

## FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL Y NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PENAS ALTERNATIVAS EN CHILE

### *CRIMINAL JUSTICE POLICY FOUNDATIONS AND LEGAL NATURE OF ALTERNATIVE PUNISHMENTS IN CHILE*

ANA MARÍA MORALES PEILLARD\*  
SEBASTIÁN SALINERO ECHEVERRÍA\*\*

**RESUMEN:** El artículo analiza los fundamentos político-criminales y la naturaleza jurídica de las alternativas a la cárcel en Chile, explorando los argumentos primigenios de legitimización basados en la ineficacia preventivo especial de las penas de cárcel –especialmente aquellas de corta duración–; hasta los discursos basados en modelos político-criminales contemporáneos, que apuntan a legitimar las alternativas como sanciones con contenido rehabilitador, que permiten racionalizar el uso de cárcel y transmitir censura, constituyendo consecuencias punitivas adecuadas para delitos de mediana a baja gravedad. Esto ha tenido necesariamente como correlato cambios sustanciales en su naturaleza jurídica, transitando desde aquellos fundamentos iniciales basados en el perdón, hasta la actualidad, que busca reconocerles la naturaleza de pena.

**Palabras clave:** Política criminal en Chile, Naturaleza jurídica, Penas alternativas, Penas sustitutivas, Ley N° 20.603.

**ABSTRACT:** The article analyzes the criminal justice policy foundations and the legal nature of the alternatives to imprisonment in Chile, by exploring the original legitimization arguments based on the special preventive ineffectiveness of prison sentences –especially those of short duration–; to current discourses based on contemporary criminal justice models, which aim to legitimize alternatives as sanctions with rehabilitative content, which allow rationalizing the use of prison, and convey censure, constituting punitive consequences suitable for crimes of medium to less gravity. This has necessarily gone in hand with substantial changes in its legal nature, moving from those initial foundations based on forgiveness, to the present, which seeks to recognize them the nature of punishment.

**Keywords:** Criminal justice policy in Chile, Legal nature, Alternative penalties, Substitute penalties, Law No. 20.603.

\* Magíster en Política Criminal, London School of Economics and Political Science. Directora del Área de Justicia y Reinserción, Profesora de Criminología y política criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Dirección postal: Valenzuela Castillo 1881, Providencia. Dirección electrónica: amorales@paziudadana.cl

\*\* Doctor en Derecho de la Universidad de Lleida, España. Profesor de Derecho Penal, Escuela de Derecho, Universidad de Talca, Chile. Dirección postal: Quebec 415, Providencia. Dirección electrónica: ssalinero@utalca.cl.

El texto es parte del proyecto Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico –FONDECYT– N° 1160970, cuyo investigador responsable es el Dr. Sebastián Salinero Echeverría, y cuyos coinvestigadores son Ana María Morales Peillard y Jorge Fábrega Lacoa.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de fundamento en términos genéricos estamos aludiendo a la razón principal o motivo con que se pretende afianzar una cosa, lo que en este trabajo obedece especialmente a poder establecer las razones político-criminales que han marcado la gestación de las penas alternativas a la privación o restricción de libertad, hoy conocidas, a partir de la Ley N° 20.603, como penas sustitutivas.

La importancia de determinar lo anterior no solo tiene un valor en sí mismo, sino también nos permite corroborar si esas finalidades o razones encuentran un espacio bajo un criterio de realidad.

Por su parte, si bien la determinación de la naturaleza jurídica de una institución constituye una tarea embarazosa para cualquier jurista<sup>1</sup>; más allá de los problemas ontológicos que tal cometido implica, las aspiraciones en dicho ámbito son bastante sencillas, pues apuntan a determinar la esencia de las alternativas a la cárcel en Chile, buscando resolver si se trata efectivamente de una pena, una medida, un perdón judicial u otras variantes; como también saber si opera a través de una fórmula de suspensión, sustitución u otra de naturaleza diversa.

Para efectos de lo anterior, el análisis de las alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad debe efectuarse desde dos momentos históricos. Uno en el cual esta institución era concebida como una “medida alternativa” y, otro, a partir de la dictación de la Ley N° 20.603 (2012) donde adquiere formalmente el nombre de “pena sustitutiva”. Ambos momentos no solo marcan una diferencia en los fundamentos que la legitiman, sino también son identificables naturalezas jurídicas distintas según ha relatado la doctrina.

En este sentido, es que nos hemos propuesto explicar el fundamento político criminal que tiñó ambos momentos históricos de las alternativas a la prisión en Chile, como asimismo analizar la evolución de las alternativas a la cárcel desde la perspectiva de su naturaleza jurídica.

## 2. ORÍGENES DE LAS ALTERNATIVAS HASTA LA DICTACIÓN DE LA LEY 18.216

### 2.1. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

El primer instrumento jurídico en el contexto chileno que consagró lo que hoy se conoce como penas alternativas fue el Código de Procedimiento Penal de 1906. Allí, el artículo 603 –actual 564– contemplaba la facultad del juez de suspender la ejecución de la pena hasta por tres años, tratándose solamente de faltas, y en el caso de estar frente a un sujeto sin reproche penal pretérito<sup>2</sup>. 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 (Inglaterra, Francia y Bélgica), y el éxito que suponía la

<sup>1</sup> ESTÉVEZ (1956) p. 159.

<sup>2</sup> En palabras de Novoa, esta disposición es el reconocimiento de la conocida condena condicional pero limitada a las faltas, NOVOA (2010) p. 325.

condena condicional tratándose de aquellas personas que delinquen por primera vez, basado en la 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 también podía resultar dañosa para su honor y dignidad personal<sup>3</sup>.

Luego, en el año 1944, en base a un proyecto elaborado en el seno del Instituto de Ciencias Penales (en adelante ICP) se introduce por vez primera en Chile la remisión condicional de la pena, mediante Ley N° 7.821, de 29 de agosto<sup>4</sup>. En ella se recogió el criterio más generalizado de los criminólogos que señalaban que la remisión condicional debía concederse a los condenados acreedores de penas cortas –pudiendo decretarse solo en el caso de condenados a penas privativas de la libertad no superiores a un año y que no contaren con condenas previas por crimen o simple delito–, para quienes sería especialmente eficaz como medio de reducción de la reincidencia delictual<sup>5</sup>.

La doctrina especializada de la época indicaba que el fundamento de la remisión condicional de la pena se situaba en la inutilidad de las penas cortas privativas de libertad para lograr la recuperación social de los penados, ya que impedía un tratamiento y observación prolongada. A lo anterior se sumaban los efectos nocivos de las penas cortas, algunos de carácter económico como la interrupción de la vida laboral del condenado, afectando también a su familia y el costo del encarcelamiento<sup>6</sup>; otros de carácter moral o de dignidad de las personas como es el efecto de corrupción de los delincuentes poco peligrosos, dado el contacto criminógeno, y el relajamiento de la moral, propio de la vergüenza de la cárcel<sup>7</sup>.

Posteriormente vienen dos modificaciones de calado mayor. La primera en virtud de la Ley N° 17.642, de 19 de abril de 1972, por medio de la cual se aumentó el plazo mínimo de las penas que podían ser remitidas, incluyéndose las penas privativas o restrictivas de libertad de hasta tres años –con lo que se produce un claro aumento del ámbito de aplicación de la mencionada medida<sup>8</sup>–; y la segunda el año 1983 donde se produce la génesis normativa más importante en lo que a penas alternativas a la privación de libertad se refiere.

En efecto, en ese año se promulgó la Ley N° 18.216, de 14 de mayo, sobre “Medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, donde no solo se recoge la remisión condicional de la pena como pretéritamente era entendida, sino también se consagraron dos nuevas medidas, ampliando el abanico de formas alternativas a la cárcel, la reclusión nocturna y la libertad vigilada. Su origen obedece a un mensaje del ejecutivo en el gobierno de la dictadura militar, en el cual se dio cuenta de las nuevas tendencias en materia criminológica que solo recomendaban en forma muy reducida la aplicación de penas

<sup>3</sup> NOVOA (2010) p. 326.

<sup>4</sup> Si bien el proyecto del ICP logró materializarse en ley de la república, la doctrina nacional ya venía reclamando su inclusión. Véase: FONTECILLA (1930) pp. 353 y ss.; ROJO (1933) pp. 66 y ss.

<sup>5</sup> GESCHE (1975) p. 27.

<sup>6</sup> NOVOA (2010) pp. 321 y 322.

<sup>7</sup> LABATUT (1992) p. 318; NOVOA (2010) pp. 321 y 322.

<sup>8</sup> Véase la Ley N° 17.642 de 19 de abril de 1972.

que supusieran la privación o restricción continua de libertad<sup>9</sup>. Así, por ejemplo, en la historia de la ley, tras la intervención del almirante José Toribio Merino, se develó cuál era la filosofía que estaba detrás de la propuesta de diversificar las alternativas, la que no era otra que reconocer a la cárcel como una institución de contagio criminógeno y que el medio libre era uno más apto para la reinserción social y evitar la reincidencia futura<sup>10</sup>.

Sobre la base de esta nueva legislación, hubo un profuso pronunciamiento de la doctrina chilena. La dogmática chilena reconocía que este instituto encontraba su *ratio legis* en la crítica general a las penas de corta duración, las cuales eran inútiles dada la imposibilidad de realizar un tratamiento penitenciario y criminógenas<sup>11</sup>. De esta forma, la configuración de las alternativas en dicha etapa, en nuestro país, parecen responder a la vigencia de un modelo político-criminal de corte rehabilitador, que defendía y entendía que a través de ellas se podía conseguir de mejor forma la rehabilitación de los infractores, motivación que debía guiar la ejecución penal en esta sede<sup>12</sup>.

Así, durante esta primera etapa de evolución de las alternativas a la cárcel, la legitimación de estas se encontraba, en general, en la noción de prevención especial y en una decepción de las expectativas que intentan satisfacer las penas privativas de libertad, en la medida que no contribuían a eludir los efectos criminógenos del sistema carcelario, como tampoco posibilitaban el tratamiento o la rehabilitación del condenado<sup>13</sup>. En ese sentido, el discurso político-criminal de justificación de las alternativas a la cárcel se fundó básicamente en una crítica a la prisión especialmente tratándose de penas cortas, centrándose en el efecto criminógeno de la cárcel, haciendo eco del efecto de asociación diferencial que se daría en dicha sede, mediante el cual se profundizaría el proceso de aprendizaje de la conducta criminal dada por el contacto y asociación con pares criminales<sup>14</sup>. Junto a lo anterior, además se comienzan a esbozar justificaciones de tipo económico, relativas a los costos de la cárcel y los efectos en la vida social de los penados, como fundamento de las mismas y lentamente en un reconocimiento de las alternativas como sanciones idóneas en sí mismas, desde la óptica de la prevención especial positiva.

## 2.2. NATURALEZA JURÍDICA

En la doctrina chilena, a diferencia de lo que ocurría con la *ratio legis* de las alternativas, donde ha existido un consenso generalizado sobre su legitimación, la discusión no ha sido igual en torno a su naturaleza jurídica, en la que han proliferado opiniones no del todo homogéneas.

Así, por ejemplo, en el discurso de Labatut hay una mirada de gracia o beneficio de la remisión condicional de la pena, como una variante del perdón, en tanto constituye una

<sup>9</sup> Véase Informe de Secretaría de Legislación de 22 de junio de 1982, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1982) p. 10

<sup>10</sup> Véase Acta N° 28 de Sesión de Junta de Gobierno de 26 de octubre de 1982, BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1982) pp. 22 y ss.

