debido momento– las condiciones que pueden acordar las partes a ratificación o propuesta del juez son sumamente similares en su estructura y en sus fines con las penas alternativas de la Ley 18.216, por lo cual se hace presente al menos la sensación de que en la práctica se trata como culpable al imputado.

Ahora bien, el asunto planteado en el párrafo anterior deja el asunto sobre la SCP en un punto muerto, ya que uno de las razones por las cuales la investigación se interesa por la SCP es el potencial rehabilitador e inhibitor de comportamientos delictuales para quienes se someten a esta, ello como contramedida del uso de penas tradicionales, y a la vez del uso del proceso penal que en muchas ocasiones resulta terriblemente desgastante. Por lo tanto, para que se pueda cumplir con dichos fines parece menester que opere como institución pre condena y no post, y es por ello que uno de los argumentos que pueden servir para armonizar esta institución con las garantías del proceso penal es lo señalado por Lubbert en cuanto al papel que juega el imputado en el procedimiento. Por otro lado, también es posible admitir que conforme a ciertos objetivos se hace necesario irrumpir con lo armónico del sistema, lo que por supuesto debe ir acompañado de la máxima claridad legal posible y de una excepción que no se vuelva regla general.

Finalmente, existen otros elementos en la ley que terminan por configurar la fórmula utilizada por el legislador como lo son la idea de que la SCP no obsta a la víctima de perseguir las responsabilidades pecuniarias del imputado por la vía civil. Además, y esto es más importante, se establece que uno de los requisitos para que el tribunal se pronuncie acerca de

⁴⁹ López, Julián. Horvitz, María Inés. (2002). Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile Santiago, Chile, pp. 64 - 71.

la solicitud de acceder a la SCP, es que el defensor se encuentre en la audiencia, en atención al debido proceso, y en particular a la noción del derecho de defensa.

2.1.2 - Fundamentos y objetivos generales de la SCP

Tal como se adelantó al comienzo de este capítulo, la suspensión condicional del procedimiento comparte objetivos y fundamentos con el principio de oportunidad, incluso considerándose como parte del mismo⁵⁰. En este contexto, es posible dar cuenta de que la institución en estudio permite lograr una descongestión temprana del proceso penal, lo que complementa a criterios economicistas que dotan en este caso al ministerio público de mayores recursos para enfrentar casos complejos, de igual forma se entiende como una respuesta eficaz y temprana a la criminalidad, sin tener necesidad de que pasar por el proceso ordinario para tener una respuesta definitiva.

Por otro lado, la SCP cumple como mecanismo que concretiza tanto el principio de proporcionalidad como el de *ultima ratio* en materia penal, toda vez que permite enfrentar un problema que de otra forma sería resuelto con la imposición de alguna pena, como mecanismos condicionales de resolución de conflictos. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado justamente que “(e)n la idea del Código Procesal Penal, de naturaleza “garantista”, los principios de lesividad o de última ratio fluyen de manera inequívoca, con instituciones como el principio de oportunidad”⁵¹.

Sin embargo, los objetivos y fundamentos de la SCP no se agotan en la comparación que se pueda realizar con el principio de oportunidad en sentido amplio, pues permite entre otras cosas el instalar herramientas de justicia restaurativa – reconociendo así a la víctima – al mismo que tiempo que implementa medidas de reinserción para el imputado. Más allá de la problemática misma de que se establezcan condiciones sin haber existido juicio previo, lo cierto es que estas medidas tienden a involucrar al imputado con su comunidad y previene lo que se conoce como contaminación criminógena.

⁵⁰ En el sentido de que se puede entender como una materialización del principio de oportunidad entendido ampliamente.

⁵¹ C.S., 27. 3. 2, Rol 139-2002. (2002). Vlex, Considerando decimo, párrafo primero.

Otro aspecto que resulta importante rescatar de la institución en estudio en cuanto a sus objetivos, es que acerca la justicia a la comunidad, otorgando con ello al menos una sensación de participación en la administración de justicia. Si bien se entiende como un objetivo más residual de las penas y procedimientos alternativos, permite democratizar no tan solo el reproche sino que también la reparación, así aumentando la confianza de la persona común y corriente en este tipo medidas. Esto último tiene como contrapartida la sensación generalizada a la cual nos exponen los medios de comunicación de que nos encontramos en constante peligro, y que en realidad este tipo de medidas nos expone a compartir con sujetos peligrosos, más que a cualquier otra cosa.

Hasta aquí hemos revisado cuales son los fundamentos en abstracto por los cuales se incorpora la SCP como procedimiento alternativo del proceso penal, no obstante ello existen motivos que pueden ser encontrados dentro de la misma historia de la Ley, los cuales serán revisados en profundidad con motivo del estudio del origen de la institución.

2.1.3 Comparación con las penas alternativas de la Ley 18.216

Si bien la incorporación de la suspensión condicional del procedimiento en el proceso penal es innovadora en relación al antiguo proceso penal y en relación al principio de oficialidad que rige el nuevo proceso penal, la noción de penas sustitutivas de la privación de libertad tiene cabida en el ordenamiento penal desde la promulgación de la Ley 18.216 en el año 1983⁵². En tal sentido, la forma en que se consagra la SCP en el CPP tiene una matriz estructural importante en la Ley 18.216, lo que se ve mayormente expresada en los requisitos que deben cumplir imputados y privados de libertad respectivamente para acceder a la SCP y a los beneficios respectivamente. Antes de entrar de lleno en el contenido y caracterización mismo de la Ley, es importante tener en consideración que los objetivos que se ha perseguido con la Ley 18.216 y sus diversas reformas, abordan según lo señalado por la Defensoría penal pública (2014) las siguientes aristas: a) El control efectivo del cumplimiento de las penas

⁵² Ello no obstante de existir la remisión condicional de la pena como institución singular desde la Ley 7.821.

alternativa, b) el favorecimiento a la reinserción social de los condenados, c) uso racional de las penas privativas de libertad, y d) mejor protección a las víctimas.

En consideración entonces de los objetivos que se persiguen con la incorporación de las penas alternativas en el ordenamiento jurídico chileno, el contenido mismo de la Ley tiene que ser ,por un lado, diverso y ,por otro, estricto para el cumplimiento de las obligaciones que imponen las penas alternativas. De esta forma, la Ley 18.216 revela nuevamente la institución de la remisión condicional de la pena, y consagra otras instituciones como lo son la libertad vigilada, el control telemático, el servicio a la comunidad, entre otros...⁵³ lo que deja en evidencia que hay un esfuerzo por el desuso de las penas privativas de libertad, al mismo tiempo que se potencia el cumplimiento de las penas de forma más cercana a la comunidad. Es así como la variedad en el contenido de las penas da la posibilidad al tribunal de exigir la conducta que considere más apropiada en atención ya no solo a los delitos que se cometen, sino que además en consideración de la reeducación y resocialización del condenado, lo cual se podrá ver favorecido distintamente según el contenido de cada pena alternativa, además de permitir controlar de forma más cercana la evolución del condenado y proteger más eficazmente a la víctima.

De igual forma, las diversas penas alternativas que se encuentran en la Ley 18.216 cuentan con diversos requisitos para acceder a cada una de ellas, sin perjuicio de lo cual para efectos del presente trabajo resulta particularmente importante lo señalado en lo relativo a la remisión condicional de la pena. En efecto, según lo señalado en el artículo 4º los requisitos son;

a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años;

b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito;

⁵³ Para mayor información ver Título I, II, III Y V de la Ley 18.216.

c) Si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren presumir que no volverá a delinquir,
y

d) Si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hicieren innecesaria una intervención o la ejecución efectiva de la pena.
(Ley 18.216, artículo 4, inciso 1°).

En concreto, lo interesante es que los requisitos a) y b) son idénticos a los señalados en la suspensión condicional del procedimiento en el artículo 237 del CPP, mientras que la letra c) es el motivo fundante por el cual el tribunal acepta la utilización de la SCP en los casos que se cumple con los requisitos. Al respecto, en la explicación del proyecto de la Ley 18.216 no se refiere mayormente a la fundamentación de dichos requisitos, y se mantiene más bien la estructura de la Ley 7.821⁵⁴ que era hasta la fecha la única Ley que contemplaba una pena alternativa en la remisión condicional de la pena. Sin embargo, también es cierto que en la respuesta del ejecutivo al proyecto de Ley se esboza que la posibilidad de existencia de las penas alternativas, y en particular de la idea de la remisión condicional, depende de la peligrosidad del sujeto con el cual se está tratando y que dicha posibilidad es observable en atención al delito que comete, a su historial delictivo y al comportamiento del sujeto durante la duración de la imposición de la pena alternativa, todo lo cual vendría a fundamentar la existencia de los requisitos exigido en el Art 4° de la Ley 18.216.

Ahora bien, la relación entre la SCP y las penas establecidas en la Ley 18.216 debe ser comprendida en la medida que muchas de las condiciones que se imponen al imputado para la hacer efectiva la salida alternativa son, justamente, la remisión condicional, la libertad vigilada, el servicio comunitario, entre otros que van a depender de lo que el juez estime conveniente. Dicho de otra forma, el contenido de las condiciones impuestas por los tribunales es justamente la imposición de penas alternativas lo que vendría a explicar de

⁵⁴ Ley que “Dispone que los tribunales podrán suspender la ejecución de la sanción que imponga la sentencia condenatoria, cuando concurran los requisitos que indica” 1944.

sobremanera por qué entonces la SCP exige los requisitos que exige. Por otro lado, es llamativo que sin juicio de culpabilidad a los imputados, y por tanto sin haber seguridad respecto si cometieron el delito, se les exija cumplir con las mismas condiciones que a quienes respecto si hay certeza⁵⁵ – jurídicamente hablando - de que cometieron los delitos por los cuales están siendo castigados.

En mérito de lo señalado en el presente acápite, se ha tratado de demostrar la forma en que la institución de la SCP tiene una estructura, y particularmente los requisitos, inspirada esencialmente en las penas alternativas de la Ley 18.216, lo que permite entender de forma más integral los motivos y objetivos que persigue su inclusión en el CPP.

2.1.4 Carácter práctico de la institución

Al momento de estudiar una institución como la suspensión condicional del procedimiento, que pretende ser una herramienta de descongestión, no estigmatizadora y abreviada en relación al proceso penal, es importante preguntarse por la efectividad de la misma. Para efectos de esta investigación, la efectividad de la suspensión condicional del procedimiento es en mérito del uso que tiene en el actual proceso penal, particularmente en relación a las formas que tienen los procesos de finalizar.

En este contexto, la forma en que se investigó la utilización de la SCP en el proceso penal, es a partir de los datos recolectados en los boletines estadísticos de la fiscalía, para lo cual se hizo uso de los tramos enero – diciembre de los años 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021 mientras que para el año 2022 se utilizó el tramo enero – Marzo.

Desde el punto de vista metodológico es importante señalar que los boletines estadísticos de la fiscalía distingue entre términos de los procesos por “vía judicial” – donde se encuentra la SCP – de los términos “no judiciales”⁵⁶, y “otros términos”⁵⁷. Para la presente investigación

⁵⁵ En el sentido de que la Ley 18.216 está pensada para condenados, y no para imputados.

⁵⁶ En este sentido considera al 1 – Archivo provisional, 2 – Decisión de no perseverar, 3 – Principio de oportunidad, y 4 – Incompetencia del tribunal.

⁵⁷ En este sentido considera 1 – Anulación administrativa, 2 – Agrupación a otro caso, 3 – Otras causales de termino, y 4 – Otras causales de suspensión.

se decidió comparar el uso de la SCP en relación al total de casos que vieron término en el tramo, cosa de atender a una relación más general con el proceso penal, así como también en relación a los procesos que vieron término por la vía judicial⁵⁸.

Por otro lado, la fiscalía realiza una diferencia en los tipos de imputados que se someten al proceso penal, entre aquellos imputados conocidos y desconocidos. Al respecto es menester señalar que la SCP sólo se puede utilizar en aquellos casos donde el imputado es conocido, en razón de que es necesario cumplir con ciertos requisitos que dependen justamente del historial y comportamiento de la persona, y es por esto mismo que en la siguiente tabla también se señala el uso de la SCP en relación a los imputados conocidos dentro de los términos judiciales.

En atención a lo señalado hasta el momento, la tabla confeccionada para estudiar el uso de la SCP dentro del proceso penal tiene 3 variantes: 1 – El uso de la SCP en relación a los imputados conocidos dentro de los términos judiciales, con el objetivo de ver cuál es el uso real de la institución en aquellos casos que es factible su utilización; 2 – El uso de la SCP en relación al tipo de término por la vía judicial, con el objetivo de atender a la importancia que juega la institución en relación a los procesos que la fiscalía termina, y 3 – El uso de la SCP en relación a todos los tipos de términos en el proceso penal, justamente para analizar la importancia de la institución dentro del proceso penal en general. Sin perjuicio de la incorporación de las 3 variantes, es evidente que la primera de ellas es la más importante para efectos de la presente investigación toda vez que lo importante es atender a la capacidad en los casos donde es posible aplicarla, para así determinar su potencial de uso en relación al proceso penal.

