



Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

TESIS MAGÍSTER

La nueva pena sustitutiva de libertad vigilada: ¿sirve realmente al fin de la reinserción social del penado y la prevención del delito, respetando la legalidad de las puciones?

POSTULANTE: PATRICIO FERNANDO JIMÉNEZ CONTRERAS

PROFESOR GUIA: JOSE LUIS GUZMÁN DALBORA.

JUNIO 2014

Índice

Introducción	5
Capítulo I: De las penas sustitutivas en el derecho comparado	13
1. Nociones fundamentales de la pena	13
2. Evolución histórica de las penas	15
3. Nuevas modalidades de penas	17
4. Medidas alternativas en el Derecho comparado	28
4.1.- Francia	28
4.2.- Portugal	30
4.3.- Italia	32
4.4.- Alemania	33
4.5.- Inglaterra	34
4.6.- España	35
5. Normas internacionales que buscan alternativas a la prisión	37
6. Síntesis del capítulo	39
Capítulo II: De la libertad vigilada en el Derecho comparado	41
1. Origen de la libertad vigilada	41
2. La libertad vigilada en el Derecho comparado	43
2.1.- Inglaterra	44
2.2.- Estados Unidos	45
2.3.- España	46

3. Síntesis del capítulo	51
Capítulo III: De la libertad vigilada en Chile	54
1. Origen histórico	54
2. Incidencia de los principios penales generales en los sustitutos penales	61
2.1.- Principio de legalidad penal	61
2.2.- Principio de igualdad ante la ley penal	61
2.3.- Principio de intervención mínima del Derecho penal.....	62
2.4.- Principio de proporcionalidad	62
2.5.- Principio de culpabilidad	63
2.6.- Principio de humanidad de las penas y dignidad del penado.....	63
3. De la libertad vigilada y sus modalidades.....	64
3.0.- Libertad vigilada y sus modalidades.....	64
3.1.- Procedencia de la libertad vigilad.....	68
3.2.- Libertad vigilada intensiva.....	72
3.3.- Extensión del periodo de prueba	73
3.4.- Condiciones	75
3.5.- Condiciones adicionales aplicables a la libertad vigilada intensiva..	78
3.6.- Controles.....	78
3.7.- Monitoreo telemático.....	80
3.8.- Deberes e incumplimientos de la medida de libertad vigilada.....	85
3.9.- Revocación.....	85
3.10.- Reemplazo de la pena sustitutiva.....	86
4. Pena mixta	87

4.1.- Requisitos para que opere.....	87
5. Motivación de sus decisiones.....	88
6. Recursos y novedades procesales	89
6.1.- Condena en procedimiento abreviado ante el juez de garantía.....	89
6.2.-Condena en procedimiento simplificado ante el Juez de Garantía o en juicio oral ante el tribunal del juicio oral en lo penal.....	89
6.3.- Situación especial	90
Conclusión.....	91
Bibliografía.....	100

Introducción

La presente tesis asume el desafío de analizar, a la luz del principio de legalidad, la ley número 20.603 sobre “Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, promulgada con fecha 13 de junio del año 2012. Sobre este asunto se opina que “los problemas que conciernen a estas penas son comunes a los que rodean a las otras penas, sean criminales o no, y derivadas esencialmente de la necesidad de respetar los principios político criminales de un Estado de Derecho democrático, tales como el principio de humanidad, libertad, presunción de inocencia, igualdad y, por cierto, el principio de legalidad. Asimismo, los derivados de un Estado social, por ejemplo, principios de culpabilidad y proporcionalidad”¹.

Al respecto, en primer lugar debemos enfrentarnos con el problema de su regulación normativa basada en ideales de solución del problema carcelario. Se trata de un reemplazo de las penas de encarcelamiento por otras sanciones con contenido punitivo que puede plantearse en tres planos diferentes, a saber:

- a) Estableciendo en el catálogo de sanciones previstas por el Código penal, principalmente, penas cortas de cárcel, esto es, nuevas modalidades autónomas de punición impuestas directamente por el juez y sin estar sujetas a la sombra de la cárcel para el evento de revocación.
- b) Estableciendo institutos que permitan, no obstante la aplicación de la pena privativa de libertad, su perdón, sea simple o condicionado.
- c) Permitiendo el reemplazo de la pena privativa de libertad por otros métodos semi-institucionales o no institucionales de cumplimiento de ella².

Lo anterior viene dado por la crisis de todas las penas privativas de libertad, sean de corta o de larga duración y, en consecuencia, los desafíos futuros aparecen nítidamente: i) necesidad de contener una criminalidad en aumento mediante fórmulas preventivas y terapéuticas eficaces; ii) precariedad de la prisión para disuadir ante la primera o la segunda infracción delictiva; iii) recargo del sistema carcelario; y iv) recelo en el legislador y en la

¹Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad*. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana, Colex, Madrid, 2000, pág. 397.

²Cousiño Mac Iver, Luis, “La crisis de las penas privativas de libertad, sistemas supletorios” en *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, t. XXXVII, tercera época, 1978-1981, cfr. pág. 219.

opinión pública ante penas diversas a la prisión que no incluyan claramente el componente de castigo y que no aparezcan validadas como eficaces o carentes de riesgo³.

Nuestro Código penal revela un predominio de la pena privativa de libertad. En este sentido, pocas figuras delictivas son sancionadas únicamente con pena de multa e, incluso, todavía es posible la conversión por prisión en caso de no pago de la misma. Así, vemos una escasa aplicación de penas restrictivas de libertad y un limitado ámbito de aplicación del principio de oportunidad. La ley olvida el perdón judicial, los servicios comunitarios, la simple amonestación y el modelo de la *probation* anglosajona, al tiempo que aplica de manera desmedida la prisión preventiva, generando el fenómeno de la pena anticipada. Por tanto, urge revisar las nuevas orientaciones del sistema de sanciones.

En efecto, un primer paso supone elaborar una política concreta en esta materia, tanto despenalizadora como social, evitando el recurso a la respuesta punitiva del Estado en contra de conductas que no son penalmente relevantes (por ejemplo, delitos de bagatela) y, en consecuencia, concentrando su preocupación en aquellos comportamientos que comprometen seriamente el funcionamiento de la sociedad.

En la presente tesis demostraremos la necesidad de reducir, a nivel legal, tanto el uso de la prisión para las penas denominadas cortas como la extensión temporal para las otras, significando ello la previsión de un elenco suficiente de formas de punición alternativas al encierro gracias a su elevación a penas principales y autónomas. También observaremos cómo en la doctrina comparada -de manera prácticamente unánime- se ha instalado la idea de concebir nuevas modalidades sancionatorias como verdaderas penas, incorporadas al catálogo respectivo en la parte general de los códigos del ramo. Esto requiere sumergir cada una de ellas en un contenido sancionatorio que les brinde, además, autonomía lógica y normativa respecto al modelo *detentivo*⁴. Cabe aquí destacar con especial énfasis que tales alternativas a la prisión igualmente son sanciones de naturaleza penal, siendo identificables en ellas restricciones y elementos coactivos que deben regirse por los principios rectores de la pena, figurando entre estos el respetado principio de legalidad. Tras ello, por cierto, hay también un ineludible cambio en la forma de trabajo de los jueces, lo que redundará en la necesidad de fijarles criterios-guía con los que se harán uso de su discrecionalidad, pudiendo en el camino de la individualización de la pena aplicar la sanción dentro de márgenes mucho más amplios.

³González Berendique, Marco, “Tras una mayor eficacia de la pena: prisión y alternativas, algunos indicadores”, en *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, t. XXXVII, vol. I, tercera época, 1978-1981, cfr. pág. 238.

⁴Giunta, Fausto, “Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profiliri costruttive di nterpretativi: profiliri costruttive di nterpretativi del capo III Della legge 689 del 1981,” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 2, 1985, pág. 481.

Lo anterior supone una tarea legislativa llamada a dar cobertura legal a tales necesidades. Sin embargo, demostraremos que el legislador chileno tuvo la real posibilidad de formular el cambio en esta materia con ocasión de la ley 20.603, pero al recorrer su historia legislativa y luego su normativa final podremos concluir que se cometieron los mismos errores del pasado, transformándola en una reforma sin destino que nada avanza en el proceso de generar un nuevo campo punitivo. Según lo ya expresado, se cimienta en políticas criminales que mantienen el enfoque en la prisión como remedio de solución de conflictos penales, dándose la espalda a aquella deuda histórica consistente en legislar de manera seria en materia de ejecución de penas, por cuanto nada se consigue con imponer determinados castigos si a la hora de su cumplimiento no se prevén controles judiciales a la ejecución, otorgándose un verdadero “cheque en blanco” a Gendarmería de Chile, con el consiguiente aumento de la arbitrariedad en sus decisiones.

Nuestra tesis se enmarca en el convencimiento de la necesidad de buscar verdaderas soluciones a la cárcel, pero que a la luz de nuestra ley de penas sustitutivas este camino adolece de serias debilidades. En el fondo, se trata de una reforma sin destino. En efecto, seguimos en una tendencia hacia la valorización de las penas privativas de libertad como única forma genuina de sanción penal, en donde la concesión de modalidades alternativas de cumplimiento es observada por la sociedad como un verdadero regalo a la impunidad, fiel reflejo de una justicia que favorece más a los victimarios y propio de un aparato punitivo ineficaz en la lucha contra la delincuencia. No se trata de la erradicación absoluta de la pena de encierro, sino que teniendo presente su carácter marginal en atención a los efectos desocializadores que provoca y que serán de *lato* análisis, ella debe ser utilizada cuando fuere estrictamente necesaria en atención a la gravedad, la circunstancia del delito en concreto y la personalidad del delincuente⁵.

En lo restante, en un sistema penal respetuoso de la dignidad humana, se debería preferir imponer sanciones diversas a la prisión que resulten menos restrictivas de los derechos de los condenados y que sean, a fin de cuentas, penas propiamente tales, ya que comparten con aquellas privativas de libertad su contenido aflictivo. Con todo, podremos advertir que en nuestro país, aun cuando no es el único, ha sido imposible implementar una estrategia como la descrita debido a que nuestra política criminal va por un rumbo diverso⁶.

⁵Escobar Gil, Rodrigo “Medidas sustitutivas a la pena de privación de la libertad”, en *Derecho y Humanidades*, n° 18, 2011, cfr. págs. 41-50.

⁶En tal sentido, Horvitz señala que “resulta antitético y esquizofrénico promover un proyecto encaminado a ‘humanizar’ las cárceles o a sustituirlas con medidas alternativas si, simultáneamente, se practica la criminalización indiscriminada, se incrementan las penas confiando en su pretendido efecto preventivo-general intimidatorio, y se construyen cárceles de máxima seguridad, todo ello para resolver el problema del ‘aumento de la delincuencia’ y de la ‘inseguridad ciudadana’. Mientras por un lado se levanta formalmente el discurso de la resocialización a través de las alternativas a la prisión-haciendo un manejo utilitario de la expresión- por el otro, se conserva y potencia el carácter represivo y vindicativo de la cárcel, su función de aseguramiento”. Horvitz Lennon, María Inés, “Medidas alternativas a la prisión. Su inserción en el sistema penitenciario chileno y presupuestos para su profundización en Chile”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, n° 24, 1993, pág. 133.

Todo ello, sin perjuicio de haber abandonado otras esferas de sanción como la civil, administrativa, comunitaria y terapéutica, entre otras.

El primer capítulo hemos preferido iniciarlo entregando una mirada a las denominadas “penas sustitutivas” en el Derecho comparado. En él hacemos una síntesis de la historia y evolución de la pena privativa de libertad que irrumpe a fines del siglo XVIII en la reforma penal del iluminismo, cuya bondad ha sido la posibilidad de graduar la pérdida de libertad conforme a la distinta naturaleza de los delitos⁷ y que se considera como un sustituto a la pena de muerte o, por lo menos, un reductor de ella. Su desarrollo ha sido una historia progresiva de racionalización y humanización que arranca por entender que la relación del privado de libertad con el Estado debe ser considerada como un vínculo de derechos y deberes para ambos. Si bien suele distinguirse en materia de penas privativas de libertad entre penas cortas y penas largas, existe incertidumbre sobre los límites de una y otra y, consecuentemente, la duración de las mismas al ser impuestas por el sentenciador.

En el avanzar de nuestras líneas daremos cuenta de la crisis de la prisión, la que permite sustentar modificaciones capaces de superar la inutilidad práctica de la misma, evidenciada estadísticamente y que está lejos de reducir la tasa de criminalidad, su colisión con la legalidad e igualdad como principios capitales del Derecho y, la producción de consecuencias negativas sobre el preso englobadas bajo el fenómeno de prisionización⁸. Frente a esto, es menester acotar su objetivo a la pérdida o limitación de la libertad ambulatoria en un establecimiento oficial y cerrado e intentar que los legisladores se hagan cargo de fijar formas eficientes de cumplimiento, toda vez que la calificación de inhumana o degradante de una pena no solamente depende por su duración, sino además, de su ejecución y de las modalidades que reviste⁹. En definitiva, bajo la idea de la prevención especial de la pena se formulan ideas de corrección, educación, tratamiento resocializador y humanitario, ayudando al condenado durante su cumplimiento carcelario, cuestión como se ha dicho, no ha logrado sus anhelos, quedando meridianamente claro que resulta imposible enseñar a vivir en libertad cuando se priva de la misma olvidando que la pena se legitima cuando es justa y útil.

Cuando se habla de sustitutivos o alternativas suele incluirse un conjunto de mecanismos variados que no operan de la misma forma, ni con carácter general ni respecto de la propia pena que pretenden evitar¹⁰, aunque comparten, por un lado, la finalidad en su

⁷Guzmán Dálbora, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008, págs. 181 y 182.

⁸Sáinz Cantero, “La Sustitución de la pena de privación de libertad”, en *Estudios Penales*, tomo II, Reforma Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1978.

⁹Vaello Esquerdo, Esperanza, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Universidad de Alicante, Alicante, 2004, págs. 31-33.

¹⁰De la Cuesta Arzamendi, José, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal*. Homenaje al profesor Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993, cfr. pág. 322.

génesis -en cuanto evitar o reducir la pena de prisión- y, por otro, su campo de aplicación se reduce a las penas cortas, produciéndose su identificación al hablar de sustitutos penales. Tras ello, existe un afán por buscar sustitutos que cumplan con las finalidades de la pena observando los principios de proporcionalidad e intervención mínima del Derecho penal. Históricamente, el problema de la sustitución o de las alternativas a las penas privativas de libertad ha sido abordado y resuelto en derecho comparado de modo diverso, tanto a nivel doctrinario como legislativo. En efecto, en algunos Códigos penales se contemplan para ciertos tipos delictivos penas autónomas distintas al encarcelamiento y que por razones de política criminal y adecuación al caso, permiten entender que esa pena diversa cumple mejor con su finalidad (por ejemplo, multa, caución, comiso, destierro, extrañamiento, confinamiento, suspensión de empleo, inhabilidades absolutas o relativas, suspensión de determinadas licencias, entre otras)¹¹. Respecto de este tipo de sanciones cabe precisar que, contrariamente a la intención con que se han incorporado a los Códigos, no se presentan como penas entre cuyos efectos se cuente la reducción de la cárcel, sino más bien, en la mayor parte de los casos se conciben como penas accesorias a la propia de prisión.