<sup>11</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) p. 477; CURY (2005) p. 719.

<sup>12</sup> CURY (2005) p. 719.

<sup>13</sup> En una opinión similar ORTIZ y ARÉVALO (2013) pp. 156 y ss. y 202

<sup>14</sup> Véase, SUTHERLAND (1947) pp. 6 y ss.

facultad para que los jueces, una vez determinada la culpabilidad del enjuiciado, puedan dispensarlo de la pena fijada por ley, en consideración a circunstancias excepcionales que concurren en el caso particular (perdón judicial)<sup>15</sup>. Incluso, este autor señala que la remisión por su propia naturaleza es una institución destinada a servir de sustituto del indulto, llamada a figurar entre las causales de extinción de la responsabilidad penal<sup>16</sup>.

Sin embargo, la mayoría de los autores de la época, como es el caso de Novoa<sup>17</sup>, Garrido<sup>18</sup>, Cury<sup>19</sup> o Etcheberry<sup>20</sup> niegan toda posibilidad a las alternativas de ser concebidas como una gracia, concediéndole algún carácter punitivo a las mismas, aun cuando efectúan diferencias entre las distintas tipologías consagradas en la Ley N° 18.216.

Particularmente tratándose de la remisión condicional la pena, la mayoría de la doctrina de la época concuerda en atribuirle una naturaleza suspensiva de la pena privativa de libertad, concibiéndola como una medida en virtud de la cual, la pena pronunciada queda en suspenso y en situación de ser remitida si el condenado cumple con las condiciones que le han sido fijadas para el período de prueba<sup>21</sup>. La diferencia principal radica en que, para autores como Cury, la remisión cumple más bien fines de carácter tutelar, por cuanto la pena remitida no se ejecuta y es sustituida tan solo por medidas de observación y asistencia del condenado<sup>22</sup>.

Por su parte, la libertad vigilada también comparte el carácter suspensivo de la pena privativa o restrictiva de libertad, quedando sujeto el condenado a la custodia de un delegado cuyas funciones se equiparan a las del oficial de prueba anglosajón<sup>23</sup>. De esta forma, su función no queda restringida a labores de vigilancia como en el caso de remisión, sino también encaminadas a la resocialización del sujeto, imponiéndose obligaciones al régimen de observación más estrictas<sup>24</sup>.

En sintonía con lo anterior, la mayoría de la doctrina de esa época reconoce a ambos institutos el carácter de beneficio o medida en consonancia con su denominación, negándole el carácter de pena.

Tratándose de la reclusión nocturna, la mayoría de la doctrina niega que ostente la naturaleza de suspensión de la pena privativa o restrictiva de libertad, sino que entiende que correspondería a una modalidad de su cumplimiento, que a su vez sería evidentemente más benigna<sup>25</sup>. Siguiendo tal distinción, más recientemente Politoff, profundiza en las diferencias efectuando una separación entre las medidas relativas a la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad, y las penas alternativas a la prisión propiamente tales.

<sup>15</sup> LABATUT (1992) p. 319.

<sup>16</sup> LABATUT (1992) p. 319.

<sup>17</sup> NOVOA (2010) pp. 322 y ss.

<sup>18</sup> GARRIDO (2007) pp. 355 y ss.

<sup>19</sup> CURY (2005) pp. 730 y ss.

<sup>20</sup> ETCHEBERRY (1997) pp. 200 y ss.

<sup>21</sup> NOVOA (2010) pp. 322 y ss.

<sup>22</sup> CURY (2005) p. 730.

<sup>23</sup> CURY (2005) p. 735.

<sup>24</sup> ETCHEBERRY (1997) pp. 201-204.

<sup>25</sup> GARRIDO (2007) pp. 363.

Así, las últimas constituirían penas principales excluyentes de la pena de prisión para los casos de mediana y baja gravedad, de modo que su imposición no sería condición para no cumplir una pena privativa de libertad ni su incumplimiento se encontraría amenazado con la imposición de la pena privativa de libertad suspendida condicionalmente; siendo precisamente la situación en que se encontraría ubicada la reclusión nocturna<sup>26</sup>. Sin embargo, autores como Etcheberry presentan una visión más matizada, entendiendo que la reclusión nocturna, si bien constituye una alternativa, no es enteramente alternativa a la pena privativa de libertad y no se trataría tampoco de un beneficio, puesto que impone una privación de libertad por al menos ocho horas de cada veinticuatro<sup>27</sup>.

Como se observa, bajo la antigua ley, existían en la doctrina opiniones diversas con respecto a la naturaleza jurídica de las alternativas en cuanto a su configuración como beneficio o pena alternativa. Por su parte, si bien se extrae una suerte de consenso en torno a concebir a la remisión condicional y a la libertad vigilada como medidas que operan bajo la fórmula de la suspensión, la solución no es clara respecto de la reclusión nocturna, entendiéndola algunos como una pena alternativa y otros como una fórmula distinta de cumplimiento de la pena privativa de la libertad. En ese sentido, compartimos lo señalado por Matus de que resultaba equívoco englobar bajo el epígrafe de “medidas alternativas” a instituciones de distinta naturaleza. Así, más allá de lo expuesto por los citados autores, resulta plausible argumentar que la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada constituían bajo la antigua regulación, fórmulas de suspensión condicional de pena, mientras que la reclusión nocturna constituía, en esencia, una pena sustitutiva<sup>28</sup>.

La diferencia entre ambas, como explica Mapelli<sup>29</sup>, es que en el caso de las primeras la pena queda suspendida, pudiendo aplicarse en su lugar, una serie de reglas de conducta, de tal forma, que, si durante dicho período el sujeto vuelve a cometer un delito, la pena privativa suspendida se ejecuta en su totalidad, mientras que, en el caso de cumplimiento exitoso, la pena queda definitivamente extinguida. Por su parte, tratándose de la sustitución, se produce el reemplazo de la pena inicialmente prevista para el delito cometido –pena sustituida– por otra pena –pena sustitutiva– distinta, no prevista en la legislación, que también puede incluir la provisión de determinadas reglas de conducta. En caso de ser incumplida, debe procederse inexorablemente a la recuperación de la pena desplazada (cláusula de retorno), ejecutándose de manera total en caso de incumplimiento inicial y parcial en caso que se produjere durante la ejecución de pena, debiendo aplicarse las mismas reglas de conversión por el cual la pena fue sustituida, pero en sentido inverso. De esta forma, como precisa Sanz<sup>30</sup>, la diferencia radica en que la suspensión “paraliza” la sanción original, mientras que la sustitución la “subroga”, lo que en términos prácticos genera importantes diferencias, en lo que a consecuencias jurídicas para el penado se refiere.

<sup>26</sup> POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ (2003) pp. 543 y 544.

<sup>27</sup> ETCHEBERRY (1997) pp. 210-211.

<sup>28</sup> MATUS (2003) p. 187

<sup>29</sup> MAPELLI (2005) pp. 90 y ss.

<sup>30</sup> SANZ (2000) p. 272.

En efecto, la distinción anterior se encontraba recogida en la Ley N° 18.216, la que además de reconocer diferencias entre la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna respecto de sus requisitos de procedencia, también contemplaba importantes disparidades en cuanto a los efectos en caso de incumplimiento o comisión de un nuevo delito. Así, en el caso de la remisión condicional de la pena, la revocación de la “suspensión” de la pena como consecuencia<sup>31</sup> o la “revocación del beneficio” tratándose de libertad vigilada<sup>32</sup>, importaba el cumplimiento de la pena inicialmente impuesta en su totalidad. Por su parte, tratándose de la reclusión nocturna, expresamente se regulaba la revocación por incumplimiento, dando lugar al cumplimiento de la pena privativa o restrictiva de libertad, pero por el lapso no cumplido.

Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de los efectos en el registro de condenas, la ley no hacía distinción alguna, estableciendo la omisión de la condena durante su ejecución y luego la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios, tratándose de personas que no contaren con condenas anteriores independientemente de la medida impuesta. Por su parte, tratándose de reincidentes, la condena solo podía ser eliminada sometiéndose al proceso de eliminación de antecedentes penales regulado en el Decreto Ley N° 409. En ese sentido, se observa, que no obstante reconocerle naturaleza distinta, presentaba una solución homogénea en materia de registro, aun cuando en el caso de la reclusión nocturna, estrictamente al tratarse de una nueva pena, resultaba paradójico que pudiera ser extinguida de manera distinta de las causales previstas en el Código Penal<sup>33</sup>.

### 3. LAS ALTERNATIVAS BAJO LA LEY N° 20.603

El 27 de junio de 2012, se promulgó en el diario oficial la Ley N° 20.603 que modificó la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, sistema de penas alternativas a la cárcel actualmente vigente en Chile<sup>34</sup>.

Dicha regulación, tuvo como antesala un inédito “Acuerdo político legislativo en materia de Seguridad Pública” suscrito en noviembre del año 2007 por parlamentarios de oposición y de gobierno, los presidentes de los principales partidos políticos de ambas coaliciones, por el Ministro del Interior y por la entonces Presidenta de la República, Michelle Bachelet<sup>35</sup>.

El proyecto de ley, ingresado a tramitación legislativa el 31 de marzo de 2008, buscaba dar estricto cumplimiento al “Acuerdo político legislativo en materia de Seguridad Pública”, recogiendo las modificaciones propuestas en el documento. En ese sentido, se puede afirmar que el proyecto era más bien modesto en sus pretensiones, pues mantenía la

<sup>31</sup> Artículo 6 de la Ley N° 18.216.

<sup>32</sup> Artículo 11 de la Ley N° 18.216.

<sup>33</sup> Artículo 29 Código Penal.

<sup>34</sup> Cabe hacer presente, que la propia ley postergó su entrada en vigencia, considerando la implementación gradual de la misma a contar de la dictación de su reglamento contenido en el DECRETO N° 1120 del Ministerio de Justicia, de fecha 23 de diciembre de 2013.

<sup>35</sup> Véase el documento completo del “Acuerdo político legislativo en materia de Seguridad Pública”. Disponible en: [https://www.emol.com/especiales/acuerdodeseguridad/Acuerdo\\_Seguridad\\_publica.pdf](https://www.emol.com/especiales/acuerdodeseguridad/Acuerdo_Seguridad_publica.pdf). Fecha de consulta: 24 de julio de 2020.

naturaleza jurídica de las alternativas como “beneficios”, apostando por la ampliación del catálogo a la reparación del daño y a los trabajos en beneficio de la comunidad –alternativas ya existentes en otras legislaciones–, junto con la regulación de reglas más estrictas para el caso de incumplimiento de las medidas.

Dicho proyecto de ley fue criticado por algunos expertos<sup>36</sup>, y también por diputados integrantes de la Comisión de Constitución<sup>37</sup>, lo que conllevó a que, arribado el gobierno electo, este presentara una nueva indicación en agosto de 2010, delineando nuevos fundamentos político-criminales pretendidos con esta reforma, como se explicará a continuación, y profundizando en las reformas a la Ley N° 18.216 propuestas por el anterior gobierno.

### 3.1. FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

Como se dio cuenta anteriormente, esta reforma tuvo origen en un mensaje del Ejecutivo del año 2008, del cual se desprenden de manera poco sistemática los fundamentos político-criminales que se tuvo a la vista con su implementación.