⁵⁸ Además es importante tener en consideración a la hora de analizar los datos, que los casos que terminan por vía no judicial son aquellos casos que se dejan de investigar por principio de oportunidad, en el sentido amplio del mismo, y que por lo mismo es de esperar que muchos de aquellos casos hubieran sido potencialmente casos donde se utilizara la SCP como herramienta de término del proceso.

Año	Porcentaje de utilización en relación al tipo de término judicial	Porcentaje de utilización en relación al tipo de término judicial con imputado conocido	Porcentaje de utilización en relación a todos los tipos de término.
2017	15,6%	18,3%	6,3%
2018	14,8%	17,4%	5,6%
2019	14,6%	17,3%	5,2%
2020	8,9%	9,9%	3,5%
2021	11,74%	12,87%	4,9%
2022	17,49%	20,18%	5,47%

(Todos los valores son aproximados)⁵⁹

A partir del análisis de los datos entregados por la tabla adjunta, es observable que la SCP ha tenido un papel relativamente constante e importante dentro del proceso penal en general, sobre todo en relación a la gran cantidad de casos que ingresan al sistema anualmente. En particular, y tal como se mencionó anteriormente, lo más importante es atender al uso de la institución en aquellos casos en donde es posible su aplicación, es decir, dentro de los términos por vía judicial con imputado conocido, donde se observa que el uso varía entre el 10% y 20%. Por otro lado, y sin entrar en la profundidad del asunto, pareciera ser que la menor aplicación de la SCP coincide con los años de crisis sanitaria, lo que evidentemente debe ser considerado a la hora de analizar los datos, pues de otra forma estaríamos hablando de un promedio cercano al 18%.

En este sentido, resulta claro que hay una “intención” por parte de la fiscalía y de los tribunales de hacer uso de la SCP en desmedro de llegar al juicio de culpabilidad a través de otros procedimientos o de la instancia de juicio oral, al mismo tiempo que se infiere que existe una gran cantidad de imputados que cumple con las condiciones impuestas por el tribunal.

⁵⁹ El cálculo de los porcentajes fue realizado por el investigador, utilizando la aproximación por redondeo a la décima.

Los datos aquí expuestos nos permiten ubicar el papel de la SCP en el ordenamiento penal, al mismo tiempo que profundizan la duda respecto al requisito de no tener antecedentes penales en cuanto, y tal como se señaló en el capítulo anterior, hay un gran número de imputados que son reincidentes o que eventualmente reinciden, y que potencialmente se podrían ver favorecidos por una salida alternativa al proceso penal.

2.2 Origen de la suspensión condicional del procedimiento

Uno de los elementos más relevantes a tener en consideración a la hora de entender integral como cabalmente la figura de la suspensión condicional, son los orígenes de la misma, los cuales deben ser entendidos de forma normativa e histórica. Normativamente en cuanto a la historia de la Ley 19.696 que crea el CPP refiere, que incluye la consagración de la figura en estudio, y que permite entender las motivaciones y objetivos que el legislador tenía en mente cuando promulgo el CPP. Por otro lado, se analizará el origen histórico de la SCP en la “*probation*” y “*parole*” del derecho anglosajón, lo cual da pie a comprender cuál ha sido el funcionamiento de la SCP y como ha mutado desde sus orígenes hasta su adopción en el ordenamiento jurídico chileno.

2.1.1 Historia de la Ley 19.696 en lo que refiere a la suspensión condicional del procedimiento

Antes de entrar de lleno en la historia de la Ley del CPP – que dio nacimiento a la SCP – se considera oportuno atender a la existencia de las penas alternativas en el ordenamiento penal chileno. Al respecto es correcto señalar que la existencia de las llamadas penas alternativas no nacen con el nuevo proceso penal, sino que son de larga data, aunque más bien acotadas y con un papel más bien secundario en relación a las instituciones del derecho penal y en particular del derecho procesal penal. Así observamos la creación en 1983 de la Ley N° 18.216, la cual ha sido reformada en algunas oportunidades⁶⁰, que viene a dar cuenta de los

⁶⁰ La última con la Ley 20.603 del año 2012, que entre otras cosas incorporó el servicio a la comunidad como parte de las penas alternativas.

denominados beneficios a aquellos imputados que cumplen con una cantidad de requisitos y condiciones. Más atrás en el tiempo se ubica la Ley 7.821 del año 1944 que viene a ser la primera Ley que consagra una pena alternativa de forma más explícita, como lo es la remisión condicional de la pena. Respecto a la Ley 7.821 resulta interesante constatar, al menos, el hecho de que los requisitos para acceder a la suspensión de la pena – que es el nombre de la Ley – se hayan mantenido intactos en la Ley 18.216 y luego se hayan configurado como la estructura de los requisitos del artículo 237 del CPP en relación a la SCP. Al mismo tiempo, y en esto es idéntico nuevamente a la remisión de la pena del art 4 de la Ley 18.216, que es el tribunal quien de oficio decreta la medida, no necesitando del acuerdo de las partes para poder actuar como sucede con la actual SCP. A pesar de que es la Ley 7.821 la que da cuenta de forma expresa la inclusión de una pena alternativa, los primeros antecedentes se pueden encontrar en el Código de Procedimiento Penal de 1906. Según Salinero y Morales (2019) es posible encontrar en el artículo 603 – actualmente 564 – la expresión de una facultad para el juez que consiste en suspender la condena durante un periodo de 3 años, en caso de que el condenado sea alguien sin antecedentes penales y haya sido condenado por una falta. Según los autores, la existencia de esta pena alternativa en el antiguo Código de Procedimiento Penal responde a;

Las razones de su incorporación venían dadas por la experiencia comparada, según dan cuenta las actas de la discusión legislativa, particularmente respecto de las realidades europeas de Inglaterra, Francia y Bélgica y el éxito que suponía la condena condicional tratándose de aquellas personas que delinquen por primera vez. Éxito basado en una reducción importante del número de detenidos en cárceles y la economía que ello significaba para las arcas fiscales. A lo anterior se sumaban problemas prácticos como que la prisión de corto tiempo impedía la regeneración y enmienda del penado, como asimismo podía ser dañosa para los sentimientos de honor y dignidad personales. (Salinero y Morales, 2019, p. 3).

Resulta evidente que la inclusión de penas alternativas en la legislación nacional, responde a un contexto internacional en donde las distintas posturas se van percatando de la necesidad de ofrecer condenas distintas a la privación de libertad y que para el contexto nacional implicaría la posibilidad para aquellos condenados por falta de cumplir con su condena en libertad. Situación que con el paso del tiempo evolucionó y terminó por establecer expresamente, a través de la Ley N° 7.821, la pena alternativa que hasta el día de hoy se conoce como remisión condicional de la pena, que ha sido base de la Ley 18.216 y posteriormente para las salidas alternativas incorporadas en el nuevo CPP.

Ahora bien, en cuanto a la propia Ley 19.696 – que crea el nuevo Código Procesal Penal – es importante señalar que se enmarca en un proceso de transformación importante del ordenamiento jurídico penal, y de la concepción propia del derecho penal como herramienta, donde la idea central es pasar de un proceso penal de índole inquisitivo a uno de carácter eminentemente acusatorio y garantista. Al mismo tiempo, se trata de fomentar procesos más expeditos y menos lesivos para los imputados, restringiendo medidas cautelares y aumentando el papel de la re sociabilización de los condenados en la imposición de la pena. En relación a este último objetivo, es que el proyecto de Ley incorpora en sus preceptos la suspensión condicional del procedimiento y el acuerdo reparatorio, en concreto en el mensaje adjunto al proyecto de Ley se señala en el apartado de “contenido del proyecto”⁶¹ cuáles son los motivos por los que el ejecutivo decide incorporar este tipo de procedimiento en el proyecto de Ley. Dentro de dichos motivos, se identifica claramente una consideración respecto a la oportunidad previa al procedimiento y la prisión preventiva, lo que resulta en una política estigmatizadora o derechamente desproporcionada en aquellos casos donde la pena que se impondrá no sea una de prisión, y que se podrían ver mitigados con la nueva institución. De igual forma, se puede mencionar la idea de “la ventaja de que no es necesaria la aceptación de culpabilidad”, lo que sería positivo para la reinserción social del imputado, toda vez que no existiría una condena penal como parte de sus antecedentes. Los motivos y objetivos que ponderan la inclusión de la institución en estudio se mantienen vigentes hasta el día de hoy, en complemento de la consideración del descongestionamiento de las cárceles y por lo mismo, de la alta tasa de uso de las penas privativas de libertad. Sin perjuicio de esto

⁶¹ Página 10 y siguientes.

último, es bastante interesante atender al hecho de que en un principio el proyecto de Ley no señala expresamente cuáles serán los requisitos para poder acceder a las penas alternativas propias de la suspensión condicional del procedimiento, de lo que se subentiende que dependiendo del tipo de pena sustitutiva variarán los requisitos para acceder a dicho procedimiento.

En este contexto, es interesante hacer notar que en el mensaje original de la Ley N° 19.696 – que crea el nuevo Código Procesal Penal – la redacción del articulado no considera todos los requisitos que sí tiene su versión actual, sino que se remite a las consideraciones de las penas alternativas de la Ley 18.216.

“Suspensión condicional del procedimiento. El fiscal podrá, con el acuerdo del imputado, solicitar al juez de control de la instrucción la suspensión condicional del procedimiento, cuando considerare que aquél pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley 18.216 al momento de la dictación de la sentencia...” (Mensaje de S.E el Presidente de la republica con el que inicia un proyecto de Ley que establece un nuevo código de procedimiento penal, junio de 1995).

En general vale señalar que durante el trámite de la Ley, en sus distintas etapas, la inclusión de las salidas alternativas al proceso penal no generó mayor discusión por parte de los parlamentarios y por parte de las comisiones encargadas de su revisión, existiendo una noción generalizada de que su inclusión era importante⁶². En tal sentido las modificaciones que existen entre el proyecto de Ley y la promulgación de la misma, atienden a los supuestos de hecho, y por tanto en las condiciones, que son susceptibles de terminar por esta vía. Al respecto es la propia comisión de constitución de la cámara de diputados la que va a dejar en

⁶² Al respecto, el primer informe de la comisión de Constitución de la Cámara de Diputados señaló lo siguiente; *“Se representó que, de acuerdo a las simulaciones que se han hecho, el Código no opera sin esta norma, que es clave para su funcionamiento. El costo de estructurar el sistema sin ella es doble; en consecuencia; habría que seguir el doble o el triple de juicios.”* (Primer informe de comisión de Constitución, 1998, p. 100)

evidencia las inquietudes y soluciones que terminan por formular el precepto 237 CPP, como se verá en los siguientes párrafos.

En tal contexto se hace presente que la comisión entiende que el papel que juega en la suspensión condicional del procedimiento es dar aplicación efectiva a las penas señaladas en la Ley 18.216, realizando particular mención a la remisión condicional de la pena. Al mismo tiempo se señala que la redacción original del precepto podría caer en el problema de que la falta de juicio oral podría debilitar el objetivo de reinserción por el cual está justamente incluido en el CPP la SCP, ante lo cual se establece la siguiente fórmula;

Que es suspender el procedimiento, no llegar a la condena y que el sujeto, voluntariamente, se someta a un conjunto de condiciones.- No hay una carga penal.- Si cumple las condiciones, la causa se cierra y nunca hubo una condena.- No hay reincidencia... En la filosofía moderna de las medidas alternativas no se busca que el sujeto se rehabilite para siempre, lo cual es irrealista, sino que se trata de que el sujeto no cometa delitos durante el cumplimiento de las condiciones, que es lo que razonablemente se puede esperar. (Primer informe de comisión de Constitución, 1998, p. 99).

Es importante destacar que al momento de pensar en las soluciones a los problemas identificados por la comisión se piensa inmediatamente en cómo abordar de la mejor manera el tema de la reinserción del imputado, definiendo además que se va a entender como resocialización para dichos efectos. En concreto, se atiende a un criterio de realidad, en el cual termina por ser el control del tribunal el que permite al imputado no recaer y no una concepción más optimista, si se quiere, respecto a cuál es el objetivo final de la integración de la SCP. En atención justamente a que se necesitaba una concepción más o menos estrecha de la posibilidad de reinserción, es que se necesitaban condiciones bien delimitadas para que quienes accedieran a las salidas alternativas tuvieran una real posibilidad de reinserción, o

más bien, que la SCP tuviera un potencial de uso efectivo más importante. En atención a ello, es que la comisión concluye señalando lo siguiente respecto a la SCP.

En definitiva, se acordó no hacer referencia a la remisión condicional de la pena sino a una condena privativa o restrictiva de libertad específica, que no excediere de tres años, pensando tanto en la rehabilitación del imputado como en los intereses de la víctima, e indicar en la disposición misma, reproduciéndolas con las adecuaciones pertinentes, las exigencias que establece la ley N° 18.216 para que proceda la remisión condicional de la pena.

En forma complementaria, se acordó excluir la aplicación de esta disposición respecto de ciertos delitos de gravedad, como el aborto, homicidio, secuestro, mutilación, lesiones gravísimas, violación, tráfico de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y conductas terroristas. (Primer informe de comisión de Constitución, 1998, p. 100).