En otras legislaciones se han incorporado figuras que, no obstante la aplicación de la pena privativa, permiten su perdón judicial, en modalidad simple o condicionado, dependiendo de las circunstancias especiales del hecho y la personalidad del autor (por ejemplo, el propio perdón judicial, la remisión condicional de la pena, el arresto domiciliario, colaboración con la comunidad, reclusión parcial, libertad controlada o vigilada, entre otras). Finalmente, también identificamos casos en que se tolera el reemplazo de la pena de encierro por otros métodos semainstitucionales o no institucionales de cumplimiento de la pena y que tienen directa relación con los beneficios intrapenitenciarios (salida dominical, salida de fin de semana o salida diaria, conocidos todos como permisos bajo palabra) o con la propia libertad condicional una vez cumplida parte de la pena de encierro y dándose ciertos requisitos a favor del condenado.

A pesar de los esfuerzos que detallaremos, observamos el fenómeno contaminador que se produce por el uso desmedido e irracional de la prisión preventiva a los perseguidos penalmente, sin previa condena, y que ha llevado a ser utilizada, en palabras de Mantovani, como una compensación de la indulgencia penal¹². Esto supone también revisar su aplicación al mínimo necesario, por cuanto de poco sirve que después del juicio penal se otorgue una pena alternativa cuando la extensa prisión que la ha precedido permite darla por cumplida.

Es posible indicar que a partir de los años setenta del siglo XX y hasta la fecha este tema se ha convertido en un eje central de discusión de la Política criminal en la mayoría de

¹¹En nuestro Código penal se destaca en ciertos delitos de malversación de caudales públicos cometidos por empleado público penas principales a imponer en el evento de condena, por ejemplo: suspensión de cargo público o inhabilitación especial temporal para el mismo (artículos 234, 235, 236, 237).

¹²Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generale*, Cedam, Padova, 5ª ed., 2007, cfr. págs. 806 y 807.

los países de Europa Occidental. Así, en países como Italia, España, Portugal, Alemania, Francia y Gran Bretaña, y también en Estados Unidos de Norteamérica, se impone cada vez con mayor fuerza como alternativa a la pena privativa de libertad la suspensión de la condena bajo libertad vigilada, en su versión anglosajona denominada *probation* o, según el modelo franco-belga, la llamada *sursis*.

Luego, un segundo eje de atención en este primer capítulo es el análisis particular y, por cierto, más preciso, del instituto de la libertad vigilada y su tratamiento en el derecho comparado. Específicamente, haremos el análisis de la figura de la *probation*, que tiene su origen en Estados Unidos de Norteamérica a mediados del siglo pasado, siendo concebida como una facultad de los jueces de suspender temporalmente una condena impuesta por sentencia condenatoria firme, bajo determinado supuesto y con la obligación de garantizar por parte de un tercero el buen comportamiento del sentenciado, denominada condena condicional y cuya amenaza es la revocación. En rigor, la *probation* anglosajona tiene, por cierto, carácter de pena autónoma y no una mera alternativa al encierro, toda vez que sustituye y evita la condena, aunque al quedar condicionado su cumplimiento a determinadas obligaciones es posible confrontarla con el sistema continental¹³. Tales condiciones son de carácter educativo y rehabilitador, por ejemplo, el tratamiento de desintoxicación, el control por asistentes sociales, la prohibición de realizar determinadas conductas o frecuentar determinados lugares, entre otras. Esta figura independiente y que va ligada a la suspensión del pronunciamiento de la condena constituye una respuesta concreta y eficaz a la crisis de las penas privativas de libertad, cumpliendo una función superadora de medidas que venían operando con una naturaleza meramente de clemencia o de indulgencia, según parte de la doctrina¹⁴.

Por su parte, en Europa Occidental, también bajo la idea de evitar los efectos desocializadores que supone el encierro en el penado, ha surgido como pena sustitutiva al encarcelamiento la suspensión de condena mediante libertad vigilada. Se trata del modelo denominado *sursis*, de origen franco-belga¹⁵, y que pone énfasis en las ideas de proporcionalidad, adecuación de la pena al delito concreto cometido y pena justa a imponer, dando cuenta de este esfuerzo las diversas reformas que han implementado países como Suecia, Portugal, Italia, Francia y, en especial, Gran Bretaña -donde actualmente es concebida como pena principal para numerosos delitos castigados con prisión- y, Alemania, cuyos esfuerzos tienden a incrementar la suspensión de condena con libertad vigilada respecto de penas hasta dos años. Por su parte, en el Derecho español encontramos un modelo mixto que gira en torno a la rehabilitación - tratamiento del que delinque por

¹³Gonzalez Zorrilla, C, "Suspensión de la pena y probation", en Cid Moliné, José/ Larrauri Pijoán, Elena, *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, cfr. pág. 62

¹⁴De Sola Dueñas, Ángel/ García Arán, Mercedes/ Hormazábal Malarée, Hernán, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPU, Barcelona, 1986, cfr. pág. 72.

¹⁵Contribuye también al remplazo de la pena privativa de libertad la sustitución parcial de la pena de encierro por la vía de la libertad condicional del régimen penitenciario.

primera vez en la comisión del delito (*probation*) observando el principio de la proporcionalidad - pena justa (*sursis*), resultando una novedad interesante resaltar.

En todo caso, estos sistemas presentan diferencias sustanciales, por cuanto en el sistema anglosajón no se llega a la condena: una vez emitido el pronunciamiento de culpabilidad por el jurado, el juez cuenta con facultades para no condenar al acusado a una pena privativa de libertad, en la medida que cumpla ciertas condiciones que se le imponen durante un tiempo determinado y donde la más importante de ellas consiste en mantener contacto frecuente con el oficial de prueba (*probation-officer*), sometiéndose a sus indicaciones para así, cumpliendo satisfactoriamente la misma, evitar una condena. En cambio, el sistema *sursis* comienza por imponer una pena al sentenciado y, acto seguido, el órgano jurisdiccional tiene facultades para suspender la pena bajo condición que se comporte honradamente durante un período de prueba, acercándose a la figura de la remisión condicional de la pena. Sin embargo, la condena figura en los antecedentes penales del sentenciado bajo esta modalidad. En el fondo, es la ejecución de la pena lo que queda en suspenso.

Revisaremos que no existe en el Derecho comparado uniformidad de criterios para su concesión. Así por ejemplo, respecto de la *probation* se discute si puede otorgarse antes de la dictación de la sentencia, si requiere por parte del condenado que haya confesado el delito durante el proceso, si puede decretarse aún con oposición de su destinatario, si requiere que sea promovida por la defensa o cuenta el juez con facultades de oficio, si procede respecto de personas que se encuentre acreditado en el proceso condiciones denominadas inadecuadas como alcoholismo, drogadictos, delincuentes habituales, débiles mentales, entre otros criterios.¹⁶

Por último, se aborda el tópico de la libertad vigilada en Chile comenzando por una breve reseña histórica de su establecimiento. Se intenta aquí demostrar que nuestro diseño en la materia, antes y ahora, se sigue enmarcando en una mirada de defensa social cuyos ejes son la peligrosidad y el correccionalismo. Son medidas que permanecen ancladas a la prisión y que funcionan como sanciones penales facultativas de los jueces penales.

En efecto, la reciente ley número 20.603 está muy lejos de la pretensión del legislador de creer que mediante su dictación podría solucionarse el problema carcelario, el que está lejos de cumplirse. Más aún cuando se repara en los obstáculos que presenta el sistema penal en que se inserta, cuyo sello selectivo, retributivo, fragmentario, represivo, punitivo en extremo y débilmente garantista no contribuye a tal tarea y hace fracasar a las

¹⁶Sanz Mulas, op. cit., pág. 269

denominadas penas sustitutivas de dicha ley. En suma, se trata de cárcel más medidas sustitutivas o sustitución condicionada siempre a la cárcel¹⁷.

Revisaremos en detalle su regulación legal y alcances, reflexionando sobre el espíritu de la norma con una visión crítica de sus preceptos; y también intentaremos responder las interrogantes de nuestra tesis a la luz de tal cuerpo legal. Desde ya, cabe adelantar que en nuestro país el instituto en análisis nunca ha sido concebido como pena autónoma ni tampoco supone no imponer pena alguna al culpable. Antes bien, el tribunal sentenciador debe imponer una pena por el delito cometido y luego evaluar si procede a su respecto sustituir la pena por una libertad vigilada, decretándose en la misma sentencia y expresando en ella los fundamentos en que se apoya. Precisamente, una de sus mayores críticas: consiste en no ser concebidas como verdaderas formas de punición principales y directas a imponer por un sentenciador siempre atento a los principios de proporcionalidad y de intervención mínima, sino que, por el contrario, en nuestro caso estaría motivado por ideas de responsabilización y restauración¹⁸.

¹⁷Jiménez Allendes, María Angélica, “Sistema Penal y Medidas Alternativas”, en *Cuaderno de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales, n° 24, 1993, cfr. pág. 45.

¹⁸Santos Alwins, Tamara/ Jiménez Allendes, María Angélica, “¿Qué hacer con las alternativas a la prisión?”, en *Nova Criminis*, n° 3, 2012, cfr. pág. 180. En el mismo sentido, se agrega que ello resulta armónico con la incorporación de institutos como son las salidas alternativas del Código procesal penal: suspensión condicional del procedimiento o acuerdos reparatorios.

Capítulo I

De las penas sustitutivas en el Derecho comparado

La ley número 20.603 introduce sustanciales modificaciones a la ley número 18.216, que regulaba los sustitutivos penales. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley en comento se introduce en nuestra legislación la idea de penas sustitutivas de las penas privativas o restrictivas de libertad y, en consecuencia, el primer punto de detención consiste en reflexionar sobre la trascendencia jurídica de tal modificación y sus repercusiones a la hora de estudiar las figuras de la remisión condicional, la reclusión parcial, la prestación de servicios comunitarios, la expulsión de los extranjeros y, la libertad vigilada. Para tal efecto, parece indispensable entregar algunas nociones fundamentales de la pena que permitan ilustrarnos y guiarnos adecuadamente al momento de detenernos en el análisis de las denominadas “penas sustitutivas nacionales”.

1. Nociones fundamentales de la pena

En doctrina se afirma que la pena “supone una privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal”¹⁹. Se trata de un “fenómeno de dolor necesario, como sentimiento de reacción justa contra el delincuente, en defensa de la sociedad, a diferencia del daño, de la venganza y del castigo”²⁰. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar la falta de consenso en la doctrina para sostener una definición única de pena, la que dependerá de las concepciones que se sustenten respecto del castigo, a las maneras peculiares y concretas de entenderlo²¹. Siguiendo en este punto al profesor Guzmán Dalbora, la pena en el Derecho chileno representa una “pérdida o limitación de determinados bienes jurídicos, impuesta según la ley por los órganos jurisdiccionales y en sentencia firme al individuo que ésta declara responsable de un delito”²². Se considera una amarga e inevitable necesidad

¹⁹VaelloEsquerdo, op. cit., pág.17.

²⁰Von Liszt, Franz, *Tratado de Derecho penal*, Valleta, Buenos Aires, 2007, pág. 550.

²¹Guzmán Dalbora, op.cit., pág. 33.

²²Ídem, págs. 28 y34.

para mantener las condiciones de vida en aras de la convivencia social en comunidad. Por otro lado, la pena cumple fines que tradicionalmente se han estructurado bajo un sentido meramente retributivo, compensando un mal por otro mal y que se encasillan en las teorías absolutas; o asignándole un fin preventivo, bajo el modelo de la teorías relativas en su modalidad de prevención general negativa, donde mediante el temor que implica la imposición de la pena se busca que la comunidad se abstenga de la comisión de delitos²³; o bien, de prevención especial, que legitima la imposición de la pena, actuando sobre quien ya delinquirió, o sea, el propio penado, buscando en la etapa de ejecución de la pena que el sentenciado no vuelva a delinquir en el futuro. Tras ello, hay una idea de reconciliarlo con la comunidad por medio de su resocialización, aunque también puede comprenderse que su corrección se logre con el propio efecto intimidatorio de la pena o, en otros casos, con su neutralización y aseguramiento. También aparecen con mucha difusión las teorías mixtas que suponen mezclar las bondades de ambas teorías antes indicadas. En tal sentido, cobran importancia para nosotros aquellas teorías unitarias que asignan a la pena un fin distinto según sea el momento de que se trate. En efecto, de este modo podemos distinguir que la prevención general predomina en la fase legislativa al momento de crear tipos penales y asignar una pena en abstracto. Ahora, en el momento de la aplicación concreta de la pena por el juez al delito cometido está presente la idea de retribución y prevención general y especial y, por último, en la fase de ejecución de la pena predomina la idea de la prevención especial, máxime si se trata de una pena privativa de libertad, donde tendrán plena vigencia las denominadas penas sustitutivas²⁴.

En tal orden de ideas es preciso, entonces, referirse a las penas privativas de libertad que irrumpen a fines del siglo XVIII en la reforma penal del Iluminismo, que ve su bondad en la posibilidad de graduar la pérdida de libertad conforme a la distinta naturaleza de los delitos²⁵ y que las considera como un sustituto a la pena de muerte o, por lo menos, permite reducir su aplicación. Aunque pueden reconocerse diferentes modalidades de penas privativas de libertad, el prototipo por excelencia es la prisión, el encierro o cárcel, que en palabras de Alberto Binder es simplemente una jaula para encerrar humanos, cuya utilización constituye un instrumento cruel y que creemos civilizado²⁶, aunque se constituye en ciertos casos como una respuesta ineludible frente a determinados delitos y delincuentes²⁷. Todo ello, advirtiendo que su utilización debería ser restringida únicamente para ese margen mínimo ineludible de aplicación, sin olvidar que aún muestra nulo

²³Suele también en doctrina referirse al término “prevención general positiva”, que busca salir al paso del reproche que se indica al mero fin de la intimidación. En efecto, se pretende graficar que la evitación de delitos no debe solamente buscar a través de la pura intimidación negativa, sino también mediante la afirmación del Derecho.

²⁴En este sentido, Fónan Balestra indica que la pena atraviesa tres etapas: la de asignación a un tipo por el legislador; la de imposición por el juez; la de cumplimiento por el órgano correccional, citado por González Berendique, op. cit., pág. 241.

²⁵Guzmán Dalbora, op.cit. págs.180 y 181.

²⁶Binder, Alberto, *Introducción al Derecho procesal penal*, Ad. hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2004, cfr. pág. 296.

²⁷Vaello Esquerdo, op. cit., pág. 31.

rendimiento preventivo, siendo una imperiosa necesidad dar paso a otras formas de punición.

2. Evolución histórica de las penas

Su evolución ha sido una historia progresiva de racionalización y humanización y que parte por entender que la situación del preso en su relación con el Estado debe ser considerada como un vínculo de derechos y deberes para ambos. Ya desde antiguo, es posible observar algunos problemas, por ejemplo, el divorcio entre la imposición de la pena por sentencia condenatoria y su cumplimiento efectivo, lo que lleva a situaciones de flagrante ilegalidad y discrecionalidad por parte de la Administración al carecer esta última de un adecuado control jurisdiccional. Esto contribuye a olvidar que las limitaciones para el penado deben provenir siempre de la ley y no de la Administración -como ocurre en diversas áreas hasta nuestros días- aunque existe en la actualidad una conciencia social que permite hablar de la necesidad de una ley de ejecución que regule y limite este vínculo de derecho público entre el preso y el Estado. Sin embargo, se verá que en la práctica aún queda un largo camino por recorrer, llevando a afirmar de modo certero que el Estado de Derecho permanece fuera de la cárcel²⁸.