Expresado en términos amplios, el objetivo general que se desprende de la discusión legislativa fue el de “*robustecer el sistema de medidas alternativas a la prisión*”<sup>38</sup>. Por eso, y como se discutirá con mayor profundidad en el acápite relativo a la naturaleza jurídica, uno de sus aspectos claves consistió en el reemplazo de su denominación de “medidas alternativas” por el de “penas sustitutivas”. En palabras del Ministro de Justicia de la época, la iniciativa tuvo como “fin fundamental restablecer el prestigio y la utilidad de las medidas alternativas” toda vez que, a su juicio, “han ido cayendo, con el transcurso del tiempo, en un escenario de franco desprestigio, porque están implicando más bien un beneficio que una alternativa de sanción”<sup>39</sup>.

Esta visión se ve refrendada por el material elaborado por la citada cartera en el contexto de la implementación de la reforma, en el cual se argumentó que “las penas en libertad han caído en descrédito como medio de disuadir a los infractores de cometer nuevos delitos, y se han concebido como un ‘perdonazo’ para el condenado”<sup>40</sup>, diagnóstico que habría invitado a efectuar una profunda reforma al sistema.

Este objetivo, que hemos calificado de general, responde a la lógica de la expansión de la red de sanciones penales que caracterizó a los países europeos continentales y a los del *common law* allá por la década del setenta, los que buscaban en las alternativas una disminución en el uso de la pena de cárcel<sup>41</sup>. Junto con lo anterior, al igual que los procesos de reforma de las alternativas en otros países, apuntó a transformar a las alternativas a la cárcel en opciones de sanción “creíbles” y que a su vez fuesen percibidas como alternativas dotadas de “legitimidad” ante los operadores del sistema y la ciudadanía en general, que permitan disputar de manera legítima el lugar a la cárcel en el marco de las consecuencias

<sup>36</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 62 y ss.

<sup>37</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 64

<sup>38</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 19 y 289.

<sup>39</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 463.

<sup>40</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 14.

<sup>41</sup> COHEN (1979) pp. 346 y ss.

jurídicas<sup>42</sup>. En palabras de la citada autoridad “Porque queremos terminar de asentar en nuestra sociedad que pagar un delito con una sanción distinta del encarcelamiento es tan válido como hacerlo en prisión”<sup>43</sup>.

Por otro lado, en términos de sus objetivos específicos, el primer mensaje N° 66-356, de fecha 31 de marzo de 2008, planteó como primer objetivo –el cual se mantendría de manera transversal durante la tramitación del proyecto– el de “favorecer la reinserción social de los condenados”, al expresar la existencia de un consenso en cuanto al “rol en la reinserción social de las personas condenadas [de las penas alternativas], evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas”, y el de servir como “real herramienta en el ámbito preventivo especial”<sup>44</sup>.

Dicho objetivo, se vio reforzado en la indicación presentada en el año 2010 por el nuevo gobierno<sup>45</sup>, en la cual se hace presente que el objetivo de las penas alternativas “será el de evitar la reincidencia delictual”, instando por la reinserción social de los condenados, procurando el acceso a oferta programática<sup>46</sup>.

Por su parte, dado que los conceptos utilizados homónimamente de “reinserción social” –término utilizado por la reforma– o de “resocialización” –denominación utilizada en España– de “rehabilitación” –término utilizado por en los países angloparlantes–, o incluso de “prevención especial positiva” –propio del vocablo penológico continental–, han sido conceptualizados de diversas formas en la criminología y dogmática penal, no existiendo una construcción uniforme<sup>47</sup>, resulta necesario precisar, que la reforma concibe estos conceptos desde una doble acepción.

Por un lado, la reforma recoge una visión de “lectura mínima y garantista”<sup>48</sup>, por lo que más que imponer un contenido positivo y concreto a los conceptos de reinserción social, lo que se buscó fue el evitar los efectos desocializadores de las penas privativas de la libertad, siendo esencial no la administración sobre el penado de programas de intervención, sino la evitación de los aspectos más nocivos de la estancia en la cárcel<sup>49</sup>.

En efecto, este argumento al cual se ha recurrido por la dogmática penal y la criminología para evitar principalmente la regulación de penas cortas de prisión, argumentando la existencia de un “contagio criminal” y la imposibilidad de impartir un adecuado tratamiento penitenciario en períodos breves<sup>50</sup>, se ve nítidamente representado en la indicación presen-

<sup>42</sup> Véase SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) pp. 834 y 857.

<sup>43</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 463.

<sup>44</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 5 y 6.

<sup>45</sup> Indicación sustitutiva del ejecutivo N° 151.358 de 18 de agosto de 2010. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 18 y ss.

<sup>46</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 20.

<sup>47</sup> Como señala DE LA CUESTA, la amplia variedad de términos empleados (reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, readaptación social...) es ya síntoma de la diversidad de entendimientos y acepciones que suscita, a lo que se suman los problemas que presenta relativos a su ámbito de actuación (teoría de la pena, en general, teoría de la pena privativa de la libertad, teoría de la ejecución), hasta su finalidad última. DE LA CUESTA (1993) pp. 11 y ss.

<sup>48</sup> MUÑOZ (1985) Cit: MEDINA (2011) pp. 154 y ss.

<sup>49</sup> MAPELLI (1983) pp. 99 y ss.; MEDINA (2011) pp. 154 y ss.

<sup>50</sup> LARRAURI y CID (1997) p. 30.

tada en el año 2011 por el Ejecutivo mediante el cual se reincorporaron a la discusión los servicios en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva. Así, los servicios en beneficio de la comunidad fueron introducidos precisamente para captar población que previo a la reforma hubiere sido condenada a una pena de cárcel, argumentando la “inconveniencia y carencia de racionalidad de las penas privativas de libertad inferiores a 1 año. En estos casos, el contagio criminológico que sufre el condenado se ve agravado por las actuales condiciones de hacinamiento de los centros de reclusión”<sup>51</sup>. De esta forma, esta acepción de la reinserción social como “no desocialización” fue recurrentemente invocada como fundamento de la reforma a las alternativas, entendiendo que el entorno comunitario en el cual deben cumplirse estas penas es mucho más idóneo para los fines de prevención especial positiva que aquel caracterizado por el desarraigo propio de las penas privativas de la libertad.

Por otro lado, la reforma también concibe la reinserción social en el contexto de las penas sustitutivas como el acceso a oferta programática de rehabilitación, con el objeto de reducir el comportamiento delictivo. En efecto, se opta por una definición más cercana a la lógica del “*What Works?*” (¿Qué funciona?), que asume que la reinserción social se alcanza abordando las causas que llevaron al infractor a delinquir, buscando reducir la criminalidad futura del infractor mediante el tratamiento en prisión o en la comunidad<sup>52</sup>. Esto se ve claramente en el mensaje enviado por el Ejecutivo en el año 2010, en el cual se afirma que el proyecto busca instar por la reinserción social de los condenados, “a través del acceso oportuno y efectivo para aquellas personas que presenten consumo problemático de drogas y alcohol, y entregando atención cada vez más especializada, por ejemplo, tratándose de delitos de violencia intrafamiliar y sexuales” y afirmando que el objetivo de estas sanciones será el “evitar la reincidencia delictual”<sup>53</sup>.

Considerado lo expuesto, es posible afirmar que en la concepción de este primer objetivo confluyen dos visiones político-criminales de corte rehabilitador. El primero, similar a aquel recogido por la Ley N° 18.216 antigua, que inspiró la política criminal de la década del sesenta y que se basaba en una crítica a la cárcel por su efecto estigmatizador y por ser una institución desocializadora<sup>54</sup>; y el segundo más contemporáneo y que recoge la idea de que no basta con evitar los efectos desocializadores de la cárcel bajo una lógica de no-hacer, sino que además considera que el escenario ideal para el despliegue de una oferta de rehabilitación es precisamente el entorno comunitario, propio del modelo del *What works?* (¿qué funciona?), ya reseñado. Dicho modelo, surgido en Norteamérica y que pregona el tratamiento de los infractores a través de prácticas basadas en la evidencia, junto con explotar la idea que estas sanciones deben estar al servicio de la “protección del público” y la “reducción del riesgo”<sup>55</sup>; nace como consecuencia de la debacle del modelo rehabilitador en la década del sesenta capturado en la reiterada frase de *Nothing works* (“nada funciona”), que implicaba un desencanto con el ideario rehabilitador dado que ni la pena privativa de liber-

<sup>51</sup> Indicación del Ejecutivo N° 000-359 de 21 de marzo de 2011. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) pp. 42 y ss.

<sup>52</sup> FRASE (2005) p. 70.

<sup>53</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 20.

<sup>54</sup> LARRAURI y CID (1997) p. 17.

<sup>55</sup> CULLEN y GILBERT (1982) pp. 3 y ss.; MCGUIRE y PRIESTLEY (2006) pp. 3 y ss.

tad ni las alternativas, ofrecían según las investigaciones empíricas de la época ventajas significativas en lo que a evitar la comisión de delitos futuros se refiere<sup>56</sup>. Posteriormente, luego de un escepticismo total de la rehabilitación como clave en la lucha contra el delito, esta ha tomado a partir de este nuevo siglo un nuevo rumbo de reconocimiento en la política criminal de los diversos países, donde las penas alternativas son observadas no solo como más justas, sino también más económicas y con mayor potencial rehabilitador, invirtiendo el slogan al actual *Whats works?*, recogido también bajo el paraguas del modelo rehabilitador que recoge la reforma a las alternativas.

Por su parte, el segundo objetivo específico perseguido por la reforma fue el de controlar efectivamente el cumplimiento de las nuevas penas sustitutivas, a partir del déficit de fiscalización reconocido por las propias autoridades del Ministerio de Justicia. En ese sentido, la carencia de control de las medidas alternativas se constataba desde dos esferas: la jurisdiccional y la administrativa. En efecto, desde la esfera jurisdiccional, esto se plasmaba en la práctica en una desatención de la labor entregada hasta ese entonces a los jueces de garantía de velar por la correcta ejecución de las penas fundada en la ausencia de un procedimiento a través del cual canalizar su labor<sup>57</sup>. Como reconoce la citada cartera “en la mayoría de los casos constituye el último contacto del condenado con el tribunal dentro del mismo proceso, desvinculándose de toda supervisión sobre la ejecución de la medida, quedando radicada esta en Gendarmería de Chile”<sup>58</sup>. Por eso, una de las principales innovaciones de la reforma a las alternativas, apuntó a regular la labor de ejecución de los jueces de garantía, estableciendo audiencias de seguimiento en algunos casos, y estableciendo un procedimiento para los casos de incumplimientos y revocaciones.

El déficit de control en la esfera administrativa apuntaba claramente a la labor desarrollada por la entonces denominada Sección de Medio Libre de Gendarmería de Chile en la materia, reconociéndose escasez de personal y de especialización para llevar a cabo la labor de delegado de libertad vigilada<sup>59</sup>. Asimismo, el control de las penas deja de vincularse necesariamente a la existencia de recursos humanos para desarrollar dicha labor, pasando a descansar en la utilización de medios tecnológicos, particularmente el monitoreo telemático<sup>60</sup>.

También en referencia a este objetivo, se observa un discurso punitivo bajo la lógica de mayor control. Lo anterior se puede observar en el mensaje de la indicación enviada por el Ejecutivo en 2010 en el cual se afirma, a propósito de la introducción del monitoreo telemático, que “El cumplimiento de una pena distinta de la privación de la libertad, no puede ser sinónimo de impunidad. Considerando lo anterior, las modificaciones introducidas por la indicación apuntan a efectuar un control efectivo e intenso de estas penas, utilizando los avances tecnológicos disponibles en la materia, a través de sistemas de radiofrecuencia y GPS”<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> MARTINSON (1974) pp. 22-54.