Resulta evidente por lo tanto, que el legislador en la materia recurrió manifiestamente a la utilización de los requisitos de la remisión condicional de la pena como requisitos de la salida alternativa en estudio, al mismo que se expresa la preocupación del legislador por no hacer de este tipo de procedimiento uno de amplio acceso, en particular excluyendo a los imputados que por el carácter de los delitos cometidos, tuvieran mayores índices de peligrosidad.

Vale mencionar que la fórmula que se usó en la Cámara de Diputados permanece casi inmutable en relación a la fórmula actual que existe en el artículo 237 CPP. Esto sin perjuicio de que en el senado se dieron discusiones respecto a la omisión de juicio de culpabilidad que implicaba la institución. Al respecto la mayor preocupación – tanto del senado como de algunos miembros de la Corte Suprema – es la falta de juicio de culpabilidad, no porque se podría presionar a un inocente a aceptar consecuencias penales, sino que porque la falta de juicio de culpabilidad implica que el imputado quedará sin el antecedente del delito, lo que

implicaría un sistema penal permisivo y protector con el delincuente. Sin embargo, el asunto se resolvió favorablemente para la institución, pues en la medida que atribuye responsabilidad penal el uso y beneficios de la institución no afectarían al proceso penal en general, siendo irrelevante su consagración.

En definitiva, se observa que la incorporación de la SCP en el CPP se enmarca en un proceso de cambio de paradigma respecto al rol de las penas sobre los condenados, en este caso sobre imputados, y que responde principalmente a preocupaciones por la re socialización de los mismos. En este sentido, existe una “amplia” aceptación de la incorporación de los procedimientos alternativos, existiendo algunas observaciones respecto a los requisitos para poder acceder a este tipo de procedimiento y que apuntan fundamentalmente a no dejar en impunidad a quienes por las conductas realizadas merecerían algún tipo de reproche y en no permitir que este tipo de procedimientos sea aplicables a todo tipo de imputado.

Finalmente, en cuanto al último de los requisitos que del ya mencionado artículo 237 del CPP, esto es, el no estar cumpliendo actualmente con las condiciones de una SCP por otro proceso, fue incorporado al CPP con la reforma de la Ley 20.253 del año 2008. Se introdujo en el marco de una serie de reformas que buscaban intensificar el castigo sobre ciertos delitos y en particular el tratamiento sobre los reincidentes, lo que derivó en la incorporación de este tercer requisito pues existía en la regulación original un espacio de actuación en el cual la persona cumpliendo con una SCP podría cometer otro delito y nuevamente tener una salida alternativa al no ser la SCP “una condena anterior” a la cual se refiere la letra b del mismo inciso y artículo. Así las cosas fue una indicación introducida en el Senado que no tuvo mayor reparo a posterior por el Senado y Cámara de Diputados⁶³.

2.1.2 Origen histórico de la libertad condicional y la suspensión condicional

⁶³ El único cambio importante a la indicación que dio pie a la creación de este requisito, es que originalmente este requisito estaba en la letra b. Al ser una situación de hecho diversa a la de quien cuenta con condenas anteriores, se optó por crear la letra c. (Segundo informe de comisión de Constitución Senado, 2007, pp. 65-66).

La noción de la suspensión condicional del procedimiento tiene su origen normativo, como ya hemos visto, en otras instituciones como las penas alternativas de la Ley 18.216, que podemos enmarcar a grandes rasgos como la libertad condicional. El concepto de la libertad condicional no es reciente ni original de nuestro derecho, sino que tiene sus raíces en el derecho anglosajón y continental que observa como desde la comunidad se imponen sanciones que permiten la coexistencia de la sanción con la vida del sujeto castigado en la comunidad.

De acuerdo a lo señalado por Murillo (2021), es posible identificar los inicios de las medidas alternativas y penas comunitarias, tanto en el contexto del derecho anglosajón como en el derecho continental, conociéndose como *probation* y como suspensión de la pena respectivamente. Si bien ambas instituciones dan cuenta de la diversificación al uso de la prisión, existiría una diferencia fundamental entre ambas y que dice relación con que en el caso del *common law* existe una vigilancia del condenado por parte de un 3°. Según la autora, ello se debe a las pretensiones rehabilitadoras de la *probation* versus el ideal de evitar la “desocialización” con el uso de la prisión en el caso de la suspensión.

En el caso del derecho anglosajón, es posible vislumbrar dos instituciones principales como penas alternativas. En primer lugar, se encuentra la probación, que viene a ser la que más se asemeja a la SCP en la medida que se utiliza de forma previa a la prisión, dependiendo el resultado del proceso en el buen comportamiento del sujeto en el tiempo en que se encuentre a prueba en relación a la vigilancia del tribunal, mientras que el *parole* es el beneficio que se obtiene con el buen comportamiento dentro de la cárcel, teniendo un parecido más directo con lo que normalmente se conoce como libertad condicional. Según Morales (2013) el origen de la libertad condicional nace en una de las islas británicas ubicadas en Australia;

En ese contexto, Maconochie reconoció dos finalidades en la pena de prisión: el castigo por una parte, y la reforma o corrección del condenado, por otra. Para satisfacer estos objetivos, el ideó un sistema penitenciario en el que gradualmente, en función del esfuerzo del condenado, se iría suavizando el régimen de encierro, y se le otorgaría mayor confianza,

facilitando de esta forma su tránsito a la vida en libertad. . (Abadinsky, 1997, en Morales, 2013, p. 2).

La autora continúa señalando que la práctica es asumida también por Gran Bretaña y Estados Unidos, existiendo distintas variantes de la forma en que se llevan a cabo la constatación del comportamiento del reo quedando a discreción de las prisiones, o de las políticas de estado, cual es el método que se utilizara para ello.

Sin perjuicio de lo señalado por Morales, lo cierto es que existen otras tesis respecto al origen de la libertad condicional como institución, así el propio Estado de Nueva York – Estados Unidos – señala que el origen de la *probation* se remonta a los tiempos de Enrique VIII⁶⁴ en Inglaterra, tiempo en el cual las cortes comenzaron a aplicar una especie de sistema de beneficios por el buen comportamiento del imputado, razón por la cual se podía disminuir la condena, o incluso dar el perdón al condenado según el comportamiento y delito cometido. Ahora bien, según la página oficial⁶⁵ de la *probation* de Nueva York la noción más moderna de la *probation* es atribuida al derecho inglés del siglo XVIII y XIX tiempo en el cual se aplicaba una condena a los jóvenes relativamente pequeña, solo con la condición de que posteriormente fueran asignados a un cuidador especial, que podían ser los mismos padres. Esta práctica fue expandiéndose y asumida por la policía de la ciudad, quienes a aquellos privados de libertad que parecían no ser totalmente corruptos⁶⁶ y que demostraban comprometerse con la propia rehabilitación, se les permitía cumplir su condena en libertad tutelada por los propios policías, quienes visitaban de forma periódicos a los condenados y mantenían una nota de su progreso. Este tipo de aplicación de la pena, fue llevada a la práctica en Estados Unidos por John Augustus, quien consideraba que las personas que podían abstenerse de beber alcohol tenían un potencial de rehabilitación, haciéndose cargo de la rehabilitación de 1946⁶⁷ personas, lo que llevo al Estado de Massachusetts a incorporar la *probation* como condena aplicable, a mediados del siglo XIX.

⁶⁴ Entre los años 1507 – 1549.

⁶⁵ Para mayor información visitar <https://www1.nyc.gov/site/probation/index.page>

⁶⁶ Se utiliza el término “*he used a similar practice for individuals who did not seem hopelessly corrupt*”.

⁶⁷ De las 1946 personas que tuvo a cargo, solo 10 no lograron rehabilitarse. <https://www1.nyc.gov/site/probation/about/history-of-probation.page>

Ahora bien, en cuanto al derecho continental europeo, en particular en España, Aranda (2021) señala en su investigación que según algunos autores⁶⁸ es posible identificar la institución de la libertad condicional en la ordenanza general de los presidios del reino, de 1834, documento que le otorgaba facultades a quienes manejaban los presidios respecto a la reducción de la condena, figura que fue evolucionando al concepto de libertad intermedia, hasta finalmente ser aplicada de forma más universal en toda España como un mecanismo basado en la bondad para la eficacia de la rehabilitación del criminal. Por otro lado, Murillo (2021) señala que “es posible asociar los orígenes de la suspensión de la pena en países como Bélgica o Francia hacia la segunda mitad del siglo XIX, siempre con la condición común de que la suspensión se mantiene siempre y cuando no cometieron nuevos delitos”.

Más allá de reconocer las diversas fuentes que atienden al origen de la libertad condicional en el derecho, lo importante es rescatar cuales son los motivos y ejes centrales que existen en su concepción. En tal contexto, resulta evidente que independiente de la zona geográfica a la que hagamos referencia la institución de la libertad condicional y de la suspensión condicional nace como una respuesta a la sobreutilización de penas privativas de libertad, o condenas que resultan evidentemente desproporcionadas, y por lo mismo en los diversos relatos analizados se encuentra como objetivo central del uso de la libertad condicional la rehabilitación de los condenados. En este sentido, se observa que por lo general aquellas personas que accedían a la libertad condicional y/o suris eran seleccionadas principalmente por su buen comportamiento, ya sea en el cumplimiento de la pena o como ciudadano en general, y que a partir de dicha observación era posible comprender cuáles eran sus posibilidades de reinserción, que iban a aumentar en una condena diferente a la de privación de libertad. De igual forma, se hace presente que la institución de la libertad condicional, o como quiera que fuera el nombre en las diversas épocas, ha operado siempre como un beneficio y no como un derecho al que accedan las personas.

Si bien en el derecho continental existía una forma de suspensión de la pena, tal como hace ver Murillo, “esta no iba acompañada de ningún tipo de vigilancia”, lo que en cierto sentido hace parecer a la institución de la *probation* más cercana para efectos de esta investigación, pues de las formas en que se concreta la libertad condicional, es la más cercana a la remisión

⁶⁸ Se hace referencia a Muñoz Brunet (Aranda, 2012, p. 130).

condicional de la pena, y por lo mismo, es la más cercana a la suspensión condicional del procedimiento. Al respecto es interesante constatar el hecho de que en sus orígenes hay una figura complementaria al condenado, que viene a ser aquel encargado de supervisar el cumplimiento de las condiciones y dejar constancia del progreso que realiza el condenado en su rehabilitación y reinserción en la sociedad, figura que estaba estrechamente vinculada al policía. Actualmente la *probation* puede incluir servicio a la comunidad, realización de trabajos no pagos, asistencia a cursos, entre otros, y será el “*probation and parole officer*”⁶⁹ la figura a cargo de fiscalizar y dejar constancia del comportamiento del condenado.

La forma en que el derecho chileno ha adoptado la libertad condicional, y en particular para el caso de la suspensión condicional del procedimiento, no es muy diferente a la forma en que el derecho anglosajón lo tiene adoptado. Sin perjuicio de ello, es posible mencionar que en el caso del derecho comparado se observa una mayor intención de que el condenado realice acciones en favor de la comunidad, mientras que aquí las condiciones se centran en mantener un comportamiento aceptable y en ocasiones de reparación en relación con la víctima, ocasionalmente realizando trabajos en favor de la comunidad. De igual forma, se constata que en el caso de la suspensión condicional del procedimiento es el tribunal el preocupado por supervisar al condenado, y supervisararlo en tanto comprobar que cumpla las condiciones señaladas, mientras que en el caso de la *probation* existe un policía especializado ya no solo en fiscalizar el cumplimiento de las condiciones, sino que también de observar el desarrollo de la rehabilitación del condenado.

En definitiva, se vuelve a observar la intención por parte de las diversas legislaciones de encontrar una fórmula que le permita aquellas personas que no son consideradas peligrosas para la sociedad, el poder tener mayores chances de reinserción una vez cumplida su condena, y es por ello mismo que existe un esfuerzo por que exista una figura particular que se pueda encargar de supervigilar y de evaluar el desarrollo de la persona que se encuentra en libertad condicional. En dicho contexto, para esta investigación resulta positivo la posible inclusión en la legislación nacional de una persona que cuente con las herramientas para, de forma cercana y personal, colabore con la rehabilitación y reinserción del condenado, y para el caso del imputado en la SCP que se encargue de evaluar – más allá de la opinión del tribunal – de

⁶⁹ Policías especializados en la vigilancia de condenados a *probation*.

la efectividad de la medida, y que no solo se detenga en si el imputado posteriormente delinquirió, o no.

Finalmente resulta al menos interesante estudiar la forma en que las medidas alternativas han evolucionado a lo largo del tiempo en alguna de las legislaciones donde han tenido mayor asidero. En razón de ello es preciso hacer mención al papel que juegan las penas comunitarias en la legislación inglesa, pues de acuerdo a lo señalado por Castro et al (2013) existe un elemento central que se mantiene como elemento común de toda imposición de penas alternativas, y este es que las penas alternativas no son consideradas como tales sino que son consideradas como “penas en sí mismo”, esto es que las penas asignadas a ciertos delitos se corresponden directamente con penas distintas a las de cárcel. Así la escala de graduación de la pena va desde la liberación sin cargos, pasando por las multas, las sentencias comunitarias hasta llegar a la pena de cárcel, que luego puede ser entera o combinarse con alguna de las otras penas. La noción de que las medidas alternativas al uso de la prisión deben ser consideradas como penas principales recuerda ya no solo a la intención rehabilitadora que inspiraba la *probation* sino que también a una noción más retribucionista asociada al derecho continental, pues se subentiende que los fines de la pena no se ven satisfechos para ese delito con el uso de la prisión, y viceversa, que el delito no alcanza un injusto tal que el castigo correspondiente sea el de la prisión.