Suele distinguirse en materia de penas privativas de libertad entre penas cortas y largas, permaneciendo hasta hoy un sello de incertidumbre sobre los límites precisos de una y otra. Las primeras son aquellas que, en principio, no deberían durar más de tres meses -cuestión ratificada por el duodécimo Congreso de la Comisión Penal y Penitenciaria de 1950- pero luego se aumentó a seis meses en el Congreso de Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente del año 1960. No obstante, se advierte la falta de adecuado consenso sobre el punto, por cuanto en algunas legislaciones se establece en un año o más el límite entre una y otra, levantándose críticas hacia la imposición de ciertas “penas cortas” efectivas de encierro, dando pie a lo que se conoce como la crisis de esta forma de punición. Tras ello, surgió el cuestionamiento a su verdadera utilidad, al tiempo de observarse sus efectos más gravosos en el propio penado y su grupo familiar, vulnerándose también principios como el de proporcionalidad e intervención mínima.

Por su parte, las penas largas son aquellas de prolongación superior, incluyéndose aquí a las perpetuas. Respecto de estas últimas el debate se mantiene plenamente vigente, primando el factor cuantitativo y en donde el juez penal se limita a fijar la pena única y conferir al servicio de prisiones la labor de controlar el cumplimiento²⁹.

²⁸Guzmán Dalbora, op.cit., cfr. pág. 189 y 190.

²⁹En tal sentido, Künsemüller Loebenfelder, Carlos, *Derecho penal y política criminal*, LegalPublishing, Santiago, 2012, págs. 635 y 636, subraya la idea de que históricamente la fase ejecutiva fue quedando huérfana de toda atención de parte de los juristas. Agotada la fase declarativa del procedimiento penal, prácticamente no interesaba a nadie, salvo honrosas excepciones, saber qué sucedía después de la firmeza de

En cuanto a su duración, se afirma que la idea de la resocialización del condenado es incompatible con la de encierro por penas demasiado cortas o excesivamente largas. Se funda tal afirmación en que las primeras, por su brevedad, impiden todo tipo de tratamiento y, por el contrario, pueden incentivar en el penado la comisión de nuevos delitos por su contacto con el mundo carcelario³⁰; mientras que las segundas, por sus perniciosos efectos sobre el condenado. En efecto, la crisis de la prisión, que permite sustentar modificaciones en la materia, viene dada por múltiples factores, tales como la inutilidad práctica evidenciada estadísticamente y que está lejos de reducir la tasa de criminalidad; colisiona con principios básicos del Derecho, a saber, la igualdad y legalidad; y también provoca consecuencias negativas sobre el preso que llevan a hablar del fenómeno de la prisionización³¹, afectando el principio de personalidad de las penas. Es por esta razón que resulta tarea ineludible el acotar el objeto del castigo a la pérdida o limitación de la libertad ambulatoria en un establecimiento oficial y cerrado e intentar que los legisladores también se hagan cargo efectivamente de las formas de cumplimiento³², toda vez que la calificación de inhumana o degradante de una pena no solamente depende de su duración, sino también de su ejecución y las modalidades que ella reviste³³.

En definitiva, bajo la idea de prevención especial de la pena se formulan ideas de corrección, educación, tratamiento resocializador y humanitario, ayudando al condenado durante todo su cumplimiento carcelario³⁴, cuestión que no ha logrado sus anhelos debido a

la sentencia condenatoria. Daba la impresión de que con dicha resolución terminaba el asunto, que ya no había nada pendiente para el mundo jurídico-penal. Luego en págs. 640 a 650 reafirma la necesidad de una judicatura especial de ejecución ligada directamente a la figura del juez de ejecución de las penas o juez de vigilancia penitenciaria y que signifique la continuación de la función juzgadora que finalizó con la sentencia penal firme, haciéndose cargo del cumplimiento de la pena, resolviendo los recursos y acciones referentes a las modificaciones que puede experimentar la pena y las lesiones de derechos individuales que de ello puedan surgir, con arreglo a la ley y los reglamentos. En este sentido, Wolfgang Schöne indica que todo esto apunta a un orden jurídico-penal en armonía con los derechos humanos y, en especial, de la dignidad inviolable de la persona. Schöne, Wolfgang, "Derechos humanos y procedimiento penal: pautas del Procedimiento penal alemán", en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Repartición y Reconciliación. Colección de Estudios N° 1. págs 600 y ss.

³⁰Hay quienes opinan que en las penas cortas, por ningún motivo, ni aún so pretexto de supuestos de reincidencia, el autor tenga que sufrir penas de encierro y deben aplicarse otras de diversa naturaleza, verbigracia, multa, prestación de servicios comunitarios, reprensión judicial, limitación de derechos cívicos, profesionales o de contratación. En tal sentido ver Guzmán Dalbora, op. cit., pág.195.

³¹Sáinz Cantero, op. cit. pág. 195.

³²Sin embargo, la sensación colectiva de inseguridad cada día alcanza mayor fuerza y exige mayor intervención del Derecho penal con más dureza en sus respuestas, al punto de sacrificar en no menor medida nuestras propias libertades. De hecho, al revisar diversas modificaciones legislativas nacionales encontramos que el fundamento para el cambio es la inseguridad pública y la creencia en la dureza de la pena como factor intimidatorio que permitiría evitar la comisión de delitos.

³³Doctrina del Tribunal Constitucional Español, en Vaello Esquerdo, op.cit., pág. 33.

³⁴La pena de tratamiento aún sigue vigente, asumiendo diversas modalidades. En un primer momento muy influenciado por conceptos biológicos –se habla de un ser diversos o inferior, incluso se llega a tratarlo como enfermo- más tarde se enfatizan los problemas de la interacción social o de la estructura de personalidad y se busca un espectro más amplio de los medios de tratamiento al delincuente, donde participan psiquiatras, psicólogos, educadores, trabajadores sociales, sociólogos, etc.

que resulta imposible enseñar a vivir en libertad cuando se priva de ella, olvidando que la pena se legitima cuando es justa y útil.

En este contexto, la crisis es evidente, a lo que se suma que el delito en Latinoamérica ha experimentado un permanente y significativo aumento cuantitativo y cualitativo³⁵, donde la respuesta exclusiva y oficial de los Estados ha sido la pena de prisión³⁶³⁷. De allí que el desafío no consiste exclusivamente en modelar nuevas formas de penas diversas a la prisión, pues también debe considerar la sensibilización de la opinión pública frente a este problema, la que de modo permanente implora castigos severos bajo la creencia de ser más eficaces en la denominada lucha contra la criminalidad, cuestión tan ilusa como creer que algún día la sociedad vivirá sin delitos³⁸.

De lo anterior, surge inevitablemente la idea de pensar verdaderamente en nuevas rutas o formas de punición y no meros cambios de dudosa eficacia. Sin embargo, hoy el escenario nacional camina por la vereda contraria, lo que se demuestra con la entrada en vigencia de la Ley número 20.603.

3. Nuevas modalidades de penas

Urge y es imprescindible, entonces, sustituir la prisión por otras modalidades de penas y que resulten más acordes con las nuevas orientaciones del Derecho penal, debiendo reconocerse, de paso, la vigencia de la pena privativa de libertad para casos excepcionales y singulares como único medio adecuado para proteger a la comunidad social de la recidiva delictiva³⁹, eso sí, con una salvedad, despojada en su cumplimiento, de todo tipo de vejamen, tormento o aflicción corporal o espiritual, pues su objetivo no es ser una penadolor, sino que únicamente tiene por objeto neutralizar al condenado. Esto supone profundas modificaciones capaces de organizar un tratamiento penitenciario digno y un control efectivo del juez de ejecución, quien debe velar por adecuadas y permanentes condiciones de cumplimiento. Una de las grandes ventajas de los sustitutos es la reducción notable de personas en las cárceles y el consiguiente ahorro de recursos estatales que pueden ser destinados a fines preventivos mucho más eficaces y adecuados, propios de una política criminal que verdaderamente busque desincentivar la comisión de ilícitos.

³⁵Informe del Secretario General para el 32º periodo de sesiones de la Asamblea General de N.N.U.U. (A/32/199), sobre “Prevención del delito y lucha contra la delincuencia”, págs. 25 y 32.

³⁶González Berendique, op. cit., pág. 237-238.

³⁷Larrauri, Elena “La Economía Política del Castigo” en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 11, 2009, págs. 57, citando una de las obras más influyentes de Garland, indica que hoy nos enfrentamos a sistemas punitivos que enfatizan objetivos como castigo, incapacitación del delincuente y protección del público.

³⁸A todo lo anterior se suma el alto costo económico y social que implica construir más cárceles, de lo cual ya Naciones Unidas ha puesto su acento al indicar que en los países pobres y en desarrollo constituye una media del 7% del gasto total del presupuesto del país.

³⁹Cousiño Mac Iver, op.cit.,cfr. pág. 214.

Ahora bien, si se observa el fenómeno de la pena de encierro desde una mirada de economía política, su repercusión también es trascendental. En efecto, se suele hablar de un nuevo modelo institucional de gobierno denominado “Estados sociales” o “Estado de bienestar”, bajo cuyos ideales se formula que estos promueven mayores cotas de inclusión económica y social por los mecanismos que promueven, disminuyendo las motivaciones para la comisión de delitos y, por ende, ponen énfasis en que hay un menor índice de encarcelamiento y que el mismo no se encuentra mediado por el delito⁴⁰. La circunstancia de que sean menos punitivos puede deberse a que la lógica moral del Estado supone la universalización de las prestaciones sociales y, por ello, sus ideologías tienden a ser más inclusivas y solidarias con las personas desfavorecidas: surgiría, con ello, el concepto de responsabilidad de la sociedad frente al delito y a los riesgos que la motivan. Por esta razón es que en tales Estados las alternativas asistenciales funcionan y la lógica no se construye sobre la base del temor o la vindicación, sino en ideas de tolerancia, respeto y confianza. Lo anterior redundaría no solo en el beneficio de reducir las tasas de delito, sino también en dar mayor legitimidad a las decisiones de política criminal del Estado y, a fin de cuentas, a su propia institucionalidad (caso de Finlandia)⁴¹.

Siguiendo en este punto al jurista italiano Pavarini, para quien la cuestión por resolver es determinar si es posible abstenerse del empleo de la cárcel únicamente a través de las alternativas legales a la pena privativa de libertad, surge el desafío de proponer una pena que sea socialmente más “útil” que la pena privativa de libertad y que se cumpla en “espacios extra-carcelarios”, lo cual solo es realizable de modo efectivo en la lógica de los Estados sociales. En consecuencia, a quien corresponda decidir entre la cárcel o algo diferente al encierro, lo hará apostando, si está convencido, sobre la base de valoraciones discrecionales, ahorrando la experiencia de la cárcel y reemplazándola por cualquier otra cosa que, siendo pena, tenga siempre un contenido disciplinario quizás de mayor utilidad y ciertamente menos aflictiva⁴².

Es por ello que su efectivo establecimiento requiere de una firme decisión político-criminal de los Estados a favor de alternativas de punición menos represivas o reactivas y más humanitarias, dejando atrás su concepción como una justificación para efectos de limitar el uso de cárcel debido al problema puntual del hacinamiento. Se debe partir, entonces, por entender que la cárcel forma parte de nuestra sociedad y no es algo diferente

⁴⁰Estos autores muestran cómo hay una correlación entre los índices de encarcelamiento y las tipologías de Estado social, lo que permite distinguir entre Estados sociales-demócratas de los países escandinavos, los Estados corporativistas de la Europa Occidental y los Estados neoliberales como los anglosajones. Larrauri Pijoan, op.cit.,pág. 64.

⁴¹Green, D, “Public opinion versus public judgement about crime: Correcting the ‘comedy of error’”, en *British journal of criminology*, nº 46 (1), enero 2006. Sostiene que la forma de gobernar pasa por echar al otro partido, por lo cual existen muchos incentivos para convertir el delito en un arma electoral capaz de derribar gobiernos, siendo difícil de imaginar que esta crítica constante no produzca efectos en la confianza del público.

⁴²Pavarini, Massimo, “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?”, en *Cuaderno de análisis Jurídico*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, nº 24, 1993, págs. 18-20

o contrapuesto a la sociedad civil, requiriéndose, por tanto, un efectivo cambio que permita que estas salidas legales desde la cárcel hacia lo social sea concebido como un cambio en su conjunto, produciéndose tales modificaciones incluso desde el interior de las propias cárceles bajo un modelo de intercambio o compatibilidad funcional. Sin embargo, se observa una preferencia por criterios a priori de selectividad que preceden a la individualización de aquellos sujetos que pueden ser admitidos o confiados a los circuitos de alternatividad, recordando como criterios excluyentes la idea de peligrosidad o el no contar con redes de apoyo. Todo ello demuestra la limitada aplicación que tienen las alternativas a la prisión y que, desde luego, provienen de las resistencias culturales que la sociedad misma contrapone a este proceso⁴³. Aunque, para ser correctos, deberíamos partir por el destierro de la terminología de alternativas al encierro, pues con ello no se desaloja a la prisión de su posición central y protagónica, debiendo preferirse hablar de “otras formas de punición autónoma e independiente”. Asimismo, se debe evitar la práctica actual de los Estados en orden a reducir las posibilidades de flexibilización del castigo en la ejecución y la tendencia al aumento de la penalidad, principalmente, a través de la introducción del riesgo.

El problema de la sustitución o alternatividad de las penas privativas de libertad ha sido abordado y resuelto de modo diverso, tanto a nivel doctrinal como legislativo. En efecto, en algunos Códigos penales se establece para algunos tipos delictivos penas autónomas, distintas al encarcelamiento y que tanto por razones de política criminal como por adecuación al caso permiten entender que esa pena diversa cumple mejor con su finalidad (por ejemplo, multa, caución, comiso, destierro, extrañamiento, confinamiento, inhabilidades absolutas o relativas, suspensión de determinadas licencias, entre otras). Respecto de esta clase de sanciones cabe precisar que, contrariamente a la intención con que se han incorporado a los Códigos, no se presentan como penas entre cuyos efectos se cuente la reducción de la cárcel, sino más bien, en la mayor parte de los casos se conciben como penas *accesorias a la propia prisión*. Presentan notables cualidades, siendo una de ellas el no responder su origen a la tendencia individualizadora; y otra, el que al no ser concebidas como consecuencias penales exclusivas de ciertos actos criminales, no se toman en consideración la personalidad o la peligrosidad del ofensor, el carácter de sus posibilidades de rehabilitación, ni se requiere una conducta activa o favorable por parte del infractor en el cumplimiento de la sanción, como ocurre con las modalidades sustitutivas de la pena⁴⁴.

En otras legislaciones se han incorporado figuras que, no obstante la aplicación de la pena privativa, permiten su perdón judicial en modalidad simple o condicionada, dependiendo de las circunstancias especiales del hecho y la personalidad del autor (por

⁴³Pavarini, op. cit., págs. 26 y 27.

⁴⁴Matus, Jean Pierre, *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el Cambio de Siglo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, cfr. págs. 32 y 33.

ejemplo, el propio perdón judicial⁴⁵, la remisión condicional de la pena, el arresto domiciliario, la colaboración con la comunidad, la reclusión parcial o la libertad controlada o vigilada). Finalmente, también observamos casos en que se tolera derechamente el reemplazo de la pena de encierro por otros métodos semi-institucionales o no institucionales de cumplimiento de la pena y que tienen directa relación con los beneficios intrapenitenciarios (salida dominical, salida de fin de semana o salida diaria, conocidos todos como *permisos bajo palabra*) o con la propia libertad condicional una vez cumplida parte de la pena de encierro y dándose ciertos requisitos a favor del condenado. Sin embargo, se cuestiona respecto de estas últimas su carácter autónomo a las penas sustitutivas, por cuanto ellas suponen ser impuestas individualizadamente, teniendo presente el comportamiento del penado y no constituyendo por sí mismas penas adecuadas a la naturaleza del delito. Más bien se prefiere por muchos hablar de medios de ejecución de una sentencia penal y que, por lo mismo, llevan implícito el cumplimiento de la pena.