<sup>57</sup> De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 letra f) del Código Orgánico de Tribunales, que establece que le corresponde al juez de garantía el hacer ejecutar las condenas criminales y medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución.

<sup>58</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 20.

<sup>59</sup> Véase CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA (2010) p. 15.

<sup>60</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 69.

<sup>61</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 20.

Dicho discurso, se encuentra en línea con lo planteado por diversos autores internacionales, que refieren la existencia de un “vuelco punitivo”<sup>62</sup> en la regulación de las alternativas a la cárcel de cara a la búsqueda de la referida legitimización del sistema. Esto en la práctica ha implicado la implementación de sistemas de supervisión del cumplimiento de las penas alternativas más estrictos, bajo la lógica que, si se muestra a los condenados una reacción enérgica y de intolerancia a los incumplimientos, ellos estarán menos dispuestos a involucrarse en ellos, siendo más probable que cumplan “preventivamente”<sup>63</sup>. Fuera de lo anterior, la reforma se encuentra en línea con la tendencia observada en los sistemas de justicia desarrollados, de apostar de manera creciente en el uso de la tecnología de manera de forzar el cumplimiento de los requerimientos impuestos a través de estas alternativas<sup>64</sup>.

Igualmente, esta postura más punitiva, se vio reforzada por la eliminación del polémico artículo 28, consagrado previo a la reforma, que permitía a los jueces, dar por cumplida la pena por el mero transcurso del tiempo, de manera independiente de si el condenado se presentaba o no a cumplir la medida o el nivel de cumplimiento de la misma. Así, si bien el argumento primigenio para su regulación habría estado en la necesidad de entregar certeza jurídica<sup>65</sup> frente al incumplimiento del condenado del deber de presentarse o de ejecutar la sanción por un lado, y por el otro, la ausencia de una reacción jurisdiccional y administrativa frente a dicho incumplimiento, evidentemente una apuesta por aumentar el control de cumplimiento pasaba por la eliminación de la citada normativa que constituía “[u]no de los ejemplos que más relevan la debilidad en el control”<sup>66</sup>.

Por su parte, el tercer objetivo específico perseguido por la reforma fue el de entregar protección a las víctimas. Este sin duda constituye el objetivo específico menos desarrollado en los mensajes e indicaciones del Ejecutivo y también en la discusión legislativa. En particular, este objetivo es posible plasmarlo concretamente en la reforma a la libertad vigilada, en virtud de la cual se crea esta suerte de versión robustecida a través de la libertad vigilada intensiva y que a su vez permitía la utilización del denominado monitoreo electrónico “bilateral”, diseñado para efectos de controlar las condiciones de alejamiento impuestas a un condenado especialmente en los casos de delitos de violencia intrafamiliar y delitos sexuales<sup>67</sup>. Sin embargo, más allá de la regulación a propósito del monitoreo telemático no se observa otra provisión en línea con el objetivo político-criminal citado, salvo el proyecto original que regulaba, aun como medida alternativa, la reparación del daño, propuesta que fue eliminada prontamente de la tramitación.

Más allá del débil objetivo político-criminal plasmado en la reforma, al igual que en el caso de los otros objetivos, la incorporación de la víctima y su protección en el ámbito de la ejecución de las alternativas a la cárcel, responde a una tendencia político-criminal contemporánea, en la cual, como sostiene Garland “las víctimas mismas, las familias de

<sup>62</sup> NEWBURN (2007) pp. 425 y ss.

<sup>63</sup> ROBINSON y UGWUDIKE (2012) pp. 310 y ss.

<sup>64</sup> BOTTOMS, REX y ROBINSON (2004) p. 6.

<sup>65</sup> SALINERO y MORALES (2019) p. 12.

<sup>66</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 20.

<sup>67</sup> MORALES (2013) p. 423.

las víctimas, las víctimas potenciales, la figura abstracta de ‘la víctima’ se invocan ahora rutinariamente para apoyar medidas de segregación punitiva, como es el caso del monitoreo telemático; aun cuando también podría expresarse en la promoción de instancias “reparadoras”<sup>68</sup>, como contemplaba originalmente el proyecto.

Probablemente el objetivo segundo y tercero, antes explicados, encontrarían su sustento político-criminal en el populismo punitivo, donde se produce una intensificación de los discursos de mano dura y una apelación a la víctima no solo para propiciar el cumplimiento íntegro de penas privativas de libertad, sino también para exigir mayor control en las sanciones no privativas<sup>69</sup>. En esa línea, el aumento en el control de las alternativas y preocupación en la víctima, propiciado por la reforma, podría venir justificado por la creciente ola de desconfianza que se produjo entre los operadores del sistema de justicia penal, particularmente los jueces y, por otro lado, la sociedad en su conjunto, que veían estas consecuencias jurídicas como respuestas blandas o suaves al delito, pero especialmente existían dudas sobre el control en su cumplimiento por parte de la autoridad y medios económicos que las hicieran operables en la práctica; lo que trajo como consecuencia una deslegitimación de esta institución jurídica<sup>70</sup>.

El último objetivo político-criminal específico de la citada reforma apuntó a hacer un uso racional de la privación de la libertad, fomentando la diversificación del catálogo de alternativas mediante la introducción de nuevas sanciones como los servicios en beneficio de la comunidad, la libertad vigilada intensiva, entre otros ejemplos. Lo anterior, en el entendido que en cuanto estas sanciones funcionen de manera efectiva y eficaz, posibilitan el que la cárcel no sea considerada como la única respuesta posible al delito. Como argumentó el Ministro de Justicia de la época durante la tramitación legislativa, “Más que en una mano firme o blanda respecto del uso de la cárcel, creemos en una mano racional. Por eso, el proyecto establece que cierto tipo de delitos necesariamente deben ser castigados con reclusión [...] pero también creemos –y por eso hablamos de uso racional–, que, algunas veces estamos sobre utilizando la cárcel, en circunstancias de que no puede ser la única respuesta de nuestro sistema penal. A lo mejor, es una de las más importantes, pero queremos dar un paso adelante como país y ampliar el abanico de respuestas”<sup>71</sup>.

Así, la racionalización del uso de la cárcel pareciera responder, en general, a un enfoque expansionista de las alternativas –reduccionista del uso de la cárcel–, no solo basado en discursos basados en el predominio de funciones utilitaristas de corte preventivo especiales, sino también en un retorno de los discursos político-criminales basado en idearios proporcionalistas como eje fundamental de las sanciones. Este tipo de discursos, basado en visiones neo-retribucionistas, tiene su origen en la década del ochenta, en virtud de los cuales, la prisión es concebida como una sanción adecuada para los comportamientos de máxima gravedad, mientras que para los comportamientos de baja o intermedia gravedad se sugiere la regulación de sanciones alternativas, cuya severidad debe graduarse conforme a la grave-

<sup>68</sup> GARLAND (2001a) p. 46.

<sup>69</sup> LARRAURI (2006) pp.15-22.

<sup>70</sup> SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) pp. 855 y ss.

<sup>71</sup> BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012) p. 291.

dad de la ofensa<sup>72</sup>. Este modelo, que tuvo una profunda influencia en el ámbito anglosajón mediante la introducción de las denominadas *sentencing guidelines* (guías de sentencia), vino de la mano de la creciente influencia de académicos como Von Hirsch y Wasik<sup>73</sup> y, en cierta medida, Morris y Tonry<sup>74</sup>, quienes promovieron la materialización de un modelo sancionatorio de base retributiva que conllevaba restricciones al uso de la prisión. En virtud de este modelo denominado del *just deserts* (justo merecimiento), el castigo debe manifestar una censura o reproche, y a su vez la sanción penal debe ser proporcional a dicho reproche<sup>75</sup>.

Sin perjuicio de lo loable del propósito de racionalizar el uso de la cárcel a través de la ampliación de las alternativas –el cual fue abrazado durante la tramitación legislativa de manera transversal por todos los sectores políticos– vale la pena recoger una crítica tradicional de la literatura criminológica a propósito de objetivos como el señalado, que pone en duda la eficacia de estrategias como las adoptadas por la reforma. Esta crítica desarrollada originalmente por Cohen<sup>76</sup> bajo la influencia de Foucault y denominada de “ampliación de la red” (*netwidening*), apunta a reflexionar acerca de si la mejor forma de racionalizar el uso de la cárcel es precisamente a través del fortalecimiento de las alternativas. Así, el citado autor argumenta que la expansión de las sanciones alternativas, basada en una crítica a la prisión, no ha resultado en el reemplazo del sistema convencional de encarcelamiento, toda vez que en aquellos lugares en que se han proliferado las penas alternativas, la prisión ha continuado siendo utilizada en más o menos los mismos casos, mientras que las penas alternativas han captado infractores que han cometido infracciones leves o primerizos, tradicionalmente abordados mediante instancias de desviación del sistema penal, extendiendo finalmente la red de control social<sup>77</sup>. Este sin duda, debe ser un punto que requerirá un estudio a profundidad de la información empírica de funcionamiento del sistema, que permita evaluar la consecución de objetivos propuestos y determinar si el mecanismo por el cual se optó, esto es la ampliación de las alternativas, constituye un camino adecuado para el logro de la racionalización en el uso de la cárcel.

### 3.2. NATURALEZA JURÍDICA

En este apartado se efectuará un análisis general sobre la naturaleza jurídica de las alternativas, para posteriormente hacer un examen pormenorizado de cada de ellas, reconociéndolas como pena e indicando las áreas que particularmente estas sanciones afectan.

Desde el origen de esta nueva institucionalidad en 2012 no son muchos los autores que se han manifestado al respecto. Incluso, ediciones monográficas recientes que se ocupan del análisis y desarrollo de la teoría de la pena en general, han desatendido particularmente esta temática o han hecho un somero análisis al respecto<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> WASIK y VON HIRSCH (1988) pp. 554 y ss.

<sup>73</sup> WASIK y VON HIRSCH (1988) pp. 554 y ss.

<sup>74</sup> MORRIS y TONRY (1990) pp. 35 y ss.

<sup>75</sup> VON HIRSCH (1993) pp. 58 y ss.

<sup>76</sup> COHEN (1979) pp. 339 y ss.

<sup>77</sup> COHEN (1979) pp. 346 y ss.

<sup>78</sup> A modo de ejemplo, véase ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 155, 156 y 202. Estos autores enfatizan la importancia que la ley N° 20.603 conciba las alternativas como penas sustitutivas y no beneficios, empero, se refieren a

Para algunos autores, la naturaleza jurídica de estas penas –al igual que como era antes de la reforma–, correspondería a una combinación de fórmulas de suspensión (en el caso de la remisión condicional y la libertad vigilada) y de sustitución (tratándose de la reclusión parcial y agregándose en este último caso, los servicios en beneficio de la comunidad), argumentando que el cambio en la nomenclatura sería solamente simbólica, con el objetivo de hacer presente que no se está frente a un “perdonazo”<sup>79</sup>.

Otros indican que se trata de una pena de distinta naturaleza que las privativas o restrictivas de libertad, que afectaría más concretamente otros derechos (los cuales no identifican)<sup>80</sup>.