Capítulo III: ¿Por qué el reincidente no puede optar a la suspensión condicional del procedimiento?

Hasta este punto de la investigación, se ha recopilado y analizada información que da pie para responder a la pregunta que nombra el presente capítulo. De tal forma que solo se ha presentado incidentalmente la reincidencia respecto a la suspensión condicional del procedimiento, correspondiente al presente capítulo el armonizar y vincular ambas instituciones. Conforme a tal objetivo, es que el presente capítulo se divide en acápites que permitan responder a la pregunta y por otro valorar la respuesta a dicha pregunta.

3.1 La especial consideración del reincidente en la suspensión condicional del procedimiento

A lo largo de la investigación se ha evidenciado que tanto para la doctrina como para el legislador – históricamente – la figura de la reincidencia ha implicado un elemento que incrementa la responsabilidad penal del sujeto activo del tipo penal. En este sentido, y tal como se ha expresado, es una excepción a la consideración de la responsabilidad penal del hecho⁷⁰, asimilándose mayormente a lo que la doctrina denomina como “derecho penal del autor”.

En el caso concreto de la suspensión condicional del procedimiento la figura del reincidente opera de forma bastante similar, pero con ciertos matices que permiten individualizarla en relación a la lógica del resto del sistema penal. Como tal, se había hecho latente que la reincidencia opera como “un castigo sobre el castigo inicial”, agravando la responsabilidad penal del condenado. En el caso de la suspensión condicional del procedimiento la fórmula es distinta, en tanto no se puede acceder a un “beneficio” pensado para imputados sin altos índices de peligrosidad, de tal forma que se pasa del castigo a la condición.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, lo más llamativo del tratamiento de la reincidencia para las salidas alternativas, es justamente que no es un caso propiamente de

⁷⁰ Ver acápite 1.2.3.

reincidencia. En efecto, salvo el caso de las salidas alternativas en el proceso penal la reincidencia tiene que ver con la culpabilidad, y por lo mismo para considerar a un sujeto reincidente es necesario primero declararlo culpable del delito por el cual está siendo imputado. Evidentemente, en el caso de los procedimientos alternativos – y en particular de la SCP – no se habla del reincidente como aquel que será condenado por segunda vez, sino que del sujeto que habiendo sido declarado culpable de algún delito anteriormente es considerado imputado de un delito que cumple con los demás requisitos de aplicación⁷¹ del Art 237 del CPP.

Es evidente que la calidad de imputado, definida en el artículo 7 del Código Procesal Penal⁷² no implica un reproche ni menos responsabilidad penal, sin perjuicio del pesar para el imputado del propio proceso penal. Sin embargo, la situación debe delimitarse de la mejor manera posible en el sentido de que la SCP no se considera como una especie de juicio de culpabilidad ni sus condiciones como penas, pues de otra forma una vez cumplidas las condiciones no queda ningún tipo de antecedente penal, de tal forma que en el meollo del asunto no se encuentra la culpabilidad o no del sujeto. Ahora bien, en estricto rigor lo cierto es que el requisito b del 237 CPP no habla textualmente del reincidente, sino que de aquella persona que tenga antecedentes penales de crimen o simple delito, sin embargo el asunto de fondo es que no se pretende beneficiar con la institución a aquellas personas que serían potencialmente reincidentes, y en ese sentido, la figura de la reincidencia toma el protagonismo que se le ha querido dar en esta investigación.

3.1.1 Fundamentos de la inclusión del requisito b) del artículo 237 CPP

Conforme a comprender a cabalidad las fundamentaciones que existen detrás de la inclusión del requisito b) del art 237 del CPP, y que implica la imposibilidad para aquellos potencialmente reincidentes de acceder a la SCP, el presente acápite se subdividirá en las

⁷¹ En tanto que el delito por el cual es imputado, cumple con los requisitos señalados en el Artículo 237 del CPP.

⁷² Artículo 7º.- Calidad de imputado. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. (Inciso 1º, artículo 7º, CPP),

siguientes temáticas argumentativas: a) – Costumbre, b) – Reinserción, c) – Peligrosidad, y d) – Política Criminal.

Costumbre

A lo largo de la investigación, y particularmente de lo escrito en el segundo capítulo, se encuentra latente el hecho de que históricamente tanto la doctrina como el legislador de turno han manifestado su intención de que las penas alternativas y en consecuencia los procedimientos alternativos no sean aplicados a aquellas personas reincidentes, o en el caso concreto que cuente con antecedentes. En efecto, de la lectura de la historia de la Ley 18.216, 7.186 y 19.696 da cuenta que no existe un mayor reparo ni reflexión⁷³ en por qué los reincidentes no son susceptibles de recibir este tratamiento diferenciado, aun cuando cumplen con el resto de las condiciones.

Ahora bien, el señalamiento de la costumbre como una explicación de la consagración de la letra c) del artículo 237 no quiere decir que la investigación considere a la costumbre como una fuente mediata de esta parte del Derecho Penal⁷⁴. Evidentemente la costumbre en sí misma no puede ser la respuesta que esta investigación se propone para entender el asunto, sin embargo es preciso constatar que en los aproximadamente 100 años – donde data el primer aproximamiento a una pena alternativa⁷⁵ - la imposibilidad para las personas con antecedentes se ha mantenido casi inmutable. Ahora bien, las razones de esta aceptación no operan en un orden práctico ni de comodidad legislativa, sino más bien porque existe una concepción de las penas y procedimientos alternativos que terminan por normalizar la inclusión del requisito en estudio que al mismo tiempo dan cuenta de una costumbre punitiva hacia quien tenga antecedentes. Es en este sentido en que la costumbre termina por influenciar en las percepciones ya no solo del legislador sino que también de la persona

⁷³ Ver acápite 2.2 sobre el origen de la suspensión condicional del procedimiento.

⁷⁴ En este sentido revisar Politoff, S. Matus, J. Ramírez, M. (2009). Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, pp. 93 – 106.

⁷⁵ Código Penal de 1906.

común y corriente, teniendo como consecuencia por tanto un reproche moral intrínseco que viene con la idea de reincidencia.

Reinserción

En atención al trabajo realizado acerca de la historia de la Ley, resulta claro que la incorporación de los procedimientos alternativos en el proceso penal estaba fuertemente arraigada en las posibilidades de reinserción para los imputados, o más bien dicho, en la poca capacidad de reinserción de las penas tradicionales. En este sentido, “se considera que las posibilidades de reinserción del condenado – imputado en este caso – van a ser más altas en la medida que se encuentre más cerca de su comunidad, de en lo posible no sacarlo abruptamente de su medio y de preponderar a la reparación”, concebida ampliamente, de lo que el delito implica para la víctima y el resto de la comunidad, y es por ello mismo que alguien que ya ha sido condenado anteriormente a penas tradicionales tendrá un trabajo más dificultoso en reinsertarse a la sociedad, pues ya fue estigmatizado y sacado de su medio. Esta idea se ve reforzada en atención a que del cumplimiento de las condiciones en el caso de la SCP no existe antecedente penal alguno.

Por otro lado, el tema de la re sociabilización del imputado y antecedentes del mismo, opera bajo una estructura bien ponderada por el derecho penal, como lo es la idea del beneficio – castigo. En el primer capítulo se señaló expresamente en las palabras de Fuensalida (Fuensalida I, 1883,; en Matus, 2011) que así como existen beneficios para quien tiene un buen comportamiento, existen castigos para quien tiene un mal comportamiento, expresado en este caso como la imposibilidad de acceder a penas alternativas a través de la SCP. Es así como los antecedentes penales van a permitir al legislador evaluar⁷⁶ si es que un sujeto ha hecho los méritos para poder acceder a tales beneficios, y por tanto aquellos a quienes hace

⁷⁶ Si bien el escenario no es idéntico los autores Salinero & Morales (2019)” señalan lo siguiente con respecto a la inclusión de los requisitos relativos a su conducta y antecedente en la remisión condicional de la pena; “*Por último, la remisión procedía si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitían presumir que este no volvería a delinquir... Acá el requisito no solo estaba referido a los posibles antecedentes penales, sino que la presunción se refiere a que no vuelva a delinquir en general, no limitada a ser reincidente en el mismo delito*” (Salinero & Morales (2019) en “*Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica*” PP 12 – 13).

referencia la letra b) del art 237 del CPP no serían aptos según el legislador justamente porque los antecedentes dan cuenta de la falta de méritos. De igual forma, y con la incorporación de la letra c) en el artículo 237 se ve reforzada la noción de que un interés del legislador es que accedan a esta quienes cuenten con mayor posibilidad de reinserción, estando impedidos para ello justamente quienes demuestran en tiempo presente que no se adaptan a las condiciones impuestas por la SCP. Esta situación, tal como se explorará en los siguientes acápite, no se ajusta a lo que dicen investigaciones en la materia, que dan cuenta de los diversos elementos que afecta la re sociabilización de los sujetos.

De acuerdo a lo anterior, la capacidad de “resociabilización” de los sujetos informa por un lado su capacidad para adecuarse al tratamiento penal y cumplir con los objetivos del mismo, dicho de otro modo, una persona que no cumplió con dichos fines en el pasado no está capacitada para cumplirlos ahora. Así mismo, la estructura de “castigo – beneficio” se manifiesta no solamente en el ordenamiento penal nacional, sino que también el nacimiento de la libertad condicional como institución tiene como idea el premiar el buen comportamiento de algunos condenados.

Peligrosidad

El tema de la peligrosidad es quizás el más expresamente considerado por el legislador de turno al momento de crear las diversas leyes sobre penas alternativas. En este sentido, ya no basta con mirar únicamente el requisito propio de no tener antecedentes, sino que es importante armonizar el requisito con la idea de que la SCP no es aplicable para los imputados de delitos con penas superiores a 3 años y 1 día y/o a los imputados por ciertos delitos que para el legislador son especialmente peligrosos. Esta idea de que los imputados por ciertos delitos no puedan acceder a la SCP tiene como elementos centrales por un lado la noción de que a delitos de mayor gravedad se le corresponden penas de mayor intensidad, y por otro lado la noción de que el tipo de delito informa la existencia de personas peligrosas que lo cometen, los cuales no solo no merecen acceder a penas alternativas sino que también no están preparados para acceder al tipo de pena y procedimientos alternativo. Lo anterior es particularmente problemático en consideración de que no existe culpabilidad en la aplicación

de la SCP, quedando por tanto le mera expectativa de que se trata de una persona de esas características.

En este contexto es que para el legislador, y en general para la sociedad, la existencia de condenas penales da cuenta de la peligrosidad del sujeto en tanto su predisposición a cometer delitos al mismo tiempo que da cuenta de lo peligroso que podría resultar intentar el que cumpla su condena insertado dentro de su comunidad o bajo algún tipo de pena alternativa. Al respecto, la incorporación de la letra c del 237 con la Ley 20.253 no termina de ser armónica con lo dicho hasta el momento, pues tal como se señaló al momento de repasar la historia de su incorporación el requisito dice relación con la posibilidad de que exista espacio de impunidad, teniendo en ese sentido la letra c un vínculo más directo con la posibilidad de cumplir con el objetivo de reinserción y no con la peligrosidad de la persona, a juicio de esta investigación.

A pesar que los antecedentes delictuales tienen cierta utilidad como estándar de peligrosidad, lo cierto es que para atender a la adaptabilidad del sujeto a la hora de imponer una medida u procedimiento alternativo, se queda corto. Al respecto es posible traer a colación estudios como el realizado por Bertone et al (2013) en donde se explica que los predisposición a reincidir pasa por una serie de variables como lo son la escolaridad, el consumo de sustancias hasta incluso variables socio demográficas e históricas. Todo lo que en definitiva da cuenta de que el debate en torno a la peligrosidad del reincidente no puede ser explicado por sus antecedentes penales.

Política Criminal

Finalmente, uno de los elementos más importante que explican la exclusión de los reincidentes, se encuentra los objetivos de la política criminal y en tal contexto es efectivo que existe una intención por parte de los gobiernos y el legislador de otorgar una mayor sensación de seguridad a los ciudadanos, al mismo tiempo que trata de compaginar dicho objetivo con el de entregar herramientas a los condenados para su reinserción a la sociedad. En este sentido es que interesa en términos de política criminal que los objetivos de reinserción, que fundamentan en gran parte la inclusión de los procedimientos alternativos,

puedan cumplirse y para ello es necesario tener sujetos que sean más propicios a rehabilitarse por las vías alternativas y el principal criterio que justamente se usan para analizar la idoneidad de los imputados es justamente la peligrosidad. El mismo análisis se puede hacer respecto al objetivo de mayor seguridad y de transmitir dicha seguridad a los ciudadanos, en tanto las personas más peligrosas serán sentenciadas a penas más intensas.