En lo relativo a la denominación de estas formas de punición, al pasar revista por ellas se advierte la utilización de expresiones tales como penas alternativas, medidas sustitutivas, sanciones y medidas aplicadas en la comunidad⁴⁶, pena sustitutiva, formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, penas suspensivas o penas autónomas, por mencionar algunas. Esta última opción es la nuestra, la que no solo supone una elección puramente lingüística, sino que tras ella se recoge la idea que estas nuevas figuras de punición deben convertirse en formas efectivas y alternativas a aquellas privativas de libertad y que suponen concebirlas como nuevas modalidades de punición independientes, significando junto con diferencias ideológicas sustanciales en su concepción, también repercusiones prácticas importantes, como se revisará.

De lo anterior, parece necesario detenerse en precisar algunas cuestiones: cuando se habla de *sustitutivos* o *alternativas* se suele incluir un conjunto de mecanismos variados que no operan de la misma forma, ni con carácter general ni respecto de la propia pena que pretenden evitar⁴⁷, aunque comparten la finalidad de evitar o reducir la pena de prisión y un campo de aplicación reducido a las penas cortas, con las cuales se produce su identificación

⁴⁵Así por ejemplo podemos citar en nuestra realidad Latinoamericana algunos ejemplos, a saber: El artículo 83 del Código penal de Guatemala, siendo el único que establece el perdón judicial de modo amplio, esto es, para cualquier delito que tenga asignada una pena no superior a un año o multa y siempre que se trate de un delincuente primario y que carezca de peligrosidad. En el Código penal de Brasil se establece para el caso de Injuria, adulterio y sustracción de incapaces o el Código penal Colombiano para el caso de falso testimonio, homicidio por piedad, aborto por causa de honor, homicidio o lesiones cometidas por un pariente próximo cuando se sorprende a la víctima en ilegítimo acceso carnal o el Código penal de Uruguay lo contempla para la eutanasia, homicidio pasional, caso de injuria y calumnia y caso de perdón de medida de seguridad aplicadas a un menor de 18 años de edad.

⁴⁶Tal denominación es recogida por el Consejo de Europa, en su recomendación R (92) 16. Son aquellas que mantiene al delincuente en la comunidad y que implican una cierta restricción de su libertad por la imposición de condiciones y obligaciones, ejecutadas por organismos previstos por las disposiciones legales vigentes.

⁴⁷De la Cuesta Arzamendi, op. cit., pág. 322.

al hablar de sustitutos penales⁴⁸. Tras ello, existe un afán por buscar sustitutos penales que cumplan con las finalidades de la pena y, por otro, la observancia del principio de proporcionalidad e intervención mínima del Derecho penal.

Encontrar nuevas formas de castigo diversas a la prisión fue un objetivo de la Escuela positiva, siendo su virtud principal el cambio de giro en la mirada del fenómeno delictivo, poniendo la lupa en el delincuente y no en el delito, donde la fundamentación del castigo se encontraba en la necesidad de conservación social, observando que en la contribución del delito influían condicionamientos biológicos y sociales. Solamente de esta forma era posible un cambio, dejando atrás los postulados de la Escuela clásica que contribuyeron al protagonismo de la prisión durante siglos y su concepción vindicativa del castigo. Posteriormente comenzó un arduo y largo debate jurídico, donde aparece la figura de Von Liszt, quien formula que la medida del castigo lo daba la peligrosidad del delincuente, surgiendo la preferencia del tratamiento y las denominadas medidas correctoras frente a las penas⁴⁹. En rigor, el paso trascendental en la materia se produce cuando las alternativas a la prisión se conciben como penas principales y autónomas respecto a la pena que están llamadas a sustituir⁵⁰. En efecto, los sustitutivos penales se han puesto en relación con tres movimientos de reforma penal⁵¹:

- a) La desinstitucionalización: propia de los Estados contemporáneos y que se caracteriza por la reducción progresiva de la población de cualquier modo internada y la expulsión de la misma hacia lo social⁵².
- b) La despenalización: tendencia político criminal moderna que supone la inclusión de otras formas de reacción penal relativas a las consecuencias jurídicas del delito diferentes de la prisión⁵³. Esto quiere decir que las alternativas penales guardan relación con las

⁴⁸Cabe tener presente una de las indicaciones del Comité Nacional Sueco para la prevención del delito, en cuanto a limitar el uso de la prisión y sustituirla, en la medida de lo posible, por otras sanciones. Ahora bien, cuando la prisión se considere necesaria, entonces en menos dañosa utilizar penas cortas que largas. Comité Nacional Sueco para la prevención del delito. Informe nº 5, Estocolmo, julio 1978: “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, fascículo I, enero-abril, 1979, pág. 204.

⁴⁹Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, 1984, cfr. p .62.

⁵⁰Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Valladolid, 6ª ed, 2004, pág. 419

⁵¹Serrano Pascual, Mariano “Las formas sustitutivas de prisión en el derecho penal Español”, primera edición, 1999, Madrid, Editorial Trivium S.A.

⁵²Pavarini, M “La territorialización de las penas”, en *Sistemas penal e intervenciones sociales*, Barcelona, 1993, págs. 92.

⁵³Cabe tener presente que el creciente interés por los sustitutos penales diversos de la prisión no necesariamente arrancan del fenómeno de la despenalización. De hecho, basta observar la realidad española, en el sentido que la inclusión de alternativas penales ha coincidido con un sensible aumento de la criminalización de nuevas conductas. En igual sentido, el jurista Mariano Serrano Pascual indica que existe una relación inversamente proporcional entre aumento de alternativas y despenalización. Lo anterior, surge como consecuencia de un proceso de diversificación de sanciones con el objeto de responder de modo más adecuado a la tutela de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes, o sea, la modificación de tendencias

tendencias despenalizadoras en un sentido restringido solamente, o sea, como un fenómeno que no afecta a la calificación jurídica de los hechos, sino únicamente a la reacción ante los mismos, constituyendo una respuesta más diferenciada y racionalizada de las consecuencias jurídicas del delito⁵⁴.

c) Sistema sancionador diferenciado: existencia de otras reacciones penales menos severas que la cárcel atendiendo a la gravedad concreta de la infracción cometida. Surge tras él ideas como la resocialización, entendida no como tratamiento en prisión, sino como una evitación de la prisión. Es aquí donde se suele distinguir entre *sanciones alternativas*, esto es, aquellas penas reguladas por la ley y que se imponen directamente ante un determinado hecho punible y, *penas sustitutivas* de la prisión, que se pueden imponer en lugar de esta última aun cuando la pena en concreto que debiese imponer sea la de prisión, siendo concebidas como consecuencias jurídico-penales del delito en el marco de un sistema sancionador diferenciado. Deben aquí respetarse los principios y garantías constitucionales propias de la pena de prisión, pues comparten el mismo fundamento no obstante sus efectos y fines sean diferentes.

Cabe destacar que los movimientos que abogaron por penas alternativas a la prisión recibieron críticas fundadas, principalmente, debido a que por su intermedio se estaba creando una auténtica hipertrofia del sistema sancionatorio y de los mecanismos de control social en general, al tiempo de no lograr reducir el número de internos, por lo que en lugar de sustituir la cárcel estaban complementándola⁵⁵. También se arguyó que sus efectos y fines no estaban suficientemente claros, lo que motivaba a los jueces a no aplicarlos en casos en que resultaba procedente, provocando un aumento de las penas de prisión. En el derecho anglosajón se formularon críticas, en el sentido que la desformalización que caracterizaría al Derecho penal respondía a tales alternativas penales, dado que han permitido la adopción de sanciones informales persecutoras del tratamiento del delito y el delincuente por medios ajenos al Derecho penal y procesal penal tradicional.

Si bien existe consenso en su necesidad y regulación, se sostiene que los esfuerzos deben girar en torno a que tales sustitutos sean verdaderas alternativas al fenómeno de la prisión, delimitando las condiciones exigibles en su regulación y evitando trasladar los males de la prisión a donde no existen. Bajo este punto, resulta útil y pertinente destacar dos hitos trascendentales: el primero ocurrió en el año 1998 con motivo de la Reunión Preparatoria Interregional de Viena, donde se conciben las alternativas a la prisión como sanciones propiamente tales de igual rango que las penas privativas de libertad,

punitivas tradicionales trae como consecuencia la tipificación de nuevas conductas, por ejemplo, la protección de “intereses difusos”, aplicable al medio ambiente, seguridad del trabajo, entre otros.

⁵⁴Serrano Pascual, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal*”, Trivium, Madrid, 1999, cfr. págs.35 a 37.

⁵⁵Larrauri Pijoan, Elena, “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 44, fascículo 1, 1991, págs. 46.

desvinculándose esta categoría de sanciones de la mera función sustitutiva de la prisión, reconociéndoles de este modo una entidad propia; el segundo ocurrió en la Reunión Regional de Asia Occidental del año 1989, quien pregona que la motivación fundamental para establecer sanciones comunitarias era la de crear condiciones óptimas para la reinserción social. Empero, también se observaron posteriores reuniones en el ámbito internacional con marcada tendencia a concebir estas nuevas modalidades de reacción como solución al hacinamiento en las prisiones y, por tanto, para algunos la necesidad de debatir sobre el tema surge como consecuencia del fracaso de la cárcel, cuestión que se refleja en el propio texto de las Naciones Unidas, Resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990, y que versa sobre las reglas mínimas no privativas de libertad y que han sido conocidas tradicionalmente como las “Reglas de Tokio”: estas directrices giran en torno a la necesidad de solucionar el fracaso de la cárcel y a las ideas de resocialización.

Asimismo, es menester referirse a los institutos de la *suspensión* y la *sustitución*, precisando los contornos conceptuales que las distinguen y diferencian con ocasión de la pena aplicable. En efecto, la suspensión afecta la aplicación de la sentencia, la paraliza y, por tanto, siempre está latente la posibilidad de imponer sus efectos si se verifican ciertos supuestos que indica la ley; en cambio, la sustitutiva incide en su propia existencia, subrogándose a la pena original, siendo una verdadera alternativa judicial con efectos trascendentes. De allí que se formule que la suspensión no es una pena, es más bien una alternativa en la ejecución de la pena, sin perjuicio de tener una estrecha relación con los fines que se persiguen de la pena, ya que la pena original siempre subsiste, pudiendo como se dijo ser aplicada en determinados supuestos legales. Es una suerte de renuncia condicionada a la pena, unos sustitutivos penales o sustitutos de las penas que se pueden definir como determinadas y concretas opciones en lugar de la ejecución de la pena privativa de libertad, por lo general para determinados supuestos específicos⁵⁶. Todo ello, sin perjuicio de tener un objetivo común, esto es, evitar en lo posible el ingreso a la prisión.

La doctrina española propone una distinción en la materia, alternativas político criminales que buscan reducir el campo de aplicación del Derecho-pena (son propias de este diseño la desformalización y despenalización). Luego, surgen las sanciones alternativas que importen penas no privativas de libertad y, por último, consecuencias jurídico-penales sustitutivas de la prisión, en aquellos casos que deberían sobrevenir aquella, siendo ese ámbito su campo de aplicación.

En la materia, destacan varias clasificaciones que permiten graficar la multiplicidad de terminologías que se utilizan. En efecto, citamos en primer término al jurista Nuvolone, quien clasifica en medidas de suspensión (*sursis*, perdón judicial, no prosecución de la acción penal), medidas de libertad a prueba (*probation*), medidas totalmente sustitutivas de

⁵⁶Cobo del Rosal, Manuel/ Vives Anton, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 1999, pág. 844.

tipo patrimonial o personal (multa, interdicciones e inhabilitaciones) y, medidas parcialmente sustitutivas (semi-detención, detención domiciliaria)⁵⁷. Por su parte, el italiano Mantovani apunta a diversos criterios, distinguiendo por su contenido en medidas semi-privativas de libertad, imposición de prestaciones laborales, medidas patrimoniales, limitaciones de libertad de residencia y, sanciones morales. Por su función, se distinguen las medidas punitivas, medidas punitivo-neutralizadoras y, medidas asistenciales; por su referencia a la prisión es posible referirse a las circunstancias atenuantes y sustitutivas y, finalmente, por su forma observamos las medidas de sustitución, medidas de suspensión y medidas preparatorias para la libertad⁵⁸. Entre los organismos internacionales se destacan las indicadas en el texto de las Naciones Unidas (“Reglas de Tokio”), donde se diferencia entre la fase anterior de juicio, la fase de juicio y sentencia y la fase posterior a la sentencia y la elaborada por el Consejo de Europa, en informe de 1986 por la conferencia de directores de administración penitenciaria de los países miembros, distinguiendo medidas de ejecución diferente a la prisión (semi-detención, arresto domiciliario, arresto de fin de semana, cumplimiento de instituciones en régimen abiertos), medidas que constituyen sanciones distintas de la prisión (multas, penas restrictivas o privativas de derechos, libertad a prueba, el trabajo en interés social), medidas que evitan el pronunciamiento de la pena (suspensión, no pronunciamiento de la condena).

Lo trascendente es abogar por la conversión de las penas sustitutivas en verdaderas penas principales, que de este modo pierden su carácter sustitutivo, convirtiéndose en verdaderas penas alternativas e independientes para el juez penal respecto de las privativas de libertad. Lo anterior, supone insertarlas en el catálogo de penas principales en la parte general de los Códigos penales de cada país, teniendo autonomía en relación con la pena de encierro⁵⁹. Ello implica necesariamente una nueva orientación de la forma de pensar la sociedad, la política criminal racional y, ciertamente, una decisión legislativa en aquel camino, cuestión diversa a las decisiones actuales en la materia, como se verá. De lo contrario, la prisión seguirá siendo la sombra tras la posible revocación.

Hoy por hoy, se advierte una tendencia guiada desde una concepción minimizadora de las consecuencias penales⁶⁰ y acorde al principio de proporcionalidad de las alternativas

⁵⁷Nuvolone, Pietro, “Las medidas alternativas a la pena detentiva”, en *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 79, Número monográfico extraordinario, 1980, págs. 265-275.

⁵⁸Mantovani, Ferrando, op. cit., cfr. págs. 728 a 740.

⁵⁹Se sostiene, entre otros por el jurista Giunta que, estas penas sustitutivas sólo serán verdaderas penas desde el momento en que dispongan de un preciso contenido sancionatorio y una cierta “autonomía”, lógica y normativa, respecto al modelo detentivo. Giunta F., “Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: rofiliri ricostruttivi ed interpretativi del capo III della legge 689 del 1981”, en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 2, 1985, p. 481.

⁶⁰Una de las claves fundamentales de la moderna política criminal es aquella que sólo considera legítima la intervención penal cuando resulta absolutamente necesaria para la protección, mediante la prevención de delitos, de los bienes sociales más importantes. Lo anterior supone la tendencia a rechazar las penas que van apareciendo innecesariamente crueles a los ojos de la colectividad. Así lo refiere Mir Puig, Santiago, “Alternativas a la prisión en el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990”, en *Papers d'estudis i*

a la prisión, desde donde se indica que el juez deberá siempre inclinarse por la suspensión de la ejecución de la pena y no por la sustitutiva, toda vez que frente al incumplimiento de esta última conlleva generalmente la revocación y su vuelta al encierro, aunque el penado no hubiere reincidido; en cambio la revocación de la pena suspendida normalmente se necesita la comisión de un nuevo delito y sólo eventualmente el incumplimiento reiterado de las oportunas obligaciones impuestas⁶¹.