A su vez, otros autores argumentan que, se tratarían de “penas sustitutivas” tal como su nombre lo indica<sup>81</sup> –posición a la cual adscribimos–, aun cuando es posible efectuar reparos en cuanto a que, debieron entonces, ser incluidas como penas en el artículo 21 del CP<sup>82</sup>, y ser reguladas adecuadamente las consecuencias jurídicas derivadas de dicha naturaleza en materia de recursos procesales<sup>83</sup>. Como se señaló anteriormente, esto supone en la práctica, que la pena privativa o restrictiva originalmente impuesta es reemplazada por completo, reconociéndose como consecuencia jurídica del delito a la nueva pena sustitutiva. Así, si comprendemos que el mecanismo de la sustitución de las penas privativas de la libertad supone que no se ejecuta la pena privativa o restrictiva de libertad original, sino que en su lugar se ejecuta otra pena –sustitutiva– que reemplaza o subroga a la original, entonces resulta obvio que el nuevo instituto producto de la sustitución es una pena en sí misma. Lo anterior no constituye un cambio cosmético, sino que supone un cambio radical en la medida que se le reconoce transversalmente el carácter de pena, entrando a jugar a su respecto las consecuencias del delito y las distintas justificaciones teóricas respecto de sus fines.

Por otra parte, el reconocimiento del carácter de pena entregado por la reforma precisamente va en la línea con otras legislaciones comparadas en la materia de avanzar hacia el reconocimiento punitivo de las alternativas y de dotar de mayor legitimidad al sistema<sup>84</sup>.

---

ellas, sin más, como “beneficios” en algunos casos y “penas” en otros. Estiman que estas alternativas son medidas heterogéneas desde el punto de vista de su naturaleza jurídica y tienen como rasgos comunes buscar evitar la aplicación del encierro y se aplican respecto de penas privativas de corta duración. Consideran que la pena privativa o restrictiva originalmente impuesta no se suspende en su ejecución, sino que es reemplazada por alguna de las nuevas penas (Remisión Condicional, Reclusión parcial, Libertad vigilada, etc.).

<sup>79</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA (2012) p. 23; AGUILAR (2013) p. 25.

<sup>80</sup> VARGAS (2014) p. 214.

<sup>81</sup> BOFILL (2011) pp. 6 y ss.; ARAYA (2017) pp. 26 y ss.

<sup>82</sup> VIGUERAS (2012) pp. 207 y ss.

<sup>83</sup> Como argumenta DELGADO siguiendo a BOFILL, la solución entregada por el legislador en el artículo 37 de regular la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia que conceda, deniegue, revoque, sustituya, reemplace o reduzca, intensifique o establezca el término anticipado de las penas sustitutivas, no es consistente con la solución de entenderlas realmente como penas de naturaleza sustitutiva. En efecto, si se considera que la decisión acerca de la concesión o denegación de la pena sustitutiva es parte integrante de la sentencia, en la medida que la determinación de la pena es fundamental en una sentencia definitiva condenatoria –y no accesoria como reconocía la jurisprudencia de antaño–, el legislador debió haber contemplado la procedencia del recurso de nulidad y no haber mantenido la apelación, solución propia de la antigua consagración de medidas alternativas. DELGADO (2015) pp. 35 y ss.

<sup>84</sup> Véase SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) pp. 786 y ss.

En ese sentido, vale la pena acentuar que el reconocimiento del carácter de pena supone en la práctica un padecimiento gravoso para quien la recibe. Así, en palabras de cualquier tratadista, la pena implica *per se* un sufrimiento o un mal para quien la soporta e importa una lesión para los derechos del condenado<sup>85</sup>. Estos componentes antes descritos que singularizan el cuerpo troncal de cualquier pena, también los encontramos en las penas sustitutivas porque, con mayor o menor intensidad, son un mal que implican una afectación a derechos fundamentales.

Considerando lo anterior, resulta pertinente considerar los planteamientos de Von Hirsch<sup>86</sup>, quien sostiene que el sufrimiento o mal viene dado por la severidad de cada pena, la que a su vez debe ser determinada dependiendo de la afectación al estándar de vida de una persona. Por eso, para una determinación en concreto, se requeriría precisar claramente el grado de impacto de cada pena en el estándar de vida de la persona condenada. Desde esa órbita, una aproximación puede ser realizada analizando en qué medida una pena afecta la libertad ambulatoria, la capacidad de ganarse la vida, entre otros criterios planteados por el autor.

De esta forma, para afirmar que estamos frente a una pena, resulta importante preguntarse cuál es la afectación al estándar de vida de cada pena o más precisamente qué derechos se ven afectados con su imposición; aspecto que trataremos de abordar en los próximos párrafos.

Comenzando con la remisión condicional, esta sin duda constituye la pena más benigna de las sustitutivas –renunciando de entrada a cualquier intervención, más allá del control administrativo discreto del condenado–. Sin embargo, igualmente importa una afectación del derecho de autodeterminación del penado, en particular de la libertad ambulatoria, por cuanto su residencia queda condicionada a un lugar determinado; encontrándose además en la obligación de ejercer una profesión, oficio o empleo; y quedando sujeto al control y asistencia –con la periodicidad que se determine– a Gendarmería de Chile.

En el caso de la reclusión parcial, estamos claramente frente a una pena privativa parcial o temporal, que afecta la libertad ambulatoria del penado, la que se ejecuta en el domicilio del condenado (controlada por monitoreo telemático o policial) o que es ejecutada en establecimientos especiales al efecto. Adicionalmente, el porte del dispositivo telemático también puede entenderse como una afectación del derecho a la intimidad y la honra, al permitirse la visualización del dispositivo y la divulgación de su condición de penado<sup>87</sup>.

La libertad vigilada, por su parte, en cualquiera de sus dos modalidades, es una pena que importa una afectación a la facultad de auto determinarse, afectando esencialmente la libertad ambulatoria, toda vez que la residencia del penado queda condicionada a un lugar determinado, estando además sujeto a la vigilancia y orientación permanente de un delegado de libertad. Este delegado es un funcionario con competencias específicas de Gendarmería de Chile, quien puede proponer al tribunal en el plan de intervención, variadas normas de conducta e instrucciones en el actuar del penado. Asimismo, el sujeto se encuentra con-

<sup>85</sup> ETCHEBERRY (1997) p. 132. Cosa que no queda del todo claro a propósito de la reclusión parcial; CURY (2005) p. 76; ORTIZ y ARÉVALO (2013) p. 16.

<sup>86</sup> VON HIRSCH (1993) pp. 102-103.

<sup>87</sup> MORALES (2013) p. 458.

culcado en su derecho a la libre elección del trabajo con una justa retribución, en la medida que es obligado a ejercer una profesión, oficio o empleo, bajo las modalidades que se determinen en su intervención individualizada. Junto con lo anterior, en la modalidad intensiva de dicha pena, se pueden decretar una serie de condiciones obligatorias y determinantes para el penado que claramente afectan su libertad ambulatoria, que van desde la prohibición de acudir a un lugar determinado hasta la obligación de cumplir programas de diversa índole (formativos, laborales, educacionales, sexuales, de tratamiento de la violencia, etc.), junto con la posibilidad de adicionar un control telemático de la pena.

La expulsión de extranjeros, al igual que la pena de extrañamiento, constituye una pena restrictiva de libertad, afectando la libertad ambulatoria, toda vez que impide al condenado residir y circular libremente por Chile<sup>88</sup>. Sin embargo, desde el prisma del contenido de la pena como tal, donde es entendida como un mal, la expulsión no puede ser comprendida en todos los casos en que se aplique como una pena o castigo impuesto al sujeto que contraviene el ordenamiento jurídico penal. Lo anterior, toda vez que existen ciertos aspectos particulares, derivados de las circunstancias concretas del penado extranjero y la situación económica y social del país al cual pertenece, que determinarán el grado de afectación<sup>89</sup>.

Finalmente, en el caso de la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, los derechos conculcados son la libertad ambulatoria, en la medida que el penado debe concurrir al lugar donde debe prestar sus servicios de conformidad con la periodicidad y extensión de la pena fijada en la sentencia y en la modalidad que determine el delegado de servicios en beneficio de la comunidad; junto con afectar el derecho a la libre elección del trabajo con una justa retribución.

#### 4. DISCUSIÓN

La regulación de las alternativas de la cárcel cuenta con más de 100 años de historia en la normativa chilena, aun cuando fueron introducidas inicialmente de manera tímida, limitándose solo para el caso de las penas de corta de duración de hasta un año, siguiendo en buena medida la regulación comparada en la materia. En ese sentido, al igual que otros países<sup>90</sup>, los argumentos político-criminales primigenios apuntaron a la ineficacia preventivo especial de las penas cortas privativas de la libertad, al reconocer a la cárcel como espacio promotor de conductas delictuales dado el contacto que se genera con pares delictivos y a su carácter desocializador, siguiendo modelos de corte rehabilitador.

Hoy en día, los fundamentos político-criminales esgrimidos en el espectro chileno para la reforma de las alternativas a la cárcel, siguen teniendo como base razonamientos similares a los de un comienzo, buscando evitar el efecto desocializador de las penas privativas de la libertad, entendiendo que esta no solo genera consecuencias en materia de libertad ambulatoria, sino que además acarrea efectos sociales importantes, que profundizan la

<sup>88</sup> SALINERO (2011) p. 125.

<sup>89</sup> SALINERO (2011) p. 120.

<sup>90</sup> Véase SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) p. 786.

situación de exclusión social<sup>91</sup>. Sin embargo, el modelo rehabilitador que inspiró la regulación primigenia de las denominadas medidas alternativas, hoy se presenta más matizado por la influencia en Chile de otros modelos político-criminales.

Así, fue posible observar que el modelo rehabilitador, si bien aún vigente, ha mutado en términos de su contenido desde una lógica de no-desocialización —que ponía énfasis en los efectos criminógenos de la cárcel, especialmente en el caso de las penas cortas—, hacia uno más orientado al acceso a oferta programática de rehabilitación en línea con los planteamientos del *What works?* (¿qué funciona?), que pregona las virtudes del tratamiento de los infractores a través de prácticas basadas en la evidencia, especialmente ejecutados en la comunidad. Como se dio cuenta, lo anterior resulta consistente con la evolución que ha tenido el modelo rehabilitador en la experiencia comparada, precisamente luego del escepticismo experimentado en la década de los setenta y los ochenta. Hoy se cuenta con evidencia robusta sobre los efectos que puede tener en la conducta delictiva la ejecución de programas de rehabilitación con enfoque terapéutico<sup>92</sup>, y el costo-beneficio que puede resultar la inversión en ese tipo de programas cuando son ejecutados en la comunidad<sup>93</sup>.

Esto a su vez, resulta desafiante desde la perspectiva de la política pública en la medida que supone el diseño y la implementación de una oferta de rehabilitación de programas efectivos en la reducción de la reincidencia delictual en el medio libre, lo que en definitiva ha llevado a Gendarmería de Chile a cambiar sus prácticas de intervención adoptado el modelo de riesgo, necesidad y capacidad de respuesta, de origen canadiense y que lentamente se ha ido expandiendo en términos su utilización, bajo lógicas actuariales<sup>94</sup>.

Particularmente, dicho modelo rehabilitador ya sea en sus acepciones de antaño como en su versión contemporánea, ha debido compartir su terreno —antes exclusivo respecto de las alternativas a la cárcel— con un modelo proporcionalista y neo-retribucionista, que ha buscado a revelar la importancia de enfocarse en el hecho y no en el infractor — como ocurre con el modelo rehabilitador—, y que ha efectuado un llamado a racionalizar el uso de la cárcel, reduciendo su órbita de actuación respecto de aquellos delitos que lesionan más gravemente bienes jurídicos<sup>95</sup>. Dicho discurso se ve abonado por circunstancias prácticas como la existencia de elevadas tasas de prisionización y los elevados costos del sistema, en línea con lo expuesto por diversos autores en relación a la existencia de “encarcelamiento masivo” (*mass imprisonment*)<sup>96</sup> y la búsqueda de alternativas penales precisamente para hacerse cargo de las elevadas tasas de encarcelamiento, viendo también la posibilidad de, por esa vía, aliviar los costos fiscales asociados a la creación y mantención de los recintos penales y las personas privadas de su libertad.