Más allá de que es posible encontrar argumentos que se correspondan con diversos temas, lo cierto es que no se trata de un motivo inequívoco que sostenga la exclusión del reincidente de acceder a penas alternativas por medio de la SCP, sino que más bien se atienden a diversos materias que se corresponden con diversas problemáticas del derecho penal y del derecho procesal penal. De cualquier forma, los diversos motivos que se han señalado no satisfacen de forma tal que la investigación se pueda posicionar a favor de la exclusión en estudio, y más bien se considera redundante y hasta poco oportuna su inclusión, tal como se evidenciará más adelante.

Sin embargo, el posicionamiento propio de la investigación no puede negar la importancia práctica y política de esta institución. Es evidente que tiene un amplio uso y aceptación por los integrantes del ordenamiento jurídico penal, e incluso por las diversas legislaciones de la región latinoamericana. Sin perjuicio de esto último, lo que más se pondera por parte de los gobiernos son los resultados políticos que traen consigo este tipo de reformas. Búsqueda de eficacia y agilidad, que hagan sentir a la población que el sistema penal reconoce a las víctimas y entrega resultados no tan lejanos, hace que instituciones como la SCP sean relevantes, y sobre todo termina por relegar al grupo vulnerable reincidentes en un espacio de agravado castigo. A pesar de que se menciona en reiteradas oportunidades la imparcialidad de la actuación de la justicia, lo cierto es que responde a legislaciones y procesos con ambiciones políticas.

3.1.2 Comparación con otras legislaciones

La existencia de salidas alternativas al proceso penal no es un fenómeno particular de la legislación chilena, más bien se corresponde con un movimiento regional que propició las reformas procesales penales en miras de llegar a un proceso penal acusatorio, al mismo

tiempo de la necesidad de tener sistemas más modernos, rápidos y eficaces. En este sentido, la posibilidad de aplicar nuevas y diversas penas alternativas o sustitutivas, forma parte del interés de las diversas legislaciones. Conforme a mostrar el panorama general de la SCP, particularmente en su relación con los reincidentes, se compara la estructura general del art 237 CPP con algunos de los países de la región⁷⁷, siendo la fuente principal del acápite, la investigación realizada por Rue & Gonzales (2017) sobre el uso de los procedimientos alternativos en América Latina, particularmente en lo que refiere a la SCP.

En este contexto, lo primero que se aprecia es que es una institución pensada por lo general para delitos menos graves o si se quiere, menos lesivos. En este sentido, “se aprecia que los límites del tiempo de condena a la cual aplica van desde 1 año en el caso de Brasil, hasta los 8 años en el caso de Venezuela, sin perjuicio de que una parte importante de las legislaciones pongan el límite entre los 3 y 5 años.” De igual forma, “se establecen ciertas condiciones de procedencia y exclusión relacionadas a los tipos de delitos, ante lo cual se aprecia que en su mayoría las legislaciones deciden utilizar el procedimiento para delitos menos gravosos o lesivos, ya sea delimitando el uso a delitos culposos – por ejemplo – o excluyendo de la lista a delitos dolosos, delitos contra el fisco, o inclusive casos de justicia militar como en el caso de Brasil”. Sin perjuicio de esto último, también existen algunas legislaciones que no señalan un límite en el tipo de delito, pero que si excluyen en base al tiempo de condena y otros requisitos realiza la selección.

Respecto a estos otros requisitos, al caso chileno de la exclusión de personas con antecedentes penales, se suman con ese mismo requisito países como República Dominicana, Paraguay, Uruguay⁷⁸, Honduras, Guatemala, Bolivia, Brasil, entre otros. En general resulta evidente

⁷⁷ Los países a los que se refiere el estudio, son los siguientes; Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁷⁸ En el caso de Uruguay, ha cambiado la legislación en la materia. Actualmente se han eliminado este requisito y existen los siguientes;

ARTÍCULO 384. (Procedencia).- La suspensión condicional del proceso no procederá en los siguientes casos:

- a) cuando la pena mínima prevista en el tipo penal supere los tres años de penitenciaría;*
- b) cuando el imputado se encuentre cumpliendo una condena;*
- c) cuando el imputado tuviera otro proceso con suspensión condicional en trámite.*

que es uno de los requisitos más comúnmente utilizados por las diversas legislaciones de la región, aunque la formula puede ser más o menos amplia en cuanto puede referirse a reincidentes, condenados anteriormente por crimen o simple delito, o referirse únicamente a condenados por delitos dolosos. Otros requisitos que son interesantes respecto a su aplicación, es el caso de México o Colombia donde son las partes del juicio, y eminentemente la víctima, quienes tienen la decisión de oponerse o acordar este tipo de iniciativas, y en ambos casos nada se dice a la reincidencia de los imputados probablemente porque se le da una noción de carácter privada a la opción del procedimiento alternativo. Así mismo, algunas legislaciones estiman necesario que el imputado asuma su culpa para poder acceder a este tipo de procedimiento como lo es el caso de Costa Rica, Venezuela, entre otros.

Evidentemente no son requisitos que sean excluyentes entre sí, sino que muchas legislaciones tienen formular que combinan los ya mencionados e incluso innovan aún más o que por el contrario no establecen requisitos que no tengan relación con el tipo de delito o con el tiempo de duración de la posible pena, como es el caso de Argentina. Respecto a este país, vale señalar que existen dos regulaciones actualmente vigentes siendo una de ellas que opera exclusivamente en la provincia de Neuquén, pero que sin embargo comparte lo elemental con la otra legislación que se aplica en el resto del país. Lo interesante del caso es que la aplicabilidad – más allá del tiempo de condena – es bastante amplia, y en el caso de Neuquén existen mecanismo diversos al control del MP para fiscalizar el cumplimiento de las condiciones del imputado.

Realizado entonces el estudio, breve, sobre las diversas formas en que las legislaciones enfrentan la accesibilidad a la SCP, resulta claro que el artículo 237 del CPP no es muy diferente ni novedoso en relación al resto de las legislaciones en latinoamérica. De igual forma, se evidencia que existe una clara preocupación sobre los límites respecto a cuándo es aplicable la SCP, más que a la solución del conflicto en sí, y por lo mismo denota un interés por no dejar escapar la posibilidad de repechar o de parecer indulgente. A los ojos de los autores de la investigación, Rua & Gonzales, la existencia de tantos requisitos resulta problemática en relación a los fines que se proponen las reformas en materia procesal penal.

(Artículo 384, Código del Proceso Penal, 2016).

“creemos que si lo que se busca con este instituto es la solución del conflicto, teniendo presentes los intereses del imputado y la víctima, las excepciones a su procedencia debieran ser menores. El límite fijado por el monto de pena nada dice sobre el conflicto en sí, ni sobre la posibilidad de obtener una salida de calidad... Los ordenamientos procesales debieran ser más amplios en esta materia, permitiendo la procedencia de este tipo de acuerdos, sujetos a la satisfacción de la víctima y a la existencia de una respuesta de calidad. Rehenes del pensamiento inquisitivo y su tradición, continuamos bloqueados en la manera en que focalizamos los institutos procesales, más preocupados por límites punitivos que nada dicen sobre el conflicto en sí, y sin preocuparnos, en definitiva, por acuerdos que gestionen eficazmente los conflictos.” (Rua & Gonzales, 2017, p.22).

3.2 Análisis crítico de la exclusión de los reincidentes a los procedimientos alternativos

A lo largo de esta investigación, se ha descrito tanto el concepto de reincidencia y su aplicación práctica, como también la institución de la suspensión condicional del procedimiento permitiendo dar cuenta de los motivos por los cuales la salida alternativa en estudio no puede ser aplicada en casos de reincidencia. Sin perjuicio de esto último, igual de relevante para la investigación es poder determinar si es que dichos motivos se ajustan a los objetivos que tiene una institución como la SCP, de la misma manera que es importante analizar la legitimidad de la exclusión y de sus motivaciones en relación al tratamiento de los reincidentes en el sistema penal.

Con dichos objetivos en mente, el presente acápite realizará dichos análisis de la siguiente forma: 1 – Los objetivos de la SCP en miras de la exclusión del reincidente. 2 – Potencial práctico de la SCP. 3 – La reinserción en el uso de las penas alternativas. 4 – Legitimidad de

la exclusión de los reincidentes en la SCP y, 5 – Legitimidad de la exclusión de los reincidentes, y 6 - Las penas alternativas como penas principales.

3.2.1 Los objetivos de la SCP en miras de la exclusión del reincidente

Anteriormente en la investigación, con motivo de estudiar la consagración de la SCP en el derecho procesal penal principalmente a través de la historia de la Ley, se había establecido como objetivos de la salida alternativa principalmente la preocupación por la estigmatización y reinserción del delincuente, y en menor medida una preocupación de índole económica y práctica toda vez que las salidas alternativas permiten el descongestionamiento carcelario al mismo tiempo que agilizan los procesos penales, aliviando no solo al imputado sino también al Estado.

En este contexto, es correcto preguntarse si es que la exclusión que hace la SCP respecto de las personas con antecedentes se ajusta a dichos objetivos que dan pie a su consagración. Evidentemente la respuesta no es sencilla, y en realidad existen diversos elementos que deben ponderarse para poder dar con la respuesta. En este sentido, resulta lógico que la exclusión de los reincidentes no favorece al objetivo planteado sobre la disminución que hace el Estado en cuanto a procesos judiciales y mantenimiento de cárceles (independiente del tipo de cárcel), en tanto existe un porcentaje importante de imputados que tienen el carácter de reincidente. Tal como se mencionó en el primer capítulo de esta investigación, según Morales (2013) aproximadamente el 70%⁷⁹ de los condenados por régimen cerrado vuelve cometer delitos, mientras que aproximadamente un 27% de los condenados por régimen abierto reincide.

Sin embargo, los datos aportados no solo dan cuenta de que el requisito en cuestión resulta extremadamente limitante en la práctica, sino que además da cuenta de algo más relevante en miras de la SCP, esto es, los grandes niveles de reincidencia de los condenados en nuestro país, y particularmente en el caso de los condenados a régimen cerrado. En tal escenario pareciera que la SCP se erige como una contramedida a las altas tasas de reincidencia,

⁷⁹ Datos recopilados en Morales & Muñoz & Welsh & Fábrega, 2012, p. 32 y 94.

procurando permitir no solo la rehabilitación del imputado sino que también una preocupación por la reinserción del mismo en la sociedad. Ello lo hace a través del cumplimiento de una serie de requisitos en libertad que dan cuenta del esfuerzo del imputado por mantener un buen comportamiento y de alguna forma, reparar el daño causado. Además, existe una preocupación generalizada de que no se produzca una “contaminación criminógena”⁸⁰ a los denominados primerizos con aquellas personas que ya han cometido delitos y/o que cometen delitos de mayor gravedad, pues se entiende que ello facilita la reincidencia.

Sin perjuicio de lo mencionado en el párrafo anterior, es llamativo que no existe cuestionamiento alguno en relación a alguna explicación del por qué aquel condenado anteriormente a una pena tradicional, que evidentemente no le permitió rehabilitarse y reinsertarse, va a tener mayores posibilidades de reinserción cumpliendo nuevamente con una pena tradicional. Efectivamente, se puede señalar que ya por el hecho de haber sido condenado su capacidad de reinserción ha disminuido en comparación a aquellas personas que nunca han sido condenada, pero esta lógica no se ajusta al objetivo de reinserción, pues incluso concediendo que el reincidente tiene un menor potencial de rehabilitación ello no implica que es más apto a rehabilitarse por medio de penas tradicionales que por medio de penas alternativas. Esta situación deja relucir que en realidad la preocupación primera de la forma en que opera los procedimientos alternativos no es en realidad rehabilitación del denominado delincuente, sino que más bien tener menos condenados en el presente y futuro.

Otro elemento que no puede ser sino importante de tener en consideración, es que la institución de la SCP está pensada de forma tal que no sea de acceso para los imputados que sean considerados como peligrosos. En ese sentido se ve limitado el objetivo de la reinserción, en tanto las penas alternativas de la SCP son pensadas exclusivamente para aquellas personas que hayan cometido delitos que no sean considerados especialmente gravosos lo que termina por implicar, que el legislador considera que el objetivo de la reinserción mediante el uso de los procedimientos alternativos solo es posible en aquellos casos de imputados no acusados peligrosos. Ahora bien, como ya se mencionó en el segundo capítulo de la investigación. los criterios que se usan para atender a la peligrosidad son al

⁸⁰ Al respecto ver autores como Méndez (1996).

tiempo de la eventual condena (en abstracto), la comisión de delitos especialmente graves y justamente los antecedentes de los imputados.

De tal forma, existen 3 criterios para determinar la peligrosidad del imputado, dos de las cuales se fundan en los hechos por los cuales es juzgado, y un 3º en base al historial delictivo del imputado. Para este trabajo no existe ningún problema con los dos primeros criterios, son incluso deseables en atención a que probablemente se cumpla la condena en libertad, sin embargo en cuanto al criterio de los antecedentes hay un problema de orden teórico y práctico, pues perfectamente se puede dar el caso de que la condena anterior se por un simple delito que puede ser muchísimo menos lesivo que el delito por el cual está siendo imputado un 3º que puede acceder a la SCP. Hipotéticamente el caso en que un imputado anteriormente condenado por el delito de interrumpir la libre circulación mediante el uso de la “violencia” (art. 268 septies del CP⁸¹) en comparación a quien actualmente es imputado – por primera vez – al delito de abandono de menores en un lugar solitario (349⁸²) y que tiene una condena asignada más elevada. En ese tipo de casos el criterio se presta para ser contraproducente con el objetivo al que trata de contribuir, sin dejar de lado que los otros dos criterios ya son indicadores suficientes de lo peligroso que puede ser una persona, aunque aun manteniendo el criterio sería favorable una aplicación más casuística.