Sin embargo, de lo que se trata es quitar el papel protagónico de la prisión que se consolida durante el siglo XVIII y principio del siglo XIX, concebida como un ejercicio de racionalización humanitaria del castigo, dado que hoy se observa una triste realidad penitenciaria, cuya característica principal es el hacinamiento carcelario, recurso humano improductivo y que motiva considerar el absoluto fracaso y la necesidad de su sustitución, puesto que la cárcel no intimidad ni tiene efectos correccionales. Es menester diseñar una política criminal que conciba al encierro como *ultima ratio* en el sistema punitivo, partiendo por las penas cortas o delincuencia poco grave e incorporando tal cláusula en la Parte general de los Códigos penales. Se debe dejar de concebir a la prisión como el único mecanismo que permite dar seriedad a otras penas alternativas. Es importante destacar que los esfuerzos no se pueden agotar únicamente en ello, sino que es indispensable regulaciones legales que desarrollen su ejecución, de lo contrario se cae en el desencanto, y la correspondiente no imposición por parte de los jueces; o bien el abuso, con la consiguiente infracción de derechos fundamentales⁶². De ahí surge la idea, entre otras, de la necesidad de la individualización de la pena alternativa, en el sentido de que como su cumplimiento, a diferencia de la prisión, está subordinado a una conducta activa del penado, se debe entonces comenzar por considerar las características individuales del sentenciado, puesto que este es el único medio para que las penas alternativas efectivamente reduzcan el índice de personas encarceladas⁶³. Por ello, la necesidad no solo de control sino también de convertirse en penas que otorgan asistencia al penado, es de suyo perentorio para el cumplimiento de sus fines. En igual sentido, hay consenso en la doctrina que las penas deben respetar la dignidad y los derechos de los infractores mediante la imposición de castigos razonables, adecuados, necesarios y proporcionales y a través del ofrecimiento de alternativas a su comportamiento desviado, a fin de que se obtenga la reinserción social⁶⁴.

La tarea anterior no resulta nada fácil cuando en el colectivo social se encuentra presente la idea de que las penas sustitutivas a la prisión no cumplen con fines

formació, Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, n° 7, diciembre 1991, pág. 55.t

⁶¹Serrano Pascual, op. cit., cfr. págs. 382 y ss.

⁶²Sanz Mulas, op. cit., cfr. págs.. 406 a 409.

⁶³Cid Moliné, José / Larrauri Pijoan, Elena, *Penas Alternativas a la Prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, cfr. 27 y 28

⁶⁴Escobar Gil, Rodrigo “Medidas Sustitutivas a la pena de privación de la libertad”, en *Derecho y Humanidades*, n° 18, 2011, cfr. pág. 49.

intimidatorios ni mucho menos retributivos; a fin de cuentas, ni siquiera representaría un castigo y que ha sido fuente para propiciar nuevas leyes penales buscando endurecer las penas. A pesar del paso del tiempo y la evolución de nuestras sociedades se demuestra que seguimos aferrados a que el mejor castigo para el delito es la pena de privación de su libertad personal y, por tanto, el primer paso, no menor, es intentar el cambio de paradigma de nuestra sociedad, demostrando que los sustitutos o alternativas a la prisión no son meras indulgencias de un sistema judicial que protege a los delincuentes, sino que sean concebidas por la sociedad como verdaderas penas que deberá cumplir el penado en aras de su rehabilitación y que contienen igual que las privativas de libertad componentes de aflictividad⁶⁵. Lo anterior supone difusión social, compromiso académico, político y de los medios de comunicación en el manejo de sus editoriales, buscando lograr la sensibilidad en la colectiva ante la problemática criminal y la necesidad de asumir su combate desde la racionalidad como un problema de todos que requiere soluciones, tal como lo describe gráficamente Issa El Khoury, según quien se debe estimular a la comunidad que nunca es ajena al delito para que haga el esfuerzo de asumir su propia patología, al igual como plantea la psiquiatría la necesidad de que la familia asuma a su propio loco; o la ecología la necesidad de que sepamos qué hacer con nuestra propia basura⁶⁶. En las actualidad, seguimos observando que a pesar de las bondades de no imponer el encierro, aún no ha sido posible implementar una estrategia coherente a un diseño que verdaderamente se traduzca en su olvido como forma de punición, precisamente por cuanto la realidad demuestra que se acostumbra a manejar problemas de criminalidad con el endurecimiento de las penas privativas de libertad y la penalización de nuevas conductas, so pretexto de mantener bajo resguardo el bien de la seguridad pública, evitando, de paso, formas encubiertas de impunidad⁶⁷. Es por ello que, a pesar de los tiempos, la prisión mantiene su importancia cualitativa de primer rango dentro de los órganos de control formal del Estado debido a que es concretamente ella la que detenta el monopolio de la imagen de la reacción social contra la delincuencia, constituyendo una garantía de control interno al sistema de control general y sirve a la razón de Estado⁶⁸. Sobre lo mismo, se justifica con intereses, por ciertos políticos, el encierro con los intereses propios de la víctima, la cual sin dudar tiene muchos derechos, pero no tienen que ver con el derecho penal, porque este es un derecho de castigo

⁶⁵Sanz Mulas, op. cit., cfr. pág. 274.

⁶⁶Issa El Khoury, Henry, “Las penas alternativas. El inicio de una cultura”, en Sánchez Romero, Cecilia (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos*. Proyecto: Mejora administración de la justicia y su adaptación al sistema penitenciario, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia (CONAMAJ), San José, 1997, pág. 124.

⁶⁷Los estudios empíricos y aportes criminológicos demuestran que no hay relación entre la tasa de delitos y la gravedad de las penas. Por el contrario inciden muchos otros factores que muchas veces resultan ajenos a la pena misma. De hecho, por ejemplo, la propia justicia criminal juega sólo un pequeño rol en la prevención, control y reducción del crimen. Así lo refrenda Santos Alwings/ Jiménez, op. cit., pág. 180.

⁶⁸Horvitz Lennon, María Inés, “Las medidas alternativas a la prisión. (Algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216)”, en *Cuadernos de análisis jurídico*, n° 21, 1992, cfr. pág. 132.

y no de ayuda. Por ello, se advierte que si la víctima se involucra al interior de la penalización genera consecuencias terribles⁶⁹.

Por ahora, la tendencia va guiada por una brújula distinta y que recrudece cuando se observa que los esfuerzos por idear penas diversas a la prisión se ven contaminados por el uso desmedido e irracional de la prisión preventiva a los perseguidos penalmente, sin previa condena, y que ha llevado a ser utilizada, en palabras de Mantovani, como una *compensación de la indulgencia penal*⁷⁰. Ello, supone también revisar su instituto y aplicación al mínimo necesario, por cuanto de poco sirve que después del juicio penal se otorgue una pena alternativa cuando la prisión que la ha precedido ya esta casi cumplida y no fue finalmente evitada, que es el quid del asunto. Tal fenómeno es común en nuestro país cuando al momento de sentencia se da la pena por cumplida y muchas veces paradójicamente se impone incluso una pena inferior de lo que el sujeto estuvo privado de libertad.

Por ello, se indica que las penas alternativas a la prisión requieren ser ensayadas y adaptadas progresivamente sin dejar de reconocer que su incorporación a los sistemas punitivos no puede ser demasiado brusco, ya que ello puede llevar al fracaso por la incapacidad de las instituciones y de la propia sociedad en su asimilación, sin perjuicio de un profundo cambio del sistema penal en que se inserta. Con todo, el panorama en la actualidad sigue inevitablemente llevándonos al absoluto fracaso. De ahí que cobren sentido las palabras de Zaffaroni, para quien existe en general una falta de imaginación referida a la búsqueda de sustitutivos penales y una marcada desconfianza de la reducción sustitutiva de la pena privativa de libertad, como también a un aumento de las facultades cuantificadoras e individualizadoras judiciales y un sometimiento a régimen adecuado de los delitos de bagatela, los que suelen parangonarse con los injustos graves en sus consecuencias respecto a la reincidencia y multirreincidencia⁷¹.

Hecha la advertencia previa, cabe primeramente indicar que ya desde los años setenta a la fecha este tema se ha convertido en un eje central de discusión de política criminal en la mayoría de los países de Europa Occidental. Se insiste en problemas de capacidad de la Justicia y especialmente de la ejecución de la Justicia: la desinstitucionalidad y desjudicialización han sido dos ideas dominantes que han ejercido una notable influencia sobre la política y la práctica criminal y han coadyuvado a que las sentencias condenatorias a penas privativas de libertad no aumenten en la misma proporción que la criminalidad registrada⁷². Por su parte, observando más detenidamente la

⁶⁹Jiménez, María Angélica/ Medina, Paula, “Entrevista a Massimo Pavarini”, en *Nova Criminis*, n° 3, 2012; pág. 31.

⁷⁰Mantovani, op. cit., cfr. págs. 806 y 807.

⁷¹Zaffaroni Raúl, *Política Criminal Latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982, pág. 76.

⁷²Düinkel, Frieder, “Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones” en *Papers d’estudis i formació*, Departament de Justicia Centre d’Estudis i Formació, Generalitat de Catalunya, n° 2, julio 1987, cfr. pág. 55.

realidad desde la década de los setenta del siglo pasado, podemos destacar que, principalmente en los Estados Unidos de Norteamérica y en países de la Europa Occidental, se impone cada vez con mayor fuerza, como alternativa a la pena privativa de libertad, la suspensión de la condena bajo libertad vigilada, en sus versión anglosajona denominada *probation* o, *sursis* según el modelo franco-belga. Respecto de esta particular forma de punición nos referiremos en el capítulo siguiente.

4. Medidas alternativas en el Derecho comparado

En general, ha existido en la realidad europea contemporánea una tendencia al alza en lo que respecta a la implementación de nuevas formas de sanciones ambulatorias en el marco de una amplia estrategia con clara conciencia social y orientada a reducir la población de personas privadas de libertad⁷³. Así, es posible mencionar en este sentido los programas de compensación delincente-víctima, el servicio de interés social o servicio de utilidad pública, cursos sociales de formación o de reformas, medidas pedagógico-sociales ambulantes de ocupación del tiempo libre, entre otras. Sin embargo, todas ellas suponen la existencia de una infraestructura que les conceda el soporte necesario para su desarrollo, al tiempo de contar con recursos humanos y financieros estatales que permiten lograr los resultados que se espera de las mismas⁷⁴.

4.1. Francia

Se destaca en el Derecho comparado la situación de Francia. En efecto, de su estudio podemos mencionar la regulación de las penas sustitutivas, los mecanismos de libertad a prueba y, la prisión atenuada. Las penas sustitutivas a que alude el Derecho galo fueron introducidas con el fin de evitar el encierro en las penas cortas y en la multa. Tienen la virtud que el juez puede imponer directamente la pena alternativa y no tener que pronunciar la pena de prisión y luego sustituirla. Son concebidos como nuevos instrumentos a disposición del juez, con carácter autónomo y finalidad propia. Lo interesante es que pueden justificarse e imponerse al margen de cualquier referencia a la prisión. Cabe también mencionar que su ámbito de aplicación se extiende a penas privativas de libertad de 6 meses hasta 10 años. Dentro de esta especie, se consideran los días de multa, penas privativas o restrictivas de derechos y, los trabajos en beneficio de la comunidad.

⁷³Un reflejo de esa conciencia es el proyecto alternativo Alemán para el Código de ese país de 1975, el cual permite suprimir totalmente en el catálogo de penas, la prisión inferior a seis meses y sancionarlos con multa. Sin embargo, esta posición fue considerada demasiado radical y no logro materializarse en el Código punitivo, pero quedo su espíritu. De hecho se suprimió la prisión inferior a un mes y se considero excepcional la aplicación de prisión inferior a seis meses, debiendo ser la regla general la pena de multa, salvo que el encierro se considere necesario para incidir en el autor o para la defensa del orden jurídico.

⁷⁴En tal sentido, cabe destacar que su incorporación se pensó para evitar penas subsidiarias de privación de libertad en caso de multas impagadas. Poco a poco ha ido ganando terreno, en cuanto considerar que pueden constituir sustituciones a las penas privativas de libertad y no meros remplazos a las penas pecuniarias.

Ahora bien, en cuanto a las diferentes formas de suspensión de ejecución de la pena, conocida como *sursis* y que ha sido objeto de modificaciones en aras de su perfeccionamiento, debemos tener presente que su introducción en la legislación francesa data de 1983, pudiendo distinguir en la actualidad que el modelo *sursis* se erige como regla general y la pena de prisión, en cambio, constituye una figura excepcional. Existe la fórmula de *sursis simple* y el *sursis probatorio*. La primera es factible aplicarla a penas en concreto de hasta 5 años por crimen o simple delito, pudiendo extenderse a todas las otras penas, verbigracia, penas de multa, penas alternativas y, días multa, siempre que hubieren sido impuestas a título principal⁷⁵. En cuanto al potencial destinatario, se destaca de su regulación un avance significativo, por cuanto contempla la prescripción de condenas anteriores transcurrido cierto periodo de tiempo, lo que permite que condenados en el pasado puedan acceder a esta figura. En efecto, esta normativa lo describe en términos negativos, al decir que “no pueden acceder al *sursis* los que hayan sido condenados en los cinco años anteriores por crimen o simple delito a una pena de reclusión o prisión”. Lo interesante viene aquí dado no solo por la posibilidad de contemplar el instituto de la prescripción de la norma, lo que desde ya es tremendamente positivo, sino además permite que si dentro de esos cinco años anteriores fue condenado a otra pena distinta de la reclusión o la prisión, pueden beneficiarse igualmente del *sursis*. Cabe destacar que el periodo de suspensión es de 5 años y en el caso de cumplimiento se tendrá por no pronunciada la sentencia, lo que lo habilita para eventualmente un nuevo *sursis*. En materia de revocación opera de modo automático frente a la comisión de un nuevo delito o incumplimiento de las condiciones, salvo que el juez le otorgue una dispensa expresa y motivada. Finalmente, es posible su aplicación incluso a quienes responden por las personas jurídicas.

El *sursis probatorio* solamente es aplicable a personas físicas y tratándose de penas no superiores a cinco años. Consiste también en la suspensión de la ejecución de la pena de prisión por un periodo determinado, no pudiendo ser inferior a dieciocho meses ni superior a tres años y donde el condenado queda sujeto a ciertas medidas de control y ayuda, al tiempo que debe cumplir determinadas obligaciones destinadas a su resocialización⁷⁶. Es importante precisar que los antecedentes penales del condenado no constituyen

⁷⁵Una de las figuras más destacadas es la denominada *sursis parcial*, aplicable a una parte de la pena, siempre que ésta se encuentre dentro de los parámetros legales. Se trata de una pena mixta que combina régimen de prisión y medio libre. Tal figura, se asimila a la sanción mixta que contempla la ley chilena sobre responsabilidad penal adolescente.