Fuera de dichos modelos, es posible encontrar en los fundamentos político-criminales de la Ley N° 20.603 un tercer modelo, de corte securitario y punitivo, que pone el

<sup>91</sup> MORALES *et al.* (2019) pp. 15 y ss.

<sup>92</sup> MACKENZIE y FARRINGTON (2015) p. 589.

<sup>93</sup> Véase WSIPP (2019).

<sup>94</sup> Véase MINISTERIO DE JUSTICIA (2012).

<sup>95</sup> VON HIRSCH (1993) p. 58 y ss.

<sup>96</sup> Concibiéndolo como aquel que supera marcadamente los promedios históricos de un país y en relación con la tasa de prisionización exhibida en países desarrollados. GARLAND (2001b) pp. 1 y ss.

acento en la necesidad de reforzar el control penal sobre los grupos sociales y comportamientos delictivos más tradicionales y, por otro, de identificar a ciertos grupos como objeto de persecución preferente<sup>97</sup>; junto con efectuar consideraciones respecto de la víctima<sup>98</sup>. En efecto, como se expuso, una de las apuestas político-criminales más importantes de la reforma fue la de controlar efectivamente el cumplimiento de las alternativas, como respuesta a la crítica acerca de la supuesta benignidad de las alternativas bajo el discurso del “perdonazo”. Así, en parte, la nueva nomenclatura, la regulación de nuevas sanciones y las nuevas formas de control a distancia de los infractores, se encuentran precisamente en línea con dichas pretensiones de efectuar controles más férreos y entregar mayor contenido punitivo a las sanciones.

No obstante, cabe hacer presente que esta crítica al déficit de control no constituye algo novedoso en la literatura criminológica internacional, en la medida que ya en los años 90, principalmente en los Estados Unidos, la eficacia de la supervisión en la comunidad había sido puesta en duda, haciendo emerger las denominadas “sanciones intermedias”, que constituyen alternativas de intensidad media, entre la *probation* y la prisión, encarnadas fundamentalmente en la implementación de programas de supervisión intensiva que parecen haber inspirado la configuración de la modalidad intensiva de la libertad vigilada<sup>99</sup> y el arresto domiciliario con monitoreo telemático, entre otras alternativas reguladas en la reforma. De esta forma, la Ley N° 20.603 abraza con fuerza esta corriente político-criminal, reforzando el control general de las penas sustitutivas, y evitando entregar una respuesta más benigna a través de la remisión condicional a los casos de delitos sexuales o delitos de violencia familiar, los que, si bien forman parte de la cartera tradicional de casos y de riesgos del sistema penal, han sido visibilizados con mayor fuerza a partir de sucesivas modificaciones penales en esas materias<sup>100</sup>. Junto con lo anterior, la reforma también toma del modelo securitario la búsqueda de nuevos espacios para dar mayor visibilidad a las víctimas, aun cuando más allá de plasmarse como fundamento político-criminal, cuenta con una pobre materialización legal y práctica, lo que se traduce más en reforzamientos simbólicos de este tipo de discursos, similar a aquel observado en otras reformas emprendidas en materia de justicia penal nacional, por ejemplo, aquella tendiente a entregarle un reconocimiento constitucional al derecho de defensa de las víctimas<sup>101</sup>.

Cabe además agregar, que este modelo securitario buscó ser reforzado a través de sucesivas reformas directas o indirectas que ha tenido la Ley N° 20.603, particularmente respecto de los delitos excluidos de su aplicación evitando, por lo tanto, la condena a penas sustitutivas respecto de determinados tipos penales. Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la Ley N° 20.931 de 2016 conocida mediáticamente como “agenda corta”, las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.770 de 2014 conocida como “ley Emilia” que modificó la ley del tránsito en lo que se refiere al delito de manejo en estado de ebriedad y la Ley

<sup>97</sup> DIEZ RIPOLLÉS (2008) pp. 11 y ss; MORALES (2012) p. 94 y ss.

<sup>98</sup> GARLAND (2001a) p. 46.

<sup>99</sup> PETERSILIA (1999) pp. 19 y ss.; SALINERO y MORALES (2019) pp.15 y ss.

<sup>100</sup> MORALES (2012) pp. 94 y ss.

<sup>101</sup> Véase Historia de la Ley N° 20.516 en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2011).

N° 20.813 de 2015 que modificó las normas sobre control de armas. Así, en el primer caso, dicha normativa limitó a una sola vez la posibilidad de condenar a reclusión parcial a aquellos que hubieren cometido ciertos delitos contra la propiedad; junto con condicionar su aplicación a aquellos condenados que hubieren sido objeto de toma de muestra biológica para la obtención de la huella genética, de acuerdo con las previsiones contenidas en la ley N° 19.970. Sin embargo, las modificaciones más radicales, y que obran totalmente en sentido inverso de los propósitos tanto del modelo rehabilitador como del neoretribucionista, fueron aquellas contenidas en las dos últimas leyes citadas. En el caso de la ley Emilia, esta reguló la suspensión obligatoria de la pena sustitutiva decretada por un plazo de un año, obligando, por ende, a aquel que fuere condenado por manejo en estado de ebriedad causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, a cumplir al menos un año de su pena en la cárcel, pudiendo –trascurrido dicho período–, ingresar a cumplir su pena bajo un régimen de sustitución<sup>102</sup>. La ley de control de armas, por su parte, modificó el catálogo de exclusión original de la Ley 20.603, impidiendo la sustitución en el caso de hipótesis bastantes diversas que van desde la organización, pertenencia o financiamiento de milicias privadas; la colocación, envío, activación, arrojamiento, detonación, disparo o explosión de bombas o artefactos explosivos; hasta el porte y la posesión de armas no autorizadas<sup>103</sup>.

Todas estas reformas presentan indefectiblemente problemas desde la perspectiva de su efectividad, la proporcionalidad y la igualdad, cuestionamientos que han fundado sucesivos recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (en adelante TC). Sobre el particular, el citado órgano ha acogido las pretensiones de los requirentes señalando por un lado, que “una política penal basada en sus efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un estado de Derecho”<sup>104</sup>; argumentando además la desproporcionalidad de estas normas, y reafirmando los fines preventivo especiales positivos desde una visión “mínima y garantista”, sosteniendo que “la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse solo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia”<sup>105</sup>.

Lo anterior, sin duda, ha puesto en jaque la política criminal securitaria que buscó ser profundizada a través de estas reformas, toda vez que ha impedido en la práctica que estos casos (relativos a la comisión de determinados delitos contra la propiedad, de manejo en estado de ebriedad con consecuencias graves y aquellos que impliquen la utilización de armas), sean objeto de un tratamiento penal más severo, vía inaplicabilidad por inconstitucionalidad. En ese sentido, los fundamentos recogidos por el TC hacen suyos los hallazgos de diversas investigaciones que cuestionan la disuasión marginal como método eficaz de

<sup>102</sup> Artículo 1 de la Ley N° 20.770.

<sup>103</sup> Artículo 4 de la ley N° 20.813. Para un análisis detallado de los tipos penales contenidos en la ley de armas reformada, véase BASCÚR (2017) pp. 503 y ss.

<sup>104</sup> *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR CLAUDIO ANDRÉS CAYUPÁN POR-MA RESPECTO DEL ARTÍCULO 196 TER, DE LA LEY N° 18.290 (2019)* p. 7.

<sup>105</sup> *REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR DANIEL ULISES LEÓN RAMÍREZ RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 18.216, Y DEL ARTÍCULO 17 B), INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798 (2019)* p. 7.

prevención de los delitos<sup>106</sup>, y en la práctica, esto ha significado un reencauzamiento de la política criminal sobre los pilares proporcionalistas y de concebir la cárcel como *ultima ratio*, es decir haciendo prevalecer los modelos neoretribucionistas y rehabilitadores.

Respecto de la naturaleza jurídica de las alternativas a la cárcel y sus cambios, resulta evidente que los cambios analizados también responden a la confluencia de dichos modelos político-criminales. Así su concepción primigenia como fórmulas preminentemente de suspensión –salvo el caso de la reclusión nocturna– resulta consistente con el modelo rehabilitador de antaño, heredero los aportes de Von Liszt, quien abogó por la incorporación de la suspensión condicional de la ejecución de la pena privativa de la libertad, especialmente tratándose de penas cortas y de personas que, por sus condiciones personales o por las circunstancias del hecho, merecieran de una consideración especial<sup>107</sup>.

En la misma línea, la regulación contemporánea de las alternativas se encuentra relacionada con la falta de legitimización de las antiguas medidas alternativas en el espectro punitivo, toda vez que fueron concebidas de manera análoga al perdón bajo la nomenclatura de la “remisión”, lo que sin duda no obró en el sentido de asentar su legitimidad en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito. En el mismo sentido, el reforzamiento como “pena” de la reforma, precisamente busca entregarles un contenido punitivo y como se expuso el debate legislativo, dar cuenta que resulta igualmente legítimo condenar a alguien a una pena alternativa como a prisión. Sin embargo, resulta evidente que dicho discurso va de la mano de modelos más securitarios y este vuelco punitivo que han experimentado la mayoría de los países con relación a las alternativas, buscando que sean que sean creíbles y que su vez generen en la práctica reales y ojalá cada vez más intensas afectaciones al estándar de vida de las personas que las padecen.

Luego de analizar la construcción político criminal y la naturaleza jurídica de las alternativas, cabe preguntarse si dicha configuración resulta adecuada para el objetivo primordial de la ley N° 20.603 de “robustecer el sistema de alternativas a la prisión” y que se materializó principalmente en el cambio de denominación y de naturaleza jurídica regulándolas como “penas sustitutivas”. Al respecto, es posible señalar que si bien dicha regulación constituyó un avance respecto del sistema existente, pues permitió concederles a las alternativas jurídicamente el carácter de pena y, por ende, reconocer que constituyen con mayor o menor intensidad un mal que implica una afectación a derechos fundamentales; continúan presentando un dilema estructural en su configuración.

En efecto, más allá de los problemas prácticos que pudiera presentar la conformación como penas sustitutivas –aspectos que han sido abordados en otros trabajos de investigación<sup>108</sup>–, lo cierto es que la regulación actual continúa concediéndole un rol subsidiario a

<sup>106</sup> Véase, por ejemplo, los hallazgos de las investigaciones de DOOB y WEBSTER (2003), PRATT y otros (2006), TONRY (2008) y DURLAUF y NAGIN (2011) acerca de los efectos de la disuasión marginal respecto de delitos en general; y las investigaciones de TAXMAN y PIQUERO (1998) y YU (2000) respecto de los aumentos de severidad tratándose de los delitos de conducción en estado de ebriedad. En el espectro nacional, solo se encuentra una investigación sobre los efectos de la Ley N° 20.770, que al igual que los hallazgos de las investigaciones internacionales da cuenta de una ineficacia disuasiva de la denominada de la Ley N° 20.770; en HERRERA (2008).

<sup>107</sup> CUELLO CALÓN (1924) pp. 53-59.