Ahora bien, ya se hizo referencia con motivo de la peligrosidad a que estudios como el de Bertone et al (2013) demuestran que los antecedentes criminales no pueden ser el único criterio atendible a la hora de establecer la peligrosidad de alguna persona. Al respecto estudios como el de Esbec et al (2003) dan cuenta de cómo la peligrosidad ha tratado de ser estudiada a partir de métodos clínicos y estadísticos, de los cuales se observan que las variantes usadas para los fines propuestos exceden ampliamente el historial criminal de cada sujeto, lo que en otras palabras implica que el criterio usado por el legislador no puede ser inequívocamente el de los antecedentes, y que en realidad es bastante factible hacer un

⁸¹ El que, sin estar autorizado, interrumpiere completamente la libre circulación de personas o vehículos en la vía pública, mediante violencia o intimidación en las personas o la instalación de obstáculos levantados en la misma con objetos diversos, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Idéntica pena se impondrá a los que, sin mediar accidente o desperfecto mecánico, interpusieren sus vehículos en la vía, en términos tales de hacer imposible la circulación de otros por esta. (Inciso 1º Artículo 268 Código Penal)

⁸² El que abandonare en un lugar solitario a un niño menor de diez años, será castigado con presidio menor en su grado medio. (Artículo 349 Código Penal)

estudio íntegro sobre cuáles son las medidas propicias para el sujeto al cual se le pueden aplicar las condiciones propias de la SCP.

En razón de lo señalado hasta el momento, pareciera propicio señalar que de acuerdo con los objetivos de la SCP la posibilidad de integrar a la persona con antecedentes penales de simple delito o crimen resulta adecuada. Sin embargo, ello implicaría no sólo un mayor gasto en términos de recursos para la SCP sino que más importante que ello una importante voluntad política y social.

Más allá de todo el negocio que existe con la concesión de las cárceles, resulta evidente que como sociedad existe una clara sensación de inseguridad ya no solo por las cifras reales de delincuencia, sino que también el papel que juegan los medios de comunicación en la materia. Para ilustrar lo recientemente señalado se puede hacer uso de los estudios realizados por instituciones como el INE, que anualmente publica anuarios sobre tasas de victimización y tasas de percepción de inseguridad.

Para la presente investigación se usará la última versión disponible, siendo esta la del año 2020 donde por lo demás fue el momento de la crisis sanitaria donde las medidas de confinamiento eran las más intensas y por lo mismo era menos probable que la gente estuviera en la calle. Los resultados en líneas generales indican que la tasa de victimización en la mayoría de los delitos ha bajado o se ha mantenido relativamente similar todos los años y que en contramedida la tasa de percepción de aumento del delito ha aumentado consistentemente en los últimos años, llegando al 84% de encuestados con dicha percepción. Otra cara de lo mismo es la importancia que ha adquirido los ejes de seguridad en las campañas políticas, en el debate constitucional y en la reacción de los gobiernos de turno que periódicamente presentan agendas cortas anti delincuencia. Esto misma situación era latente hace ya 10 años, tiempo en el cual Horvitz (2012) señalaba entre otras cosas que las encuestas eran la reproducción de lo señalados por los medios de comunicación masivo, lo que a su vez responde a un crecimiento del aparato preventivo, y no solo estatal sino que también privado.

En función de ello se hace complejo conciliar la pretensión de incluir al reincidente en este tipo de medidas, es difícil combatir contra los estigmas que ya tiene una persona condenada y por lo mismo la confianza que podría tener la comunidad donde cumpliría sus condiciones podría no existir.

Finalmente, un último elemento que parece interesante discutir respecto a la conciliación de la exclusión del reincidente con los objetivos de la SCP es el papel que juega la participación de las partes en el mismo, en cierto sentido concretizando algunos aspectos de la justicia restaurativa. En este sentido, se entiende que uno de los aspectos a rescatar dentro de la SCP era el papel que juega el imputado al aceptar realizar las condiciones que se le imponen, dotando por lo tanto de relativa importancia la autonomía como sujeto racional del imputado lo que se imposibilita para la persona con antecedentes, produciéndose de tal forma una contradicción en el tratamiento de dicho imputado. Por un lado, “como es un ser humano autónomo sin ningún tipo de impedimento mental se le puede aplicar una condena, pero por otro pierde dicho reconocimiento al ser impedido de la posibilidad de acceder a la SCP”. De cualquier forma se subentiende que el los motivos por los cuales el potencial reincidente no accede a la SCP no pasa por que no se le considere capaz, sin embargo es un aspecto que tiene lugar en la discusión.

3.2.2 Potencial práctico de la SCP

Tal como se trabajó en el acápite 2.1.3 de esta investigación, la salida alternativa en estudio es de alto uso por parte fiscalía, constituyéndose de tal forma, como una de las formas de descongestión del proceso penal más importante que existe actualmente. En este sentido, el estudio se posiciona a favor de la existencia y mantenimiento de la salida alternativa, sin embargo, conforme a lo señalado respecto al objetivo de descongestión y disminución de los costes, la inclusión de los reincidentes a la SCP implicaría un aumento importante dentro del proceso penal. Lamentablemente para poder realizar el cálculo del aumento que significa la inclusión de los reincidentes es necesario obtener los datos de reincidencia por tipo de delito en cuanto su condena en abstracto, lo que está fuera de los alcances para esta investigación.

Sin perjuicio de esto último, es posible encontrar investigaciones sobre la reincidencia por tipo de delito penal, lo que si bien no permite realizar un cálculo exacto si permite tener un escenario más completo. En este sentido, la investigación realizada por Fábrega et al (2014), da cuenta justamente de una especialización que se evidencia justamente en las tasas de reincidencia en los tipos de delitos. Uno de los más interesantes a tener en consideración, es

por ejemplo el delito de hurto, que dependiendo de la cuantía del objeto hurtado es susceptible den aplicarse la SCP, que tiene un índice de reincidencia sobre el 70%, en el caso de las lesiones sobre el 23% y en el caso de leyes referidas al tráfico, sobre el 51%. De igual forma es importante tener en consideración que el ingreso a la cárcel implica juntamente a una mayor posibilidad de reincidir, una mayor especialización del delito, según la fuente en cuestión

“Específicamente, se observó una especialización de un 65% de la población reincidente, es decir, aproximadamente dos tercios de las personas que egresan de la cárcel y reinciden, se especializarán en una categoría delictual”. (Fábrega et al, 2014, p.536).

En los siguientes acápite se podrá evidenciar justamente como el uso de las penas alternativas puede ser útil justamente para reducir los índices de especialización delictiva, y por tanto los niveles de reincidencia. Ahora bien, es innegable que implica un problema de justicia y de reproche elementalmente, que aquella persona que ha cometido el mismo delito 10 veces tenga las mismas posibilidades de acceder a la SCP que una que ha cometido el delito una sola vez. En ese sentido resulta más conveniente una observación de los requisitos del 237 del CPP más casuística que elemental, o que la desaparición total del requisito.

3.2.3 La reinserción en el uso de las penas alternativas

Sin perjuicio de que la SCP sea una institución pre-condena, lo cierto es que la imposición de sus requerimiento para con el imputado, existe una evidenciada similitud con las penas alternativas, lo que permite observar de qué forma una utilización ampliada de mecanismo como la SCP puede ser de utilidad para el objetivo resocializador.

En este sentido, y con la intención de comprender integralmente cuál es el beneficio que puede aportar el uso extendido de la SCP, es menester abarcar cuales son las estadísticas e

índices de reinserción y rehabilitación de las personas que se someten a penas alternativas. Así, conviene tener en perspectiva la situación en la que se encuentran las personas que entran a regímenes cerrados, o más expresamente a penas de prisión, es así como según Morales (2013) el índice de reincidencia para la época era de un 70% en el régimen cerrado.

Con este punto de partida el presente acápite tiene como fuente principal el trabajo realizado por Olmedo (2020) sobre la reincidencia en régimen abierto. Especialmente es de interés los datos entregados acerca de la remisión condicional, la libertad vigilada, libertad vigilada intensiva y otras medidas alternativas que componen mayoritariamente el tipo de pena sustitutiva que cumplían los condenados a subsistema abierto. Uno de los elementos que resulta interesante tener en perspectiva, son los porcentajes de revocación de las penas sustitutivas, en donde se evidencia que es el trabajo en beneficio de la comunidad, la reclusión parcial nocturna y parcial las con más altos índices de revocación, mientras que por el otro lado, en el caso de la remisión condicional de la pena el índice de revocación alcanza el 1%. En cuanto a los índices de reincidencia propiamente tal, los índices de reincidencias se aprecia que entre el ciclo de años del estudio 2014 – 2016 la reincidencia en el caso del uso de las penas alternativas es de un 22%. Respecto a la reincidencia por tipo de pena sustitutiva se aprecia lo siguiente según Olmedo (mencionar que PSBC significa pena sustitutiva de prestación de servicios a la comunidad);

“Estos datos permiten dar cuenta de la efectividad o no de la intervención en las respectivas penas sustitutivas, ya que, por ejemplo en el caso de la PSBC, la tasa de reincidencia de los egresados fue bastante alta (35%), muy superior a la de la libertad vigilada, la libertad vigilada intensiva y la remisión condicional, por lo que en principio no se podrían sacar conclusiones positivas sobre la aplicación de este mecanismo como pena sustitutiva, dada la falta de efecto inhibitorio en la conducta delictual de sus egresados. Una conclusión similar podría sacarse en el caso de la reclusión parcial, dado su alto porcentaje de reincidencia (31%), aunque ésta ha mostrado una mayor tendencia a la baja.” (Olmedo, 2020, p. 54).

Otro elemento que resulta especialmente importante para esta investigación, son los datos obtenidos respecto al ingreso al subsistema abierto de aquellas personas reincidentes, lo que importa para estos efectos en la medida que da cuenta de que a pesar de los esfuerzos por excluir a los reincidentes de la SCP finalmente tienen cabida en la aplicación de penas alternativas. Incluso más importante, es dar cuenta de los niveles de reincidencia de los reincidentes a los cuales se les aplican penas sustitutivas.

“Del total de casos que reinciden, solo 993 cuentan con información de un segundo egreso, correspondiendo este grupo al total de las personas sobre las cuales se construyeron trayectorias, correspondiente al 5,4% del total de la población reincidente, equivalente, según ya se mencionó, a 18.218 personas... dentro del grupo de 993 personas, se observó que más de la mitad desarrolló una trayectoria horizontal, es decir, su segundo egreso fue de la misma pena sustitutiva que el primero. En el caso de quienes tienen egresos posteriores de una pena más gravosa que la primera, dando lugar a la llamada trayectoria regresiva, el porcentaje arrojó un 23% del total de reincidentes. Por último, en el caso de las trayectorias progresivas, correspondientes al caso en que el segundo egreso de una persona es de una pena de menor complejidad que la inicial, se observó un porcentaje de un 20,9%” (Olmedo, 2020, p. 62).

La información aportada por Olmedo, da cuenta justamente de la efectividad que tienen las penas alternativas en el tratamiento de personas que son reincidentes, y que como se observó en el estudio de la historia de la Ley existía un temor sobre la menor capacidad de reinserción de dicha población. Vale señalar que el escenario planteado no da cuenta de todo el panorama, en la medida que se trabaja sobre reincidentes que alguna vez les fue aplicada una pena sustitutiva, sin perjuicio de que las penas sustitutivas contenidas en la Ley 18.216 pueden aplicarse como reducción de una pena de cárcel. Para que el panorama sea mejor percibido se hace presente que entre los años 2014 a 2016 el 70% de las personas que pasó

por el subsistema abierto cumplió la condena íntegra, mientras que el otro 30% pasó como rebaja de su pena inicial.

La investigación de Olmedo permite abrazar una ilusión respecto al potencial resocializador con el cual cuenta la SCP para tratar los casos de reincidencia, en la medida que las condiciones impuestas a los imputados sean similares a las descritas en los párrafos anteriores. Además que da cuenta de que estos mismos reincidentes que no acceden pre condena a medidas alternativas, tienen otros medios posteriores a la condena en donde accederán a estas, lo que permite inferir que en términos de eficacia tiene mucho más sentido el permitirles acceder de forma previa.

3.2.4 La triple valoración del potencial reincidente

Se ha mencionado de forma separada, como es que el concepto de reincidente y la consagración de la SCP en el proceso penal, no son armónicas con el resto de principios y garantías del proceso penal. Sin embargo la inclusión de la letra b) en el 237 del CPP añade al debate un nuevo elemento de discusión.