⁷⁶Entre ellas destaca la figura del agente de prueba que se le asigna al condenado, recibir su visita, mantenerlo informado de su cambios de trabajo o residencia. También existen los servicios a prueba que contribuyen a la ayuda del penado, incluso económicamente. Ahora, entre las obligaciones particulares, puede imponer, por ejemplo, ejercer una actividad profesional o seguir una enseñanza determinada, someterse a exámenes médicos, tratamientos, inclusive hospitalización, abstenerse de acudir a determinados lugares o personas, entre otras. En todo caso, en la legislación francesa existe un juez de vigilancia (Tribunal Correccional) durante este periodo distinto del juez sentenciador que vela por su cumplimiento y cuenta con facultades para las modificaciones de las obligaciones. En todo caso, el problema sigue siendo la amplitud de las condiciones que pueden ser impuestas, lo que afecta gravemente la libertad y los derechos del culpable.

impedimento para imponer esta modalidad, pero influyen en la medida a prueba a imponer. En materia de revocación la figura analizada no opera en forma automática, a diferencia del *sursis simple*, por cuanto acá se debe expresar de manera expresa y motivada la revocación del *sursis*, ordenando el cumplimiento -total o parcial- de la condena suspendida. En este punto es preciso señalar que si el condenado cumple sin que se haya ordenado la ejecución total de la pena suspendida, la condena se tiene por no sobrevenida y, por tanto, si hubo revocación parcial no se tiene en cuenta a estos efectos. Si lo acordado fue la suspensión de parte de la pena, también se tiene por no pronunciada toda la condena si el culpable superó favorablemente el periodo de observación. Una variante especial de esta figura lo constituye la modalidad introducida en el año 1983 y consiste en el cumplimiento satisfactorio de un trabajo de interés general.

4.2. Portugal

En este país puede observarse un manifiesto interés por privilegiar las penas cortas no privativas de libertad, no obstante no desaparecer completamente la cárcel como posible lugar de cumplimiento. Se establece que las penas de prisión inferiores a seis meses serán sustituidas por pena de multa o por otra pena no privativa de libertad, salvo que se estime que la ejecución de la pena de prisión fuere considerado por el juez indispensable para prevenir la comisión de futuros delitos y, por tanto, ella se justificaría en defensa de la sociedad y de la prevención delictiva. Destaca en esta legislación la figura de la dispensa de la pena, que permite al juez al momento de emitir el veredicto de culpabilidad no imponerla siempre que la respectiva pena de encierro no fuere superior a seis meses o fuere de multa, que la ilicitud del hecho y la culpabilidad del agente sean mínimos, que el daño haya sido reparado y, por último, que no se oponga a criterios de prevención. En consecuencia, el beneficiario de la dispensa puede tener condenas pretéritas, lo que no obsta a su otorgamiento, debiendo el juez, obviamente, valorar tales circunstancias. En todo caso, aunque opere la dispensa igualmente se inscribe la sentencia en el registro de condenas.

Ahora, en cuanto a las denominadas penas substitutivas, el legislador portugués entrega una regla general al decir que la substitución de la prisión por penas cortas superiores a seis meses será por multa o por otra pena no privativa de libertad. Incluso permite que, en el evento de no pagar la multa el condenado, pruebe que ello no le fue imputable, escenario donde la ejecución de la prisión subsidiaria podría suspenderse por tiempo entre uno y tres años, imponiéndose al condenado el cumplimiento de deberes o reglas de conducta de contenido no económico. También se permite la exención de cumplimiento de la prisión subsidiaria por no pago de multa cuando no se oponga a motivos de prevención.

También cabe destacar lo siguiente:

- a) La prisión por días libres: aplicable a penas de prisión no superior a tres meses y que, por regla general, se debe cumplir bajo esta modalidad y consiste en el encierro durante los fines de semana o los días inmediatamente anteriores o posteriores al fin de semana si fueren festivos. Su incumplimiento acarrea el régimen de prisión continua.
- b) Semidetención: se traduce en sustituir prisión por días libres, adaptando la pena a las necesidades familiares, sociales o laborales del penado y, por lo mismo, procede cuando cause un perjuicio aplicar la pena de prisión por días libres. Del mismo modo, es aplicable a pena de prisión no superior a tres meses y que no proceda sustituirla por multa o por otra pena no privativa de libertad.
- c) Prestación de trabajo en favor de la comunidad: aplicable a penas con prisión no superior a un año y es también pena sustitutiva de la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa cuando esta es aplicada como pena principal. En todas ellas, se requiere el consentimiento del imputado.
- d) Amonestación: tiene escasa aplicación, por cuanto su ámbito de aplicación se reduce, únicamente, a la sustitución de multa.

Es importante destacar que en la regulación actual desaparece el régimen de prueba autónomo y pasa a ser una modalidad de la suspensión de la ejecución de la pena. En efecto, se pueden distinguir cuatro formas de suspensión, a saber:

- i) Suspensión simple: consiste en la mera suspensión de la pena de prisión no superior a tres años, cuando el juez estime que es suficiente para cumplir los fines del castigo impuesto con la censura del hecho y la amenaza de la ejecución efectiva de la pena de encierro. Es indispensable que el imputado no cometa nuevo delito durante el periodo de la suspensión. En caso de revocación se debe cumplir la pena originalmente impuesta de prisión.
- ii) Suspensión con cumplimiento de deberes: queda sujeto el penado a cumplir determinadas obligaciones, a efecto de proceder y mantener la suspensión de la pena. El juez tiene amplio margen de discrecionalidad al imponer tales deberes, pues si bien el Código portugués otorga un listado de deberes, ellos no resultan ser taxativos. En tal sentido, la idea es la racionalidad del deber impuesto al penado por parte del juez. Puede ser revocado por la comisión de un nuevo delito o incumplimiento manifiesto. En rigor, no tiene en sí mismo un fin directamente resocializador.
- iii) Suspensión con imposición de reglas de conducta: se trata de sujetar la suspensión de la pena a la obligación de someterse a ciertas y determinadas reglas de conducta por parte del penado y que se encuentran orientadas a su reintegración en la sociedad. Tal prisma debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de imponerla. El Código entrega un listado, por ejemplo, no frecuentar determinados lugares o personas, no ejercer

determinadas profesiones, no pertenecer a determinadas asociaciones o participar en determinadas reuniones, o bien, presentarse periódicamente ante el tribunal o el técnico de reinserción social.

iv) Suspensión con régimen de prueba: tiene como principal objetivo la reinserción del condenado, especialmente, de jóvenes delincuentes, por cuanto en su regulación se establece que su concesión debe ser la regla general cuando se trata de personas que no superen los veinticinco años de edad, siempre y cuando la pena de prisión no fuere superior a un año. Se basa en un plan individual, pero no exige el consentimiento expreso del penado. Es posible imponer adicionalmente otros deberes que se inserten en el plan de reintegración y perfeccionamiento del sentido de responsabilidad.

Para todas ellas es necesario que la pena de prisión no sea superior a tres años y su elección depende de la decisión del juez, el que debe tener en cuenta cuál de ellas cumple de forma más adecuada con las finalidades del castigo. Se consideran las circunstancias personales del penado y su conducta posterior al delito. El periodo de suspensión puede ser de uno a cinco años y, frente a incumplimientos menores, el juez puede imponer modificaciones sin necesidad de revocación inmediata.

4.3. Italia

Aquí la discusión se plantea frente a la crisis carcelaria y a la imposibilidad de cumplir el mandato constitucional, en cuanto a orientar las penas a la reeducación del penado. Podemos observar lo siguiente:

a) El perdón judicial: permite no pronunciar pena alguna, pero exige que el culpable no supere los dieciocho años y que la pena de prisión no sea superior a dos años.

b) La semidetención: aplicable a penas superiores a un año. La determinación de las salidas y horarios se hará en función de las necesidades laborales o estudio del penado.

c) Libertada controlada: se reduce a penas no superiores a seis meses y supone vigilancia y control del juez en su ejecución. No opera respecto de personas que hubieren sido condenadas con anterioridad a una o más penas que en total superen dos años de prisión por delitos cometidos en los cinco años anteriores.

d) Multa: para penas de prisión no superiores a tres meses. En caso de no pago procede, en principio, la prisión como forma de responsabilidad subsidiaria, la que puede ser sustituida por trabajo en beneficio de la comunidad.

e) Suspensión condicional de la pena: procede respecto de penas no superiores a dos años, salvo en caso de menores de dieciocho años de edad, donde pueden ser suspendidas las penas de prisión de hasta tres años. Tratándose de jóvenes entre dieciocho y veintiún años de edad, el límite de pena se sitúa en dos años y medio. Solamente es posible

imponerla a delincuentes primerizos, pudiendo la suspensión tener una duración de hasta cinco años en caso de delito y de dos años en el evento de contravención. La revocación procede aquí por la comisión de un nuevo delito durante el periodo de suspensión, y también si durante ese periodo recae sobre el suspendido otra condena por delito anterior a la concesión del beneficio.

f) Formas atenuadas de ejecución de la pena de prisión: bajo esta modalidad encontramos la asignación en prueba a un servicio social o a otros servicios para casos particulares (alcohólica y toxicómana), detención domiciliaria en el propio domicilio o en instituciones públicas de salud o asistencia y, libertad anticipada. Tiene lugar una vez que la pena ha comenzado a ejecutarse y se aplica a penas de prisión no superiores a tres años. El servicio tiene por finalidad ayudar al condenado logrando su reinserción social. Se deben informar al juez los estados de avance en el cumplimiento, pudiendo el juez dar por extinguida la condena si los supera con éxito.

Se plantea una visión crítica de estas modalidades de punición desde lo empírico, en el sentido de que se evidencia no un interés en ahorrarle a algunos la experiencia de la cárcel, sino simplemente la de aliviar parcialmente esta experiencia consintiendo en su contracción temporal, o bien, su ejecución parcialmente extramuros⁷⁷.

4.4. Alemania

En Alemania destaca que tratándose de penas inferiores a seis meses no procede, en principio, imponer penas de encierro, salvo que el juez lo estime necesario para la defensa del orden jurídico o para actuar eficazmente con fines preventivos especiales. Es posible observar en su regulación, lo siguiente:

a) La dispensa de la pena: que consiste en prescindir de la imposición de la pena cuando las propias graves consecuencias del delito hagan que la misma resulte inadecuada, no existiendo peligro en su reiteración ni sea necesario acudir a la prevención general ni especial. Aquí va envuelta la idea de la pena natural y el principio de proporcionalidad. No obstante, en el año 1994 la legislación alemana sufre un retroceso en la tendencia política criminal que venía generándose al decir que la dispensa respecto de penas privativas de libertad no superior al año requiere que el autor haya reparado el hecho, ya sea completa o parcialmente, siempre que se trate de una manifestación seria de reparación a la víctima.

b) Amonestación con reserva: tiene importancia únicamente para el caso de no pago de multa, pues opera como sustituto que evita una pena de encierro.

c) Multa: presenta un importante protagonismo como hemos visto y puede ser sustituto de penas privativas de libertad inferiores a seis meses. Se conciben generalmente para personas que no requieren de resocialización y que han cometido lesiones de menor

⁷⁷Pavarini, op. cit., pág. 20.

entidad. Sus adherentes indican como ventajas que se trata de un sistema de castigo más humano si se mira desde la perspectiva del infractor, pues no lo priva de su entorno; en caso de error judicial es fácil de reparar; implica un ahorro del Estado por cuanto queda liberado de la mantención de un sujeto dentro de un recinto penitenciario; e, incluso, puede constituir una importante fuente de ingreso, evitando la sobrepoblación carcelaria⁷⁸. Sin embargo presenta debilidades, ya que se trata de un sistema desigual, dado que depende de la solvencia del condenado, a pesar de que es posible imponer multas proporcionales a los ingresos de cada sujeto. A todo lo cual se suma el hecho que en diversos países su conversión por no pago lleva a la cárcel.

d) Suspensión de la pena con sometimiento a prueba: procede siempre respecto de penas de encierro no superiores a un año cuando exista un pronóstico favorable sobre el comportamiento futuro del destinatario. En caso de penas de prisión inferiores a dos años su aplicación tiene carácter excepcional e independiente de los informes favorables. Durante el periodo de suspensión se le imponen deberes o reglas a cumplir que miran tanto a la reparación de la víctima como a la idea de la resocialización del penado.

Tanto en Portugal, en Italia como en Alemania se contempla la libertad condicional del penado en la medida que cumpla los requisitos legales que exige cada legislación y que permiten una libertad anticipada de la pena de prisión originalmente impuesta, pero tal instituto guarda relación más directa con el derecho penitenciario.

4.5. Inglaterra

En esta nación se observa una gran inquietud por privilegiar, a nivel teórico, formas de punición distintas del encierro, lo que no siempre tiene un correlato en la práctica. De hecho, en el año 1990 se declaró por primera vez mediante un *Government White Paper* que la política sentencial del Estado debía ser un tema de especial preocupación. Sin embargo, el hito histórico viene dado por la Ley de justicia criminal promulgada con fecha 01 de octubre del año 1992 y que tuvo por fin reducir el número de personas que son encarceladas⁷⁹. En efecto, otorgó a los jueces facultades para su determinación bajo fórmulas legales que buscaban incorporar la idea de *ultima ratio* del encierro. Así, por ejemplo, se utilizan expresiones como “la gravedad del delito” y “la pena de encierro sea de justicia para el delito” o, en lo casos de agresiones sexuales o delitos violentos, “la privación de libertad se considere la más adecuada para proteger al público de graves daños por parte del autor”. Es interesante esta exigencia legal por cuanto la magistratura, cuando

⁷⁸Sanz Mulas, op.cit., cfr. págs. 342-358.

⁷⁹Un antecedente previo a su vigencia lo constituye un documento del Gobierno Británico del año 1990 conocido como “Informe Blanco”, emanado del Ministerio del Interior, donde daba cuenta de la poca eficacia y los efectos negativos del encarcelamiento. Tal dato histórico resulta sorprendente si se atiende a que el gobierno de turno de aquella época era de marcado sello conservador con gran compromiso en el concepto “ley y orden público”.

decidiera imponer una sentencia de prisión, debe fundar su fallo y explicar en la audiencia con palabras sencillas las razones que motivaron tal decisión de encierro.

La ley fortalece las alternativas a la privación de libertad. Así podemos distinguir:

- i) La suspensión de la ejecución de la pena (*probation*).
- ii) El aplazamiento del fallo: es aplicable a cualquier tipo de pena y delincuente. No sustituye la pena ni es un régimen de prueba, solo implica una postergación en la decisión penal. Otra cosa es que su conducta durante este periodo es valorada positivamente y puede influir en una modificación de la pena a una más leve.
- iii) Sentencia de Centros de Asistencia: aplicable a jóvenes menores de 21 años y que se traduce en su asistencia a diversos talleres, de preferencia los días sábados en la tarde.
- iv) La dispensa de pena absoluta y condicional.
- v) Otras penas no privativas de libertad
- vi) Arresto de tiempo parcial: concebida como una condena en forma parcializada. Como pena sustitutiva, se concibe el trabajo comunitario y la orden de compensación. Ambas en la actualidad se consideran penas autónomas, de imposición directa por el juez y no meros sustitutos. El primero se sustenta sobre la idea de concebir al trabajo social no remunerado como figura con un importante componente retributivo y de ayuda a la resocialización; la segunda, bajo la idea de que el conflicto penal supone en gran medida como retribución la reparación del daño causado a la víctima directamente, imponiéndose y teniendo por ello mayor virtud que la pena de multa a beneficio fiscal. Sin embargo, su problema viene dado por la insolvencia de los condenados.