<sup>108</sup> Véase MORALES y SALINERO (2020) p. 1 y ss.

las alternativas y principal a la cárcel. Así, si bien antes las alternativas operaban pretéritamente como una medida y hoy como pena, lo cierto es que continúan funcionando al alero de la cárcel, debiendo imponerse primariamente la pena privativa, para luego evaluar la pertinencia de la imposición de la alternativa, tanto en cuanto a la concurrencia de sus requisitos objetivos como aquellos subjetivos.

Lo anterior presenta, al menos, dos problemas importantes: uno de legitimidad y otro de incongruencia con los objetivos políticos trazados, especialmente con aquel relativo a racionalizar el uso de la cárcel.

Respecto de la legitimidad, la regulación resulta problemática tanto desde la perspectiva de la legitimidad externa como interna<sup>109</sup>, pues tanto la configuración de antaño como la actual, presentan el problema insalvable de no transparentar con claridad las consecuencias jurídicas que devienen de la comisión de delitos que podrían entrar dentro del marco permitido por la ley para la sustitución. Así, fuera de las ya alambicadas reglas de determinación de la pena de nuestro código penal, se suma esta opacidad que supone que todos los delitos son castigados en principio con pena de cárcel y que, dependiendo de la concurrencia de criterios objetivos y subjetivos, la persona puede eventualmente verse dispensada del cumplimiento privativo y pasar a cumplir por una de las vías de sustitución establecidas en la ley N° 18.216. Así, si bien algunos estudios han demostrado que el otorgamiento de las penas sustitutivas opera con bastante automatismo<sup>110</sup>, aun así, parecería deseable desde la perspectiva de la legitimidad, que no solo aquellos que provengan del mundo jurídico, sino la ciudadanía en general, y especialmente los infractores, puedan conocer las consecuencias jurídicas de manera más clara y estas se puedan desprender del ordenamiento jurídico de manera más directa.

Por otra parte, desde la perspectiva político criminal, resulta una suerte de contrasentido que, si lo que se busque sea racionalizar el uso de la cárcel, entonces se recurra a fórmulas legales que siempre supongan la imposición *prima facie* de una pena privativa de la libertad, y que luego de un segundo examen esta pueda ser suspendida o sustituida. En efecto, si precisamente lo que se pretende es desincentivar la utilización de la cárcel, entonces sería deseable que esta no constituya la primera respuesta, consolidando con ello el principio de la *ultima ratio*. Así, bajo esta nueva mirada, como sostiene Von Hirsch “las penas no privativas de la libertad deben ser consideradas sanciones en sí mismas y no meras ‘alternativas’ a la privación de la libertad [...] estas sanciones son castigos que implican una privación y censura que caracterizan una respuesta punitiva”<sup>111</sup>.

Los problemas anteriores, sumados a otras justificaciones<sup>112</sup>, han llevado a algunas legislaciones a cuestionarse la regulación de los mecanismos de suspensión y de sustitución, optando por la configuración en algunos países de un sistema de consecuencias autónomas, en el cual sanciones como la reclusión parcial, la libertad vigilada o los servicios en benefi-

<sup>109</sup> Siguiendo a BOTTOMS (2003), la legitimidad externa está relacionada con la credibilidad de las sanciones alternativas a los ojos de los “*stakeholders*” tales como jueces, políticos o el público; mientras que la legitimidad interna busca entender cómo son estas percibidas por los condenados a dichas sanciones.

<sup>110</sup> Véase MORALES y SALINERO (2020) pp. 1 y ss; WILENMANN y otros (2019) p. 474.

<sup>111</sup> VON HIRSCH (1993) p. 58.

<sup>112</sup> Véase WORRAL y HOY (2005).

cio de la comunidad, están establecidas como penas principales, especialmente tratándose de delitos de baja y mediana gravedad<sup>113</sup>. Estas modificaciones han sido producto de la influencia tanto de modelos retribucionistas basados en el *just deserts* ya explicado, como del modelo punitivo, que ha relevado la idea de que solo aquellas sanciones punitivas son percibidas por los jueces como sanciones alternativas “creíbles”<sup>114</sup>.

Esta propuesta implica abandonar denominaciones como las de “alternativas a la cárcel” o “penas no privativas de la libertad” o “penas sustitutivas”, y reemplazarlas por una nueva denominación que, si bien de cuenta del contexto comunitario en el cual se ejecutan, no soslaye su potencial punitivo. Además, implica la incorporación dentro del catálogo de penas y la regulación en cada tipo penal de un conjunto de penas, tanto privativas como no privativas, en un abanico de severidad equivalente, que puedan ser impuestas por los sentenciadores<sup>115</sup>. Asimismo, cabe agregar que, si bien estas construcciones propuestas tienen a la base modelos neoretribucionistas, la mayoría de las legislaciones han adoptado modelos de naturaleza híbrida<sup>116</sup>, que permita satisfacer tanto las demandas de mayor proporcionalismo, con aquellas que subyacen a exigencias prácticas. Eso supone considerar herramientas que permitan al juez, habiendo satisfecho las exigencias mínimas de proporcionalidad, dentro de un catálogo de igual severidad, individualizar la pena de acuerdo con las necesidades del infractor, haciendo un guiño a los modelos rehabilitadores; buscando de esta forma que las sanciones, si bien proporcionales, también consideren como fin la reducción de la reincidencia delictual de los infractores.

## 5. CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajo fue el de develar los fundamentos político-criminales de la regulación de las alternativas a lo largo de su evolución en nuestro Chile y comprender su conceptualización en cuanto a la naturaleza jurídica atribuida a ellas. Como pudo observarse, su regulación inicial apuntó a concebirlas como respuesta frente al uso de penas cortas de prisión entendiéndolas como adecuadas para evitar los efectos nocivos de la cárcel, y como fórmulas predominantemente suspensivas de las penas privativas de la libertad, en consonancia con la vigencia del modelo rehabilitador que guio las políticas de ejecución penal de nuestro país durante gran parte del siglo pasado<sup>117</sup>.

Sin embargo, hoy en día, los fundamentos político-criminales de las alternativas si bien contienen aun resabios de las argumentaciones preventivo especiales de antaño —centradas en la no-desocialización—; presentan un entramado más complejo de fundamentos legitimadores, basados en el potencial rehabilitador que en sí mismas presentan, las posibilidades de entregar respuestas proporcionales a los delitos de mediana gravedad, y de

<sup>113</sup> SALINERO, MORALES y CASTRO (2017) p. 853.

<sup>114</sup> ROBINSON y otros (2012) p. 328.

<sup>115</sup> Para revisar los distintas propuestas y legislaciones que han adoptado esta regulación véase VON IRSCH (1993) pp. 57 y ss.; WASIK y VON HIRSCH (1988) pp. 554 y ss.; MORRIS y TONRY (1990) pp. 35 y ss.; y más recientemente FRASE (2013) pp. 25 y ss.

<sup>116</sup> FRASE (2013) pp. 25 y ss.

<sup>117</sup> MORALES (2012) pp. 100 y 101.

controlarla efectiva e intensamente a los infractores condenados a su cumplimiento. En ese sentido, la regulación actual de las alternativas bajo la Ley N° 20.603 tanto en cuanto a sus fundamentos político-criminales, como en cuanto a su regulación como “penas”, refleja la influencia de otros modelos políticos criminales foráneos y actualmente vigentes en Chile; uno de naturaleza antagónica al rehabilitador que pone énfasis en la necesidad de recentrar la mirada en el hecho y las respuestas al mismo, como ocurre con el modelo neo-retribucionista; y otro de naturaleza securitario y punitivo, que vuelve a poner el acento en el infractor, pero bajo una lógica de control del riesgo futuro de cometer delitos y de protección a la víctima, que viene muy de la mano de la revolución tecnológica que ha experimentado la arena penal en Chile<sup>118</sup> y en el ámbito comparado<sup>119</sup>.

Entender dicha evolución, sin duda resulta relevante a la hora de repensar el sistema punitivo, particularmente frente a la eventual discusión de un nuevo Código Penal. Así, si bien el tránsito de nuestras alternativas ha resultado sensible a los cambios experimentados en el campo del control del delito, y han recobrado importancia en el ordenamiento jurídico chileno, estas aún carecen de un sentido punitivo propio, operando de manera subsidiaria o parasitaria de la cárcel.

Considerando lo anterior, resulta necesario finalizar el presente trabajo, haciendo un llamado al legislador a rescatar aquellos elementos, a nuestro juicio, más importantes de los modelos y configuraciones analizadas, buscando por un lado, la regulación de alternativas que han mostrado efectos positivos en la rehabilitación y la reducción de la reincidencia de los penados; y por el otro que estas alternativas, constituyan respuestas proporcionales que puedan ser adoptadas como sanciones principales importando de igual forma una censura y reproche que caracterizan la respuesta punitiva. Con esto, se logrará además dotar de mayor legitimidad a estas sanciones, especialmente frente a los infractores sentenciados, los operadores del sistema de justicia y el público en general, quienes tendrán mayor claridad de las penas que arriesgan frente a la comisión de un delito. Esto implica abandonar denominaciones como las de “alternativas a la cárcel” o “penas no privativas de la libertad” o “penas sustitutivas”, y reemplazarlas por una nueva denominación que, si bien de cuenta del contexto comunitario en el cual se ejecutan, no soslaye su potencial punitivo.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUILAR, Cristian (2013): *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de la libertad de la LEY N° 18.216 (Ley 20.603)* (Santiago, Editorial Metropolitana).
- ARAYA, Luis (2017): *Régimen de penas sustitutivas. Revisión a la Ley N° 18.216, Ley N° 20.587 y Decreto Ley N° 321* (Santiago, Der Ediciones Limitada).
- BASCÚR, Gonzalo (2017): “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley 17.798 sobre Control de Armas”, *Política criminal*, vol. 12, N° 23: pp. 533-609.

<sup>118</sup> MORALES (2012) pp. 123 y ss.

<sup>119</sup> GARLAND (2001a) pp. 41-61; SILVA SÁNCHEZ (2009) pp. 30 y ss.