De forma inminente es menester señalar que la prohibición de la doble valoración no solo es obviada, sino que además se da un caso de triple valoración en el caso de la negativa a quienes son declarados como culpables en juicios donde se negó la SCP producto de contar con antecedentes. De tal forma, la primera valoración viene de la condena misma al hecho que forma parte de los antecedentes del imputado, mientras que la segunda existe en la medida que el imputado es inelegible para la aplicación de las condiciones propias del procedimiento alternativo, negativa que en definitiva conduce a que sujeto tenga el respectivo juicio de culpabilidad, donde en el caso de ser declarado culpable verá agravada su condena justamente por ser reincidente, valorándose por 3^o vez el hecho que dio cuenta del antecedente.

Por otro lado, el problema recién presentado puede mirarse desde la posibilidad de que el imputado sea declarado inocente, momento en el cual dejaría de ser reincidente a pesar de haber sido valorado el hecho que consta en sus antecedentes dos veces al momento de la

posible aplicación de la SCP, por lo que independiente del resultado del juicio de culpabilidad estaríamos frente a un problema de armonización.

De cualquier forma, lo más importante al respecto es si es que de alguna forma se justificaría dicha triple valoración, pues como ya se ha visto con motivo de la SCP se ha mencionado que para esta investigación existen objetivos que permitan excepciones a principios como el de legalidad o garantías como el de juicio previo. La respuesta a ello implica aceptar que tal como se concibe actualmente la SCP, en relación a su estructura y objetivos, sería una consecuencia asumible, mas no deseable.

3.2.5 Legitimidad de la exclusión de los reincidentes en la SCP

Llegado hasta este punto del trabajo, se ha hecho lo posible por incorporar la mayor cantidad de elementos que permitan ponderar y valorar la existencia de la letra b) del 237. Se ha dejado en evidencia que la SCP como mecanismo tiene muchas ventajas, así como también problemas propios de una institución excepcional dentro del proceso penal. De igual forma, se ha dejado de manifiesto cómo la mera consideración de la reincidencia resulta extremadamente disruptiva, sin embargo ha de aceptarse como un concepto arraigado en el funcionamiento normal del ordenamiento penal, por lo que no forma parte de esta investigación el tratar de subvertir cuya aceptación. Sin embargo, su forma es materia de discusión si el reincidente – en su condición de tal – debe ser excluido la SCP y si dicha exclusión es legítima.

El asunto sobre la legitimidad dentro del derecho penal, y en particular sobre la legitimidad del castigo, ha sido objeto de innumerables discusiones a lo largo del tiempo. Una de las problemáticas más evidentes dice relación con el vínculo que existe entre el castigo y la pobreza, y que la profesora Lorca (2021) ha delimitado de forma que interesa para este trabajo, pues no se trata de si corresponde o no el castigo, sino de si la autoridad está autorizada para aplicar dicho castigo. Si bien el problema de la pobreza y de la reincidencia no es el mismo, si están vinculados según lo señalado en el primer capítulo en cuanto a la forma en que el estado se ha relacionado con dichas personas.

Hay que tener en consideración que, así como otros grupos abandonados por el Estado, los reincidentes⁸³ forman parte de los denominados grupos vulnerables. Tal como se evidenció en el acápite 1.3 la existencia del reincidente, que deviene de los condenados y especialmente en los privados de libertad, tiene su razón de ser justamente en la incapacidad del Estado. Incapacidad del Estado no solo en la confección de políticas y programas que logren el objetivo de la reinserción, sino que también en un maltrato físico, psíquico, territorial que se expresa incluso desde antes de la imposición de la condena. Desde la deserción educacional, en el paso por el Sename y en los niveles de pobreza de la mayoría de los condenados y reincidentes de este país.

Otro aspecto que es necesario considerar a la hora de sacar conclusiones sobre la legitimidad de esta prohibición, es el asunto relativo a la democratización de los espacios carcelarios, y en general de los condenados. Sin entrar a problematizar sobre lo que implica el concepto democratización, en este caso dice relación directamente con el derecho a sufragio del cual se ven privados aquellos condenados a penas afflictivas, ello sin perjuicio de que la SCP impida su acceso también a los condenados por simple delito. Autores como Kindhauser (2008) han tratado el tema con relación a la culpabilidad, señalando la necesidad de que el imputado tenga la posibilidad de cumplir la doble función de destinatario y autor. De igual forma Marshall (2019, pp. 553 – 554) ha estudiado el asunto en relación a como la privación del sufragio se corresponde con los fines de alguna pena, teniendo como conclusión que “no puede explicarse en términos de incapacitación, rehabilitación o disuasión, y cuando se argumenta que puede desempeñar una función retributiva, se llega a la conclusión de que no hay razones como para preferirla por sobre otras formas de castigo”

Tenemos por tanto dos problemas importantes en cuanto a la legitimidad que apuntan principalmente a la condición de reincidencia como tal, las cuales dan pie a realizar el cuestionamiento pertinente sobre el tema en estudio. De esta forma, se ha tratado en el “segundo capítulo” de los objetivos de la SCP y de los beneficios que importa el aplicar medidas alternativas – que se extrapolan a las condiciones del susodicho procedimiento alternativo –, lo que permite entender en definitiva que la letra b) no hace otra cosa que negar

⁸³ Con la precisión necesaria de que no se trata de todos los reincidentes en sentido estricto, puesto que habrá casos donde el reincidente o bien no cumplió nunca con pena de prisión o bien que si se vio asistido por el Estado durante su vida, en contraposición a lo señalado en el acápite respecto a los grupos vulnerables.

mayores posibilidades de resocialización a quienes han sido abandonados por el Estado y a quienes se les ha privado de participar en la vida democrática en la confección de legislación ¿En qué medida un Estado puede declarar la incapacidad de rehabilitarse y de reinsertarse de un sujeto al cual no se le han entregado las herramientas para ello? Y más allá aún, ¿cómo puede ser legítimo castigar a quien se le ha impedido la posibilidad de deliberar sobre su propio destino? No se trata de quitar toda responsabilidad del sujeto, pues se estaría negando así su propia condición humana, pero sí de cuestionar cómo pueden existir otras formas de hacerse cargo del problema, más que la continua criminalización de las mismas personas una y otra vez a lo largo de su vida.

Es en este contexto en que resulta difícil para el presente estudio el poder considerar legítima la exclusión de los reincidentes del ingreso a las distintas salidas alternativas comprendidas en el CPP, más aún en la SCP que es la institución de estudio. Para ello es menester avanzar integralmente en políticas públicas y programas con reales efectos en la reinserción de los condenados a la sociedad y avanzar en permitir el voto a quienes se encuentran cumpliendo penas en régimen cerrado, entre muchas otras tareas que tiene el Estado y la comunidad por delante.

Finalmente, y sin perjuicio del posicionamiento de esta investigación, resulta evidente que la pregunta por la legitimidad no es la única que se realiza, si es que se la realiza, el legislador a la hora de consagrar este tipo de instrucciones.

3.2.6 Las penas alternativas como penas principales

A lo largo de la investigación se ha mencionado en reiteradas ocasiones las problemáticas latentes en la inclusión de la SCP respecto al resto del proceso penal, y en particular recientemente la problemática de la negativa a los reincidentes a dicho procedimientos. Resulta sin embargo que, con ocasión del estudio de otras legislaciones, “se han integrado nuevos elementos” respecto a cómo puede tratarse las problemáticas reconocidas en este trabajo.

En particular desde la legislación inglesa se hace presente la noción de que las penas alternativas formen parte del catálogo de penas principales. Vale señalar por lo demás que dentro de las mismas se ubica la remisión condicional, lo que en términos prácticos es casi idéntico a la SCP sin tener los problemas de falta de juicio previo y sin tener una negativa inmediata a los reincidentes⁸⁴. La escala de graduación de la pena en el sistema inglés va desde la liberación sin cargos, pasando por las multas, las sentencias comunitarias hasta llegar a la pena de cárcel, que luego puede ser entera o combinarse con alguna de las otras penas.

Esta graduación de las condenas en el sistema inglés resuelve además los problemas referidas al mensuramiento de la peligrosidad, puesto que opera de forma mucho más retributiva en tanto a cierto nivel de intensidad del delito existe un nivel de respuesta punitiva. Sobre todo y más importante, sin dejar de lado el reproche del estado con la imposición de la pena resulta más plausible cumplir con los objetivos de reinserción y rehabilitación que inspira a la SCP.

⁸⁴ No es que en el caso inglés no se considere para nada las condenas anteriores, más bien es el hecho de que no excluyen al reincidente de la aplicación de penas alternativas. *“De lo anterior además queda en evidencia que los mecanismos alternativos establecidos en la ley (liberación sin cargos, penas financieras y comunitarias) no están destinados exclusivamente para infractores primerizos, sino que precisamente estas concebidos para hacer frente a la delincuencia en aquellos casos de baja y mediana gravedad, debiendo considerar la reincidencia para agravar la pena, pero sólo pudiendo imponer una pena de cárcel en el caso que el delito sea lo suficiente serio, debiendo por lo tanto, siempre preferir las alternativas. (Castro et al, 2013, pp. 828).*

Conclusiones

1. La premisa de la investigación era poder comprender y analizar críticamente cuales son los fundamentos que explican la exclusión de los así denominados reincidentes, considerado a los mismos como grupo vulnerable, al acceso a la suspensión condicional del procedimiento del artículo 237 del Código Procesal Penal. Tal como se observa en los trabajos citados por esta investigación, el concepto de la reincidencia tiene diversas aristas y criterios de análisis, incluso en su consagración legal es posible observar diferencias. Sin perjuicio de ello, resulta evidente que es una figura particular y disruptiva en relación a los principios y normas de responsabilidad penal. No obstante lo disruptivo de la figura, esta tiene una amplia acogida y aplicación en el ordenamiento penal. En particular para efectos de esta investigación, siempre ha estado ligada a los requisitos para acceder a las penas y procedimientos alternativos.
2. De la misma forma, se ha subsumido a la población de reincidentes como grupo vulnerable, en el sentido que su existencia tiene su razón de ser en el constante abandono del Estado y marginación de índole Institucional, lo que de ninguna forma implica que no exista responsabilidad penal. De la misma forma, existe una especial preocupación por las condiciones carcelarias en Chile, que en la teoría son los lugares de rehabilitación de los condenados a régimen cerrado.
3. En cuanto a la suspensión condicional del procedimiento, se entiende que su inclusión en el CPP se enmarca dentro de la reforma al sistema penal, pero que al mismo tiempo es una excepción a la garantía de juicio previo y al principio de oficialidad, otorgando mayor protagonismo a las partes del proceso. En dicho sentido se ha presente como una figura sumamente excepcional en relación a las garantías y principios que informan el proceso penal.

4. De la comparación con la Ley 18.216 sobre penas alternativas y del análisis de la historia de la Ley del CPP y de la propia Ley 18.216 se concluye que su consagración tiene como motivos fundamentales la preocupación por la reinserción de los condenados, así como razones de índole económica que permitiera agilizar el sistema penal. De igual forma, se hace presente que existe una preocupación del legislador por establecer requisitos enfocados a que no puedan acceder a las mismas individuos que puedan ser considerados como peligrosos.
5. Se constata la importancia práctica que tiene la SCP como parte integrante del proceso penal, siendo así una de las vías más usadas por los jueces y la fiscalía para finalizar procesos judiciales. En concreto, durante los últimos 5 años ha representado entre el 11% y 20% de términos de procesos, existiendo un bache en los años correspondientes a las medidas de confinamiento más estrictas entre 2019 y 2020.
6. El origen de la suspensión condicional del procedimiento, y en particular de la libertad condicional y sus derivaciones, es la *probation and parole* del derecho anglosajón y la *suris* del derecho continental. Estas instituciones nacen como esfuerzos más personalizados de fiscalizar la rehabilitación y re sociabilización de los condenados, y han evolucionado de forma paralela para convertirse actualmente en un catálogo relativamente amplio de penas así llamadas alternativas.
7. Del estudio de los dos primeros capítulos se concluye que los fundamentos por los cuales se excluye a los reincidentes del acceso a la suspensión condicional del procedimiento son los siguientes: 1 – Costumbre, en tanto ha sido un requisito que aparece incondicionalmente en las formas de pena remitida desde su primera consagración, sin ser cuestionada hasta la actualidad. 2 – Reinserción, en el entendido que aquella persona que ya ha sido condenada se entiende como una persona menos susceptible de rehabilitación. 3 – Peligrosidad, en cuanto los antecedentes personales de los individuos dan cuenta de la peligrosidad de cada sujeto y los posibles riesgos que ello implica en una pena alternativa, y 4 – Política Criminal, en la medida que es

necesario otorgarle seguridad a los ciudadanos y que se cumplan los objetivos de reinserción.