Finalmente, se destaca que en aquellos casos que el condenado no cumpla con los requerimientos de su sanción, debe volver a comparecer ante el Tribunal y justificar su incumplimiento, pudiendo, adicionalmente, imponerle multa, dictar en su contra una sentencia de servicios comunitarios por no más de 60 horas (siempre que el delincuente sea menor de 21 años de edad), dictar una sentencia de asistencia a un centro de prisión preventiva, o, derechamente, revocar la sentencia original y dictar otra⁸⁰.

4.6. España

En este país, las alternativas existentes a la pena de prisión consisten en aquellos mecanismos de ejecución atenuada de la privación de libertad, tales como el arresto domiciliario, el arresto tiempo libre o de fin de semana, la semilibertad, o la libertad controlada, todos los cuales mantienen en esencia el contenido de castigo de la misma

⁸⁰Stern, Vivien “Las alternativas a la privación de libertad en Gran Bretaña”, en *Cuaderno de análisis Jurídico*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, n° 24, 1993, cfr. pág.37 .

forma que la prisión, evitando, eso sí, su encierro tras las rejas. Por otro lado, se advierte en la legislación española la suspensión condicional de las penas cortas de privación de libertad y la sustitución de la pena privativa de libertad por otras penas como multa, interdicciones profesionales, suspensión o cancelación de ciertos derechos o licencias, reparación a las víctimas y trabajo en provecho de la comunidad⁸¹. La doctrina española ha criticado el tratamiento dado a las formas alternativas a la pena privativa de libertad en razón del alto grado de cautela, anulando todo tipo de innovación y recelo manifestado por el legislador en este ámbito⁸². En el borrador de Código español del año 1990 se acogió la idea de supresión de la prisión de penas inferiores a 6 meses, estableciendo en su lugar pena de multa⁸³ y el arresto de fin de semana, prevaleciendo, empero, en caso de penas concretas superiores a seis meses, casos de impago de multa o incumplimiento en dos ocasiones del arresto de fin de semana. No obstante, se advirtieron dificultades en su implementación, puesto que el propio Anteproyecto de Código de 1983 elevó las penas de prisión superando el rango de los seis meses, manteniendo el problema latente. Lo anterior, entre otras razones se debía a las dudas que implicaba la multa o el arresto de fin de semana y sus nulos efectos intimidatorios y de reducción de la delincuencia.

Actualmente, se ha mantenido en el Derecho español una diversidad de cuerpos legales que regulan medidas que podrían ser consideradas alternativas a la prisión⁸⁴. Siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales algunos autores creen conveniente para efectos metodológicos seguir tal guía que distingue conforme el iter procesal de la causa. En efecto:

⁸¹Un punto de interés resulta ser si es posible que las penas sustitutivas incumplidas pueda el juez sustituirla por otra. En la legislación española se busca evitar la posible “escala de sustituciones” y por ello en su artículo 88,4 indica que las penas sustitutivas no pueden ser objeto de sustituciones en ningún supuesto. Sin embargo, surge la consulta si cabe el trabajo en beneficio en la comunidad en caso de impago de multa impuesta en sustitución de prisión o de arresto de fin de semana, duda que debe resolverse en sentido afirmativo, conforme lo dispone el artículo 53 del citado cuerpo legal que, indica que uno de los modos de cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria es el trabajo en beneficio de la comunidad, no siendo por tanto, una forma de sustitución de la misma. En tal sentido, De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal de 1995”, en Echano Basaldúa, J.I. (coord.), Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002,pág. 132.

⁸²Renart García, Felipe “Aspectos conflictivos de la pena de arresto de fin de semana en la legislación española”, en *Actualidad Penal*, nº10, 1999, pág. 204.

⁸³Se tuvo en vista la positiva experiencia alemana. De hecho, la información oficial arroja que, las penas de multa aumentaron en su aplicación y solo un 3% del total fueron impagas, aunque igualmente debe considerarse que sólo el 50% de las multas pagadas son realizadas en forma voluntaria. Lo anterior, motiva la búsqueda de formulas legales para su conminación, por ejemplo, embargo o amenaza de arresto sustitutorio o conversión a prisión. El problema se acentúa al verificar el quantum de la multa, lo que motiva que el condenado prefiera la prisión que una pena de multa, la que a fin de cuenta no puede pagar, generando un contrasentido con la idea de evitar la prisión con penas cortas de prisión y, en consecuencia, se mantiene la interrogante: ¿La multa puede ser un sustituto eficaz de la pena de prisión? Es por ello que debe trabajarse en la búsqueda de otras formas de responsabilidad subsidiaria para el caso de no pago de multa, evitando la conversión de multa por prisión, por ejemplo, arresto domiciliario, trabajos comunitarios o la reparación civil.

⁸⁴Así se observa al revisar en el Derecho español: el Código penal, el Código de enjuiciamiento procesal, la legislación especial de menores y penitenciaria.

a) En fase anterior al juicio: no persecución del delito, archivo, sobreseimientos, mediación, conciliación, reparación a la víctima y amonestación previa a la sentencia. Es importante destacar que este momento procesal se inicia desde que se imputa un hecho delictivo hasta antes del juicio oral. Como lo indican las Reglas de Tokio, esta clase de medidas solo podrían aplicarse en aquellos países donde sea compatible con el sistema jurídico⁸⁵. Sin embargo, durante esta fase se pueden decretar cautelares personales respecto del imputado y es aquí donde surge el fenómeno de la prisión preventiva y su uso desmedido, como fue ya descrito.

b) En fase de juicio y sentencia: suspensión de la ejecución condicional de la pena, sustitución de la pena de prisión por arresto domiciliario, multa, trabajos en beneficio de la comunidad, expulsión del territorio nacional a extranjeros, sustitución de la pena por medidas de seguridad, suspensión del fallo, amonestaciones y perdón judicial. Son impuestas una vez emitido el veredicto de culpabilidad y determinada la pena. En rigor, son estos los verdaderos sustitutos de la pena a que nos referimos en el presente trabajo. La adopción de estos sustitutos a la prisión corresponde a la judicatura y generalmente vienen precedidos de informes personales y sociales del acusado, elaborado por organismos competentes y que sirven de ilustración para el sentenciador. Las Reglas de Tokio incluyen, además, las confiscaciones, expropiaciones, reparación y compensaciones económicas a la víctima, internamiento en centros terapéuticos, libertad a prueba y supervisión.

c) En fase de ejecución de la sentencia: permisos penitenciarios, régimen abierto, libertad condicional. Las Reglas de Tokio incorporan trabajos en libertad o programas formativos de libertad, disminuciones de la condena y perdón del ofendido⁸⁶. Todos ellos, bajo el norte de la reinserción social del condenado.

5. Normas internacionales que buscan alternativas a la prisión

Como hemos visto, esto toma como referente primordial el texto de las Naciones Unidas y su Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990 y que versa sobre las reglas mínimas no privativas de libertad, conocidas tradicionalmente como las “Reglas de Tokio”. Sus razonamientos han sido guías para muchas legislaciones, por lo que cabe ocuparse de sus puntos cardinales. En tal sentido, se afirma que las fórmulas alternativas de la pena de

⁸⁵Son institutos de índole procesal y que referido a nuestro país es posible asimilarlos a los mecanismos selectivos de la persecución penal. En particular, el principio de oportunidad permite a los fiscales del Ministerio Público no iniciar una investigación o abandonar la ya iniciada cuando con ello se no se compromete gravemente el interés público (artículo 170 Código procesal penal chileno). En nuestro país al igual como lo sugieren las reglas de Tokio se opta por una discrecionalidad reglada a nivel legal, en la materia. A diferencia de otras legislaciones que permiten amplia libertad a los fiscales para hacer uso de esta facultad.

⁸⁶En España no existe la figura de la *Dispensa Judicial*, a pesar de su gran utilidad. La única figura anexa a ésta sería el perdón del ofendido para los casos acordados en la ley, antes de que se haya dictado sentencia, oyendo previamente al ofendido. En Chile tampoco existe el mecanismo de la dispensa de la pena (pena natural), pero el perdón del ofendido se considera como causal de extinción de responsabilidad penal, para los delitos de acción penal privada.

prisión son concebidas como una forma de tratamiento del condenado en libertad, aunque también contemplaba la posibilidad de tratamiento resocializador aplicable a los que cumplen pena efectiva en la cárcel. Tras ello se encuentran sus concepciones en torno al fin de la justicia penal, que son la reinserción social y que la prisión encuentra su justificación en criterios de prevención y retribución. A pesar de estos últimos criterios, primó la necesidad de buscar respuestas diversas a la prisión, en atención al aumento significativo de la población penal que lleva a la sobrepoblación, hacinamiento y nulo poder de aplicar procesos de resocialización de los presos. Por ello, la promoción de penas no privativas de libertad fue el principal objetivo, al tiempo de establecer garantías mínimas sobre tales penas alternativas, como por ejemplo, los derechos de los delincuentes y sus necesidades de rehabilitación, los derechos de la víctima, de la sociedad, la seguridad pública y la prevención del delito. Lo anterior, es un mandato para los Estados democráticos de Derecho que erigen como pilar fundamental el respeto por los derechos humanos y, por ende, es obligación de los Estados abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, garantizando su plena efectividad. Esta orientación humanitaria y garantista de los derechos humanos de las personas penadas configura un importante elemento de distinción entre un Estado autoritario y uno democrático, pues mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictivas, el segundo se asegura que el *ius puniendi* y las penas privativas de libertad se utilicen como último recurso, después que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resulten insuficientes para sancionar las conductas criminales más graves y atentatorias contra bienes jurídicos de la más alta importancia⁸⁷.

A fines del siglo XX se planteaba, a nivel de política criminal, que la lucha contra las penas cortas de prisión ha perdido la fundamentación con que nació. De la mano del ideario resocializador que por aquel entonces empezó a propagarse, se consideraron inadecuadas, por su breve duración, para incidir en la obtención de dicho objetivo⁸⁸, aunque la experiencia demuestre que penas largas de prisión también son incapaces para alcanzar fines resocializadores del penado⁸⁹. Sin embargo, su principal reparo viene dado por ser demasiado gravosas, tanto en sí misma como en sus consecuencias colaterales, en proporción a la escasa gravedad de la infracción penal para la que se ocupan. Derechamente, las penas cortas de prisión deben ser sustituidas por otras penas que resulten ser menos dañosas.

⁸⁷Escobar Gil, op. cit. pág. 47.

⁸⁸Bajo esa misma concepción se prefería las condenas de duración indeterminadas que podían ser prolongadas, en cuanto se comprobaba insuficiente el tiempo de tratamiento. Pero esta ideología del tratamiento se encuentra en crisis ya desde los años setenta del siglo pasado, no sólo por la comprobación de sus dificultades prácticas, sino también por razones de filosofía política, entre las cuales cuenta la vulneración del principio de seguridad jurídica. En tal sentido, Mir Puig, op. cit., págs. 57 y 58.

⁸⁹Dünkel, op.cit., pág. 70.

En este punto, cabe destacar que la jurisprudencia del sistema interamericano se ha referido especialmente al tema de medidas sustitutivas a la pena de privación de libertad en relación a los menores de edad, tomando en consideración diversos instrumentos internacionales, como por ejemplo, la Convención de los Derechos del Niño. Este instrumento internacional versa sobre el “interés superior del menor” y contempla el deber de implementar por las legislaciones nacionales alternativas a la internación, asegurando que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y guardando proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción. En tal sentido y a propósito de la situación de menores detenidos en Honduras, conforme Informe 41/99, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó que los Estados no pueden utilizar el *ius puniendi* para abordar los problemas sociales de los niños, pues los métodos sancionatorios deben ser el último recurso estatal para enfrentar los más graves hechos de criminalidad.

Las nuevas tendencias político-criminales han discurrido, en primer término, acerca de las justificaciones de la pena y su correlato con la idea de la resocialización. Obviamente, abordar tal tema excede nuestro objeto de estudio, pero basta indicar por ahora que la justificación de la pena tiene una doble perspectiva: deberá estar justificada para fines de prevención en la comisión de nuevos delitos, pero también deberá estar justificada por el fin de evitar otras reacciones más graves, arbitrarias, innecesarias y desproporcionadas⁹⁰. Hacen fuerza aquí las palabras del jurista español Silva Sánchez, para quien “todo ciudadano, en tanto que víctima potencial, en un máximo de prevención, y en tanto que autor potencial en un máximo de garantía o mínimo de intervención penal”⁹¹. De lo anterior, se advierte la constante e inevitable tensión de intereses contrapuestos y cuya regulación queda condicionada, a fin de cuentas, a los valores que cada sociedad elija. Se sostiene que la idea de resocialización constituye un contenido cierto de la ejecución penitenciaria, pero no ofrece respuesta alguna acerca de la necesidad del Derecho penal como garantía de prevención de males innecesarios. De allí que se plantea concebir la resocialización como un principio básico del Derecho penal estatal, consagrado a nivel constitucional y cuya orientación debe garantizar la no exclusión de la sociedad libre de ninguno de sus miembros. Esto obliga al legislador a evitar el ingreso de personas a prisión en casos de penas cortas y buscar penas sustitutas a la prisión; y también al juez, ajustando su actuar al principio de legalidad al determinar la clase y medida de la pena, buscando que la pena sea lo menos excluyente y constitutiva de un farol que guíe todo el proceso penal.

6. Síntesis del capítulo

En general, la tendencia mayoritaria concibe a la resocialización como un principio abstracto que ha permitido sensibilizar hacia el camino de la humanización de las penas de cárcel. A la hora de la justificación de las alternativas al encierro siguen primando criterios

⁹⁰Serrano Pascual, op. cit., cfr. págs. 29 y 30.

⁹¹Silva Sánchez, Jesús, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Editorial B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2ª ed.,2010, pág.186 (en serrano Pascual) (primera edición Bosch Barcelona 1992)

de retribución y prevención especial resocializadora en sentido estricto, buscando la reeducación y reinserción. Empero, al momento de su análisis se observa, en lo que dice relación, por ejemplo, con la pena de multa, que ésta no tiene ninguna virtud resocializadora, imponiéndose en muchos casos sin ser necesaria, por cuanto el destinatario se encuentra plenamente reinserido. Por ello, algunos plantean concebir la resocialización en sentido amplio bajo la idea del principio de *minimización de la violencia* o como *garantía de no exclusión social innecesaria*, lo puede llevar a una comprensión no individualizadora y sí proporcionalista de las alternativas que permitan superar los obstáculos y hacer comprensibles las propuestas de inclusión de alternativas basadas en el fin resocializador⁹².

Finalmente cabe indicar que existen voces que ponen énfasis en la idea de la necesidad de formas de punición distintas de la prisión, entendida como un proceso de corresponsabilización social respecto del fenómeno de la delincuencia. Tras ello, hay una necesidad de desmarcación de la idea de la resocialización-tratamiento, esto es, la cuestión de para qué y en qué modelo de sociedad se resocializa a un sujeto. Algunos autores, como el jurista español Córdoba Roda, ponen énfasis con que bajo la fórmula del tratamiento se abre la posibilidad de manipulación de individuos y de la imposición coactiva de pautas de comportamiento de un sector hegemónico de la sociedad sobre el resto de ella⁹³.

⁹²Serrano Pascual, op.cit. pág. 88 y 89.

⁹³Córdoba Roda, Juan, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Sociología Jurídica*, n° 13, págs. 135-137.

Capítulo II

De la libertad vigilada en el derecho comparado.