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (1982): Acta N° 28 de Sesión de Junta de Gobierno (26/10/1982).
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2012): “Historia de la LEY N° 20.603”. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadela ley/historia-de-la-ley/vista-expandida/4505/>. Fecha de consulta: 28 de agosto de 2018.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2015): “Historia de la Ley N° 20.516”. Disponible en: [https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file\\_ley/4574/HLD\\_4574\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadela ley/fileadmin/file_ley/4574/HLD_4574_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf). Fecha de consulta: 24 de julio 2019.
- BOFILL, Jorge (2011): *Informe en derecho sobre constitucionalidad y/o legalidad de la pena en hipótesis de incumplimiento de acuerdo a las indicaciones de la LEY 18.216, encargado por el Ministerio de Justicia* (Santiago, Gobierno de Chile).
- BOTTOMS, Anthony (2003): “Theoretical reflections on the evaluation of a penal policy initiative”, en ZEDNER, L.; ASHWORTH, A. (Edits.), *The criminological foundations of penal policy: essays in honour of Roger Hood* (Oxford, Oxford University Press) pp. 107-197.
- BOTTOMS, Anthony, REX, Susan y ROBINSON, Gwen (2004): “How did we get here?” en BOTTOMS, Anthony, REX, Susan y ROBINSON, Gwen (Edits.), *Alternatives to prison: Options for an insecure society* (Cullompton, Willan) pp. 1-27.
- COHEN, Stanley (1979): “The punitive city: Notes on the dispersal of social control, Contemporary Crises”, *Contemporary Crises*, vol. 3, N° 4: pp. 339-363.
- CONSEJO PARA LA REFORMA PENITENCIARIA (2010): “Recomendaciones para una nueva política penitenciaria.” Disponible en: [https://www.cesc.uchile.cl/Informe\\_CRPenitenciaria.pdf](https://www.cesc.uchile.cl/Informe_CRPenitenciaria.pdf). Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- CUELLO CALÓN, Eugenio (1958): “Penas y medidas de corrección y de seguridad en el Proyecto de Código penal alemán de 1958, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*”, vol. 12, N° 1: pp. 11-38.
- CULLEN, Francis y GILBERT, Karen (1982): *Reaffirming rehabilitation* (Cincinnati, Anderson).
- CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, octava edición).
- DE LA CUESTA, José Luis (1993): “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria.” Disponible en: <https://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/A+30+La+resocializ+acion+objetivo+de+la+intervencion+penitenciaria+.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- DELGADO, Paulina (2015): *Sustitutos Penales y Ley 20.603*. Tesina programa de especialización en Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/138493/Sustitutos-penales-y-Ley-20.603.pdf?sequence=1>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (2007): *La política criminal en la encrucijada* (Montevideo/Buenos Aires, B de F).
- DOOB, Anthony y WEBSTER, Cheryl Marie (2003): “Sentence severity and crime: Accepting the null hypothesis”, *Crime and justice*, vol. 30: pp. 143-195.
- DURLAUF, Steven y NAGIN, Daniel (2011): “Imprisonment and crime: Can both be reduced?”, *Criminology & Public Policy*, vol. 10, N° 1: pp. 13-54.

- ESTÉVEZ, José Luis (1956): *Sobre el concepto de naturaleza jurídica*. Disponible en: [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182\\_ANUARIO\\_DE\\_FILOSOF%CDA\\_DEL\\_DERECHO\\_Sobre\\_el\\_concepto\\_de\\_%22Naturaleza\\_jur%EDdica%22](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-1956-10015900182_ANUARIO_DE_FILOSOF%CDA_DEL_DERECHO_Sobre_el_concepto_de_%22Naturaleza_jur%EDdica%22). Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1997): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- FONTECILLA, Rafael (1930): *La pena (Evolución natural, jurídica y técnica). Los problemas modernos y su influencia en el nuevo derecho penal chileno* (Santiago, Imp. Cisneros).
- FRASE, Richard (2005): “Punishment Purposes. A More Perfect System: Twenty-Five Years of Guidelines Sentencing Reform”, *Stanford Law Review*, vol. 58, N° 1: pp. 67-83.
- FRASE, Richard (2013): *Just sentencing: Principles and procedures for a workable system* (New York, Oxford University Press).
- GARLAND, David (2001a): *La Cultura del Control* (Barcelona, Gédisa).
- GARLAND, David (2001b): “Introduction: The meaning of mass imprisonment” en GARLAND, David (Edit.), *Mass Imprisonment. Social causes and consequences* (Londres, Sage) pp 1-27.
- GARRIDO, Mario (2007): *Derecho penal. Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- GESCHE, Bernardo (1975): *La remisión condicional de la pena* (Santiago, Editorial jurídica de Chile).
- HERRERA, Magdalena (2008) *Ley Emilia: explorando los efectos en la conducción y consumo de alcohol en Chile*, Tesis de Pregrado en Economía, Instituto de Economía de la Pontificia Universidad católica. Disponible en <http://economia.uc.cl/wp-content/uploads/2019/01/tesispg-HerreraRamos-2018.pdf>. Fecha de consulta: 26 de diciembre de 2019.
- LABATUT, Gustavo (1992): *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, novena edición).
- LARRAURI, Elena (2006) “Populismo punitivo y cómo resistirlo”, *Jueces para la democracia*, N° 55: pp. 15-22.
- LARRAURI, Elena y CID, José (Coords.) (1997): *Las Penas alternativas a la prisión* (Barcelona, Bosch).
- MACKENZIE, Doris y FARRINGTON, David (2015): “Preventing future offending of delinquents and offenders: What have we learned from experiments and meta-analyses?”, *Journal of Experimental Criminology*, vol. 11, N° 4: pp. 565-595.
- MCGUIRE, James y PRIESTLEY, Philip (2006): “Reviewing “What Works”: Past, Present and future”, en MCGUIRE, James (Edit.), *What Works: Reducing offending. Guidelines from research and practice* (West Sussex, Wiley) pp. 3-34.
- MAPELLI, Borja (2005): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Navarra, Thomson Civitas, tercera edición).
- MARTINSON, Robert (1974): “What works?: questions and answers about prison reform”, *The Public Interest*, N° 1: pp. 22-54.
- MATUS, Jean Pierre (2003): “Medidas alternativas a las penas privativas en una futura reforma penal chilena”, *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, vol. 2, N° 4/5: pp. 187-202.

- MEDINA, Juan José (2011): *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana* (Madrid, Edisofer).
- MINISTERIO DE JUSTICIA (2012): “Material para capacitación nueva LEY N° 18.216”. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion35894.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- MORALES, Ana María (2012): “La política criminal contemporánea: Influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, *Política Criminal*, vol. 7, N° 13, Art. 3: pp. 94 - 146.
- MORALES, Ana María (2013): “Vigilancia en la modernidad tardía: El monitoreo telemático de infractores”, *Política criminal*, vol. 8, N° 16, Art. 3: pp. 408-471.
- MORALES, Ana María; FIGUEROA, Ulda; HURTADO, María Teresa; ORTIZ, Paula; POLANCO, Diego; y MUÑOZ, Nicolás (2019): “Exclusión social en personas privadas de libertad” en CONTESE, Javier y CONTRERAS, Lautaro (Coords.), *La insostenible situación de las cárceles en Chile: Debate sobre la prisión y los derechos humanos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 15-57.
- MORALES, Ana María y SALINERO, Sebastián (2020): “¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?”, *Revista de Derecho (Valdivia)* (en prensas).
- MORRIS, Norval y TONRY, Michael (1990): *Between Prison and Probation. Intermediate Punishments in a rational Sentencing System* (Nueva York, Oxford University Press).
- MUÑOZ, Francisco (1985): “Derecho penal y Control Social” Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/51/derecho-penal-y-control-social.pdf>. Fecha de consulta: 28 de agosto 2018.
- NEWBURN, Tim (2007): “Tough on crime: Penal policy in England and Wales”, *Crime and Justice*, vol. 36, N° 1: pp. 425-470.
- NOVOA, Eduardo (2010): *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*. Tomo II (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición).
- ORTIZ, Luis y ARÉVALO, Javier (2013): *Las consecuencias jurídicas del delito* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- PETERSILIA, Joan (1999): “A decade experimenting with intermediate sanctions: what have we learned?”, *Journal of Justice Research and Statistics Association*, vol. 1, N° 1: pp 19-27.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia (2003): *Lecciones de Derecho penal chileno. Parte General* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición).
- PRATT, Travis; CULLEN, Francis; BLEVINS, Kristie; DAIGLE, Leah y MADENSEN, Tamara (2008): “The empirical status of deterrence theory: A meta-analysis”, en CULLEN, Francis, WRIGHT, John, BLEVINS, Kristie (Edits.), *Taking stock: The status of criminological theory* (Nueva York, Transaction Publishers) pp. 367-396.
- ROBINSON, Gwen y UGWUDIKE, Pamela (2012): “Investing in ‘Toughness’: Probation, Enforcement and Legitimacy”, *The Howard Journal of Criminal Justice*, vol. 51, Issue 3: pp. 300-316.
- ROBINSON, Gwen; MCNEILL, Fergus, MARUNA, Shad (2012): “Punishment in society: The improbable persistence of probation and other community sanctions and measures”, en SIMON, Jonathan, SPARKS, Richard (Edits.), *The Sage Handbook of punishment and society*, (Londres, Sage) pp. 321-341.

- ROJO, Alfredo (1933): *La remisión condicional de la ejecución de la pena y las penas cortas de prisión. Memoria* (Santiago, ImpLers).
- SALINERO, Sebastián y 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*, vol. 52: pp. 255-292.
- SALINERO, Sebastián; MORALES, Ana María y CASTRO, Álvaro (2017): “Análisis comparado y crítico de las alternativas a las penas privativas de libertad. La experiencia española, inglesa y alemana”, *Política criminal*, vol. 12, N° 24: pp. 786-864.
- SALINERO, Sebastián (2011): “La expulsión de extranjeros en el derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *Política Criminal*, vol. 6, N° 11, Art. 4: pp. 106-141.
- SANZ, Nieves (2000): *Alternativas a la pena privativa de la libertad* (Madrid, Colex).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2009): *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (Buenos Aires, B de F).
- SUTHERLAND, Edwin (1947): *Principles of Criminology* (Nueva York, J.B. Lippincott).
- TAXMAN, Faye y PIQUERO, Alex (1998): “On preventing drunk driving recidivism: An examination of rehabilitation and punishment approaches”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 26, N° 2: pp. 129-143.
- TONRY, Michael (2008): “Learning from the limitations of deterrence research”, *Crime and Justice*, vol. 37, N° 1: pp. 279-311.
- VARGAS, Tatiana (2014): *Manual práctico de aplicación de la pena. La pena con preguntas y respuestas* (Santiago, LegalPublishing).
- VIGUERAS, Claudio (2012): “Algunas consideraciones sobre la Ley 20.603, que establece penas sustitutivas a las privativas y restrictivas de libertad y su aplicación jurisprudencial”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 231-232, año LXXX: pp. 201-229.
- VON HIRSCH, Andrew (1993): *Censure and Sanctions* (Oxford, Clarendon Press).
- WASHINGTON STATE INSTITUTE FOR PUBLIC POLICY (WSIPP) (2019): Cost benefit, adult criminal justice. Disponible en <https://www.wsipp.wa.gov/BenefitCost?topicId=2>. Fecha de consulta: 24 de julio 2019.
- WASIK, Martin y VON HIRSCH, Andrew (1988): “Non custodial penalties and the principles of desert”, *The Criminal Law Review*, Septiembre: pp. 554-572.
- WILENMANN, Javier; MEDINA, Francisco; OLIVARES, Esteban y DEL FIERRO, Nicolás (2019): “La determinación de la pena en la práctica judicial chilena”, *Política Criminal*, vol. 14, N° 27: pp. 456-490.
- WORRALL, Anne y HOY, Clare (2005): *Punishment in the Community* (Cullompton, Willan).
- YU, Jiang (2000): “Punishment and alcohol problems: Recidivism among drinking-driving offenders”, *Journal of Criminal Justice*, vol. 28, N° 4: pp. 261-270.

## JURISPRUDENCIA CITADA

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR CLAUDIO ANDRÉS CAYUPÁN PORMA RESPECTO DEL ARTÍCULO 196 TER, DE LA LEY N° 18.290, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1600437146-5, RIT N° 1224-2017, SEGUIDO ANTE EL JUZGADO DE GARANTÍA DE CAÑETE (2019): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 6163, de 17 de julio de 2019.

*REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADO POR DANIEL ULISES LEÓN RAMÍREZ RESPECTO DEL INCISO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1° DE LA LEY N° 18.216, Y DEL ARTÍCULO 17 B), INCISO SEGUNDO, DE LA LEY N° 17.798, EN EL PROCESO PENAL RUC N° 1501201840-9, RIT N° 88-2019, SEGUIDO ANTE EL SEGUNDO TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO (2019): Tribunal Constitucional chileno, Rol N° 6416, de 29 de abril de 2019.*