8. Que la formula usada por el legislador para consagrar la suspensión condicional del procedimiento y excluir a los reincidentes de la misma, es utilizado en otras legislaciones de Latinoamérica, sin perjuicio del uso de otros requisitos y fiscalización. De la misma forma, se hace evidente una preocupación regional eminentemente punitiva en la forma en que se comprende a la institución de estudio.
9. Que en realidad el uso de las penas alternativas otorga mucha más posibilidades a los condenados de rehabilitarse y reintegrarse a la sociedad que el cumplimiento constante de penas tradicionales, particularmente relacionadas al uso de la privación de libertad. De igual forma, se constata que incluso para el caso de los reincidentes, el porcentaje de rehabilitación – en tanto no exista nuevamente reincidencia – es mucho más alto en aplicación de las penas alternativas. Se hace evidente que la reincidencia como criterio de peligrosidad, más allá de ser discriminatoria, es sobreabundante y puede ser hasta contraproducente con los fines perseguidos por la suspensión condicional del procedimiento.
10. Que un cambio en la formulación del requisito puede implicar una mayor aplicación de la suspensión condicional del procedimiento, lo que se conjuga con el interés de abaratar y agilizar el proceso penal, así como el de descongestionar la cárcel. De la misma forma, la posibilidad de acceder a las condiciones propias del artículo 238 del CPP y las que se lleguen a acuerdo en juicio, abre la posibilidad a potenciar los efectos de la SCP en materia de resocialización.
11. Que la existencia del requisito de exclusión de los reincidentes en el Art 237 del CPP es contrario al principio del non bis in ídem, así como también contrario a la garantía de que todo condenado debe ser declarado culpable en juicio previo.

12. Por otro lado, para esta investigación no existen razones que puedan dar legitimidad al requisito en estudio, sin perjuicio de comprender que cuando se trata del castigo, la legitimidad no es la preocupación más importante para el Estado, y que en ese sentido, la eficacia práctica de la institución es indiscutible.

13. Que finalmente existe la posibilidad de estudiar legislación comparada como la inglesa, que hace uso de las penas alternativas como penas principales, solucionando gran parte de los problemas identificados en esta investigación.

Bibliografía

- Alonso, Juan Manuel 2019. “Notas Sobre El Principio De Oportunidad Procesal.” *Revista de Derecho UNED*, no. 25 (July): pp. 813–35. <https://search-ebshost.com.uchile.idm.oclc.org/login.aspx?direct=true&db=fap&AN=142405591&lang=es&site=ehost-live>.
- Aranda, D. (2021). “Origen de la libertad condicionada y su evolución en el sistema jurídico mexicano”. *Revista Derecho & Opinión Ciudadana*, Instituto de Investigaciones Parlamentarias, Congreso del Estado de Sinaloa, año 5, número 9, ISSN en trámite, enero - junio 2021, pp. 126-152.
- Baratta, Alessandro. (1986). “Criminología crítica y política criminal alternativa” en Baratta, Alessandro. “Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal” Siglo veintiuno editores argentina, Buenos Aires, Argentina.
- Bertone, Salvador; Domínguez, María; Vallejos, Miguel; Muniello, Jessica; López, Pablo. “Variables asociadas a la reincidencia delictiva”. *Psicopatología Clínica Legal Forense*, ISSN 1576-9941, Vol. 13, N°. 1, 2013, pp. 47-58. <file:///C:/Users/drhir/Downloads/Dialnet/VariablesAsociadasALaReincidenciaDelictiva-6380084.pdf>
- Cofré, L. (2011). “Idas y vueltas de la reincidencia en América Latina: estado de la normativa en Argentina, Colombia, Perú y Chile”. *Revista debates penitenciarios*. 2011. N°16, pp. 3 -18.
- Decreto con Fuerza de Ley 1. Diario Oficial de la República de Chile, 27 de Diciembre de 2007.
- Departamento de Estudio de la Defensoría nacional. (2014). *PENAS SUSTITUTIVAS DE LA LEY N° 18.216: Minuta N°2/ 2014/ Enero*. Santiago, Chile.
- Esbec, E., y Fernández, O. (2003). “Valoración de la peligrosidad criminal (riesgoviencia) en psicología forense”. *Instrumentos de evaluación y perspectivas. Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 3 (2), pp. 65-90.

Estadística General, Gendarmería de Chile cifras actualizadas al 30/06/2021 en <https://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticaspp.html>

Fábrega, Jorge; Morales, Ana María; Muñoz, Nicolás “Delito y especialización en Chile”.
Polít. crim. Vol. 9, N° 18 (Diciembre 2014), Art. 7, pp. 521-542.

Fuentealba, T. (2016). “Factores que Inciden en la Reincidencia de los/as adolescentes infractores de la Ley Penal”. Universidad de Chile.

Fiscalía, Boletín Estadístico Enero – Diciembre 2017. 2017, Santiago, Chile.

Fiscalía, Boletín Estadístico Enero – Diciembre 2018. 2018, Santiago, Chile.

Fiscalía, Boletín Estadístico Enero – Diciembre 2019. 2019, Santiago, Chile.

Fiscalía, Boletín Estadístico Enero – Diciembre 2020. 2020, Santiago, Chile.

Fiscalía, Boletín Estadístico I Trimestre Enero – Marzo 2021. 2021, Santiago, Chile.

Gendarmería de Chile (2018). Población femenina privada de libertad. Cifras de Chile y otros países al 30-11-2018. Sin referencia editorial.

Hassener, Winfried; Muñoz, Francisco. (2012). “El otro protagonista: La víctima” en Hassener, Winfried; Muñoz, Francisco. “Introducción a la criminología y a la política criminal”. Tirant lo Blanch, Valencia, España.

Historia de la Ley N° 19.696: Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Diario oficial de la República 2018.

Historia de la Ley N° 18.216. Establece medidas que indica como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad y deroga disposiciones que señala. Diario Oficial de la República 1983.

Horvitz, María Inés. (2012). “Seguridad y Garantías; Derecho Penal y Procesal Penal de la Prevención de Peligros”. Revista de Estudios de la Justicia, N° 16, Año 2012, pp. 99-118. .

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2018). “Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile; Diagnostico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en la Privación de Libertad.”. Sin referencia editorial.

- Instituto Nacional de Estadísticas. 17ª Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (2020).
- Kindhauser, Urs (2008). “Culpabilidad Jurídico - Penal en el Estado Democrático de Derecho”; en Kindhauser, Urs; Mañalich, Juan. Editorial Bdef, Buenos Aires, Argentina. “Pena y Culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho”. pp. 211 – 228.
- Ley N° 18.216. Diario Oficial de la República de Chile, 14 de Mayo de 1983.
- Ley N° 19.696. Diario Oficial de la República de Chile, 29 de Septiembre del 2000.
- Ley N° 19436, Diario oficial de la república de Uruguay, Noviembre del 2016.
- Ley N° 20.000. Diario Oficial de la República de Chile, 2 de Febrero del 2005.
- Ley N° 7.821. Diario Oficial de la República de Chile. 29 de agosto de 1944.
- López, Julián. Horvitz, María Inés. (2002). “Derecho Procesal Penal Chileno”. Editorial Jurídica de Chile Santiago, Chile, pp. 64 - 71.
- Lorca, R. (2008). “Criterios Para la Solución del Concurso de Delitos. Departamento de Estudios Defensoría Nacional”. Sin referencia editorial.
- Lorca, Roció & otros. (2021). “Derecho y Pobreza”. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, España.
- Lübbert Alvarez, Valeria. 2007. “La suspensión condicional del procedimiento”. Santiago, Chile: Universidad de Chile - Facultad de Derecho.
<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113002>
- Maldonado Fuentes, Francisco. (2015) “Efectos del Cumplimiento de la Condena Precedente en el Acceso al Régimen de Penas Sustitutivas Previstas en la Ley 18.216: Consideraciones sobre el Estatuto Aplicable a la Reiteración Delictiva, al Margen de la Agravante de Reincidencia”. *RDUCN*. 2015, vol.22, n.2.
- Manhke, Andrés. “La defensa penal pública en el sistema interamericano” en “Cuadernos de difusión N°10”. Publicación del Centro de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Mañalich, J. (2011). “El principio de *Ne bis In Idem* en el Derecho Penal Chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*. 2011. N°11, pp. 139-169.

- Marshall Barberán, Pablo. (2019). “La privación de derecho a sufragio como castigo en la órbita del common law: análisis crítico”. *Política criminal*, 14(28), pp. 520-561. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200520>
- Martínez de Zamora, A. (1971). “La reincidencia”. Murcia, España. Sin referencia editorial.
- Maruna, Shadd/ McNeill, Fergus/ Robinson, Gwen (2014). Castigo en sociedad: La improbable persistencia de la probation y otras sanciones y medidas comunitarias. *Revista de política criminal*. Vol. 9, N° 17, pp. 147-181.
- Matus, Jean. (2009). “Texto y Comentario del Código Penal Chileno Tomo I”. Editorial Jurídica, Santiago, Chile.
- Medina Cofré, A. (2011). “La reincidencia propia específica en la jurisprudencia”. Universidad de Chile.
- MINEDUC. (2016). “Derecho a la educación y personas privadas de libertad”. Gobierno de Chile, sin referencia editorial.
- Ministerio de Justicia & Gendarmería de Chile. (2012). “Informe final de evaluación de programas de rehabilitación y reinserción social”. Gobierno de Chile, sin referencia editorial.
- Morales, A. (2013). “Redescubriendo la libertad condicional”. Fundación paz ciudadana, Santiago, Chile.
- Morales, Ana; Correa, Nicolás; Welsh, Gherman; Fábrega, Jorge. (2012). “La Reincidencia en el Sistema Penitenciario Chileno”. Santiago, Chile.
- Murillo, Consuelo. 2021. «Supervisión en la Ejecución de las Penas Alternativas: Origen, Fertilización Y Resistencias». *Derecho PUCP*, n. ° 87 (noviembre), pp. 35-63. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.002>.
- New York City Probation, <https://www1.nyc.gov/site/probation/index.page> última vez visitada el 22 de junio de 2022.
- NOVOA, E. 2005. Curso de Derecho Penal Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Núñez, B. (1995). “Consideraciones teóricas y metodológicas acerca de la investigación de la reincidencia delictual en criminología”. *Revista Chilena de Derecho*. 1995. Vol. 22, N°2, pp. 325 – 336.

- Olmedo, T. (2020) “Análisis comparativo, desde el punto de vista de la reincidencia, de los resultados de las penas sustitutivas frente a los beneficios de la Ley 18.216”. Universidad de Chile.
- Ossa, M. 2012. “Aproximaciones conceptuales a la reincidencia penitenciaria” Revista Ratio Juris, Septiembre 2012, Vol. 7, N°14, pp. 113-140.
- Polinsky, Mitchell/.Riskind, Paul (2019). Deterrence and the Optimal Use of Prison, Parole, and Probation. Journal of Law & Economics, Vol. 62 Issue 2, pp. 347-371.
- Politoff S., Matus J., Ramírez M. (2004) “Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Mensaje presidencial. Historia de la Ley N° 19.696: Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Diario oficial de la República 2018.
- Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados, Primera revisión de comisión de Constitución. Historia de la Ley N° 19.696: Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Diario oficial de la República 2018.
- Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados: Oficio de Cámara Origen a Cámara Revisora. Historia de la Ley N° 19.696: Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Diario oficial de la República 2018.
- Riego, Cristian. (2017). “La renuncia a las garantías del juicio oral por medio del procedimiento abreviado en Chile”. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, pp. 825-847, set.-dez. 2017.
- Rodríguez, J. (2001). “Vulnerabilidad y grupos vulnerables: un marco de referencia conceptual mirando a los jóvenes. Proyecto Regional de Población” CELADE-FNUAP Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE) - División de Población. Santiago, Chile.
- Roxin, Claus. (1997). “Derecho Penal, Parte General Tomo I”. Editorial Civitas, España.
- Rúa, Gonzalo. González, Leonel. (2017). “Las salidas alternativas al proceso penal en América Latina. Una visión sobre su regulación normativa y propuestas de cambio.” Centro de estudios de justicia de las Américas, Argentina.

- Ruiz Rivera, Naxhelli. (2012). “La definición y medición de la vulnerabilidad social. Un enfoque normativo”. *Investigaciones geográficas*, (77), 63-74. Recuperado en 28 de julio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-46112012000100006&lng=es&tlng=es
- Sahui, A. (2015). “Derechos Humanos y grupos desaventajados en el Marco del Estado constitucional”. Universidad Autónoma de Campeche.
- Salinero, Sebastián; Morales, Ana María. (2019). “Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 52, pp. 255 – 292
- Salinero, Sebastián; Morales, Ana María; Castro, Álvaro “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”. *Polít. crim.* Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 5, pp. 786-864. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A5].
- Segundo Trámite Constitucional: Senado, Primer Informe de Comisión de Constitución. Historia de la Ley N° 19.696: Establece un nuevo Código de Procedimiento Penal. Diario oficial de la República 2018.
- Segundo Trámite Constitucional: Senado, Segundo Informe de Comisión de Constitución. Historia de la Ley N° 20.253: Modifica el Código Penal y el Código Procesal Penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. Diario oficial de la República 2021.
- Soto, Patricio. (2018). “Diagnóstico de la delincuencia y factores que influyen en la percepción de inseguridad en Chile” Universidad de Chile.
- Toro, P. (2019). “Política Pública Postpenitenciaria”. Universidad de Chile.
- UNODC. (2015). Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). Naciones Unidas.
- World Prison Brief (2021, Julio). World Prison Brief Data Chile. <https://www.prisonstudies.org/country/chile>
- Zaffaroni, Eugenio. (1993). “Hacia un realismo jurídico penal marginal”. Monte Avila Editores Latinoamérica, Caracas, Venezuela.