1.- Origen de la libertad vigilada

Tiene su origen en Estados Unidos de Norteamérica a mediados del siglo pasado y recibe la denominación de “*probation*”⁹⁴, siendo concebida en su nacimiento como una facultad de los jueces de suspender temporalmente una condena impuesta por sentencia condenatoria firme, bajo determinado supuesto y con la obligación de garantizar por parte de un tercero el buen comportamiento del sentenciado⁹⁵. Se trata entonces de una condena condicional y cuya amenaza es la revocación.

Se destaca entre sus bondades en primer término que se trata de un sistema de tratamiento resocializador del condenado, colocando el acento en las características de personalidad y gravedad del delito no resultando en estos casos aconsejable el perdón de la pena como ocurre con la modalidad de remisión condicional. Por el contrario, sólo se suspenden los efectos normales de la privación de libertad y, en segundo lugar, se parte de la base de que estamos frente a un sujeto que presenta dosis de peligrosidad y, por lo mismo, requiere de un tratamiento activo, no bastando una mera vigilancia discreta, por tanto, aunque mantenga la libertad de desplazamiento, quedará sujeto a la vigilancia personal de un oficial de prueba. Todo ello, sin perjuicio de las condiciones que adicionalmente pueda imponer el juez en uso de sus facultades y que están orientadas a la corrección y resocialización del condenado⁹⁶.

En la Europa Occidental, también bajo la idea de evitar los efectos desocializadores que supone el encierro del penado y bajo el convencimiento de que en muchas ocasiones el

⁹⁴También recibe la denominación de libertad controlada, régimen de prueba o ayuda de prueba (caso Alemán “*Bewährungshilfe*”).

⁹⁵En la legislación anglosajona aparece la figura de los cargos de oficiales de prueba, *ad honorem* y que se funda en ciudadanos de espíritu altruista, cuyo fin es lograr la resocialización del condenado que estuviere a su cargo, por un tiempo determinado.

⁹⁶Se contempla el derecho del condenado a reclamar por las condiciones impuestas por el oficial de prueba y que constituyan a juicio de él una conducción arbitraria de control de su vida.

ejecutar la pena resulta desproporcionado frente a la naturaleza del delito surge como pena sustitutiva al encarcelamiento y gran frecuencia en su utilización la suspensión de condena con libertad vigilada, según el modelo del “*sursis*” de origen franco-belga⁹⁷ y que pone énfasis en ideas de proporcionalidad, adecuación de la pena al delito concretamente cometido, bajo el alero de la idea de pena justa a imponer. En tal sentido diversas reformas se sucedieron por ese camino en países, tales como Suecia, Portugal, los Países Bajos, Italia, Francia y, en especial, Gran Bretaña, donde se observa en la actualidad es concebida como pena principal, para numerosos delitos castigados con prisión y Alemania donde los esfuerzos tienden a incrementar la suspensión de condena con libertad vigilada respecto de penas hasta dos años. De la misma forma Portugal que, inclusive, llegó en su momento a establecer tal posibilidad incluso respecto de penas hasta de tres años. Un dato de relevancia viene dado por los Países Bajos quienes van adelante en la ruta de la reinserción, por cuanto permiten tal posibilidad hasta penas de encierro de hasta tres años. Lo anterior, en todo caso, es distinto al tiempo máximo de duración de la pena sustitutiva y que normalmente en estos países no supera el plazo de tres años⁹⁸.

Es menester precisar que los sistemas reseñados presentan diferencias sustanciales, por cuanto en el sistema anglosajón no se llega a la condena; antes bien, una vez emitido el pronunciamiento de culpabilidad por el jurado, el juez cuenta con facultades de no condenar al acusado a una pena privativa de libertad, en la medida que cumpla ciertas condiciones que se le imponen durante un tiempo determinado, donde lo fundamental consiste en estar en contacto frecuente con el oficial de prueba (*probation-officer*), sometiéndose a sus indicaciones y, en caso, de cumplimiento satisfactorio evita una condena⁹⁹. En cambio, el sistema *sursis* comienza por imponer una pena al sentenciado y, acto seguido, tiene facultades para suspender la pena bajo la condición de que se comporte honradamente durante un periodo de prueba, por ello se asimila a la figura de la remisión condicional de la pena. Sin embargo, la condena figura en los antecedentes penales del sentenciado bajo esta modalidad. En el fondo, la ejecución de la pena queda en suspenso.

En rigor, la *probation* anglosajona tiene, por cierto, carácter de pena autónoma y no una mera alternativa al encierro, toda vez efectivamente sustituye y evita la condena, aunque al quedar condicionado su cumplimiento a determinadas obligaciones es posible

⁹⁷Contribuye también al remplazo de la pena privativa de libertad la sustitución parcial de la pena de encierro por la vía de la libertad condicional del régimen penitenciario.

⁹⁸Malqueda Abreu indica que contribuye a la idea de difusión e implantación legislativa de la sustitución de la prisión por otras formas de punición las corrientes de pensamiento utilitarista-humanitaria resocializadora post segunda guerra mundial y el apoyo de la Unión Internacional de Derecho Penal. Malqueda Abreu, María Luisa, “Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la suspensión del fallo”, en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Universidad de Granada, 1987, págs. 225 y siguientes

⁹⁹Cabe precisar que el juez mantiene en estricto rigor la facultad de decidir al final del periodo de prueba si impone la condena, aunque sabemos que en la práctica sólo lo hará en el evento de incumplimiento. Por ello frente al cumplimiento satisfactorio deja sin efecto el procedimiento donde se emitió el veredicto de culpabilidad, eliminando todo registro de tal circunstancia.

confrontarla con el sistema continental¹⁰⁰. Tales condiciones son de carácter educativo y rehabilitador, por ejemplo, tratamiento de desintoxicación, control de asistentes sociales, prohibición de realizar determinadas conductas, de vivir o frecuentar determinados lugares, etc. Esta figura independiente y que va ligada a la suspensión del pronunciamiento de la condena constituye una respuesta concreta y eficaz a la crisis de las penas privativas de libertad cumpliendo una función superadora de medidas que venían operando simplemente con una naturaleza meramente de clemencia o de indulgencia¹⁰¹. En definitiva, busca ofrecer asistencia y ayuda al penado.

2.- La libertad vigilada en el Derecho comparado

A modo de advertencia se destaca en su análisis que no existe en el derecho comparado uniformidad de criterios en la forma de concebirla y que por ahora sólo adelantamos un par de diferencias, por ejemplo, si la *probation* puede otorgarse antes de la dictación de la sentencia, si requiere por parte del condenado haya confesado el delito durante el proceso, si puede decretarse con oposición de su destinatario¹⁰², si requiere que sea promovida por la defensa o cuenta el juez con facultades de oficio, si procede respecto de personas que se encuentre acreditado en el proceso condiciones denominadas inadecuadas como alcoholismo, drogadicción, delincuentes habituales, débiles mentales, etc. También se formulan reparos desde el punto de vista del respeto de legalidad y estricta sumisión de los jueces a la ley, por ejemplo, como ocurre con la indeterminación de las condiciones a imponer y el excesivo valor que tiene el juicio de la prueba por parte del oficial de prueba¹⁰³.

De similar forma se plasma en países de Centroamérica y a nivel de Código penal, aunque con diversa denominación, tales como Honduras (art.70 y ss.), El Salvador (art 77 y ss., suspensión condicional de la ejecución de la pena), Panamá (art 77 y ss.), Nicaragua (art 103 y ss., condena condicional), Guatemala (art 72 y ss.), Costa Rica (art 59 y ss., condena de ejecución condicional). En todos ello, se sigue el modelo *sursis* o mixto, previniendo que parten del supuesto de haberse pronunciado de modo previo sentencia condenatorio, aunque sin la presencia de un delegado a cargo de su cumplimiento.

¹⁰⁰Gonzalez Zorrilla, op.cit., cfr. pág. 62.

¹⁰¹De Sola Dueñas/García Arán/ Hormazábal Malerée, op. cit. cfr. pág.72.

¹⁰²Parte de la doctrina se inclina a favor de contar con la voluntad del afectado a la hora de la decisión. En efecto, en la práctica se observa que el tribunal procede a informar de las alternativas que se le ofrecen, tanto en lo relativo a la pena de prisión que le corresponde, como a las líneas en base a las cuales habría de quedar estructurado su sometimiento a prueba. Así lo afirma De Sola Dueñas, Angel, "Formas sustitutivas de la ejecución de las penas en el borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990", en *Papers d' Estudis i Formació*, Centre d' Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, n° 7, diciembre 1991, pág. 32

¹⁰³Sanz Mulas, op. cit., pág. 298 – 300.

2.1.- Inglaterra

Se conoce con el nombre de suspensión del pronunciamiento del fallo (*probation*), concebida como alternativa a la prisión e introducida en el año 1889. Gira en torno a la distinción entre el veredicto de culpabilidad y fase de determinación de pena, absteniéndose de pronunciar pena alguna contra el culpable, durante un período determinado durante el cual el penado debe cumplir un sistema de prueba bajo la fiscalización de un oficial de prueba, con vigilancia y asistencia. En todo caso, para la aplicación de esta alternativa requiere necesariamente el consentimiento del penado.

En el año 1991 se incorporaron reformas a la ley anglosajona por parte de la *Criminal Justice Act*. Por un lado, mediante la incorporación de sistemas electrónicos monitorizados que permiten el seguimiento de culpables sujetos a estas formas de punición no privativa de libertad, sin perjuicio de imponer igualmente deberes que deben cumplir y que van orientados a la idea de la asistencia, por ejemplo, asistir a determinados cursos, prestar un trabajo, realizar un tratamiento médico, etcétera¹⁰⁴ y, por otro siendo, lo más significativo el considerar a la *probation* como verdadera pena autónoma e independiente de las penas privativas de libertad, ya que el tribunal, una vez decretada la culpabilidad del sujeto, lo puede someter a la pena de la *probation*, configurándose ésta como una de las diversas penas a disposición del tribunal, lo que influye sustancialmente en las consecuencias derivadas del incumplimiento¹⁰⁵, no quedando a la sombra de la cárcel, por cuanto no se estructura como sustituto de aquél. Es posible indicar que finalidad era triple, ya que busca asegurar la rehabilitación del penado, proteger al público del peligro del delincuente y prevenir que el sujeto vuelva a delinquir. Por ello, se exige que el juez debe llegar al convencimiento absoluto de que la *probation* es lo más adecuado y conveniente para el sujeto, atendida las circunstancias del caso, la naturaleza del delito y las características individuales del culpable. En ese sentido, se impone al juez el deber de recabar informes sociales que reflejen la situación personal y familiar del imputado, cuya elaboración corresponde a los oficiales de prueba¹⁰⁶. Otro punto de relieve lo constituye el hecho de no ser impedimento para su concesión la circunstancia de reincidencia, pudiendo imponer a los delincuentes a cuyo respecto la ley prevé una pena privativa de libertad no determinada temporalmente. Lo anterior significa, conforme al Derecho inglés, que la

¹⁰⁴Se trata en rigor de un arresto domiciliario, pero con salidas al exterior controladas para determinadas actividades. En todo caso no ha tenido mucha aplicación práctica no sólo por su alto costo económico en su implementación, sino debido a las propias reticencias de los oficiales de prueba.

¹⁰⁵Juste, María Antonieta/Mertz, Catalina/ Mery Rafael, *Medidas alternativas a la reclusión. La experiencia de Chile, España, Restados Unidos e Inglaterra*, Proyecto “Sistema de ejecución de penas para Chile”, Ministerio de Justicia de Chile, Fundación Paz ciudadana, 1998, pág. 26.

¹⁰⁶En Inglaterra, la administración de la libertad vigilada se encuentran a cargo de los servicios de libertad vigilada, dependiente del Ministerio del Interior. A su turno, existe una Inspectoría Nacional de Libertad Vigilada que tiene por misión elaborar políticas de mejoramiento del servicio y de evaluación. Al interior de cada servicio existen los Oficiales de libertad vigilada que cuentan con un equipo de apoyo para la mejor realización del servicio encomendado. Estos últimos son los encargados de la elaboración de los informes presentenciales y que son valorados al momento de considerar si es aconsejable la suspensión de la pena.

mayoría de los ilícitos penales puede favorecerse por la *probation*, puesto que la excepción viene dado por los delitos que tengan una pena determinada. La duración de la suspensión puede durar entre seis meses hasta tres años. En lo relativo a la supervisión y vigilancia de las condiciones quedan a cargo del oficial de prueba y cuyo propósito es confrontar al delincuente con la responsabilidad y consecuencias de sus conductas ilícitas, a fin de que tome conciencia del impacto negativo de su conducta tanto respecto de la víctima, de la sociedad y de él mismo. De igual forma, busca motivar y asistir al delincuente con miras a la reinserción, teniendo el juez laxitud para fijar las condiciones en miras al cumplimiento de tales objetivos.

2.2.- Estados Unidos

La libertad vigilada es concebida como pena autónoma, dictada por el tribunal que suspende la sentencia de privación de libertad y ordena un tratamiento correccional para su destinatario, teniendo por fin la rehabilitación del delincuente, mediante el sometimiento a programas y condiciones adecuadas al caso concreto, exigiendo la anuencia informada del delincuente. Cabe destacar que su frecuencia, forma, duración y condiciones de aplicación varían en cada Estado, así como también los resultados obtenidos. Sin embargo, es posible entregar algunas cuestiones generales que resulta de interés destacar, en su análisis o visión de los diversos Estados Federales. En efecto, en cuanto a la forma de decretar la libertad vigilada, se distinguen tres maneras, a saber, de un modo directo en la sentencia, lo que en caso de revocación, obliga a imponer una sentencia de prisión; en otros Estados, bajo ciertas condiciones legales puede el juez imponer una sanción de prisión y, antes de ejecutarla, suspenderla, sometiendo al sujeto a un programa de libertad vigilada, lo que en caso de revocación, implica la imposición de la pena de prisión originalmente impuesta; y, finalmente, algunos dividen derechamente la sentencia, esto es, una sentencia de encarcelamiento seguida por un periodo de libertad vigilada. De este panorama se visualiza que en la gran mayoría de los Estados la libertad vigilada se puede imponer a gran parte de los delitos, aunque en veintitrés Estados se prohíbe imponer esta modalidad a reincidentes. Respecto de las condiciones de ejecución que es necesario cumplir durante el periodo de prueba, es posible mencionar que en algunos Estados se fijan las condiciones a nivel legal y otros consideran no conveniente su especificación; no obstante las condiciones quedan limitadas por las prohibición de imponer una conducta ilegal, inmoral o imposible de realizar, así como las limitaciones propias de la Constitución, debiendo ajustarse a las circunstancias del delito y las características del culpable sujeto a la prueba. Su incumplimiento puede ser objeto de revocación por otra sanción o modificación de las condiciones por un nuevo periodo, cuestión que deberá decidir el tribunal, una vez que el oficial de prueba ponga los antecedentes de su incumplimiento. En este sentido, se destaca que la comisión de un nuevo delito se asimila al incumplimiento de las condiciones y recibe igual tratamiento a lo indicado precedentemente.

Un punto de interés lo constituye la administración de la *probation*, la cual queda sujeta al denominado servicio de libertad vigilada, subordinado y bajo la responsabilidad de la administración local estatal, aunque en los últimos años se ha iniciado un proceso de privatización del sistema, siendo su precursor el Estado de Nueva York. Cada Estado establece su propio modelo de organización interna y operatividad del sistema. A pesar de esta diversidad, es posible identificar como denominador común a todos ellos dos funciones principales, esto es, por un lado, la de preparar los informes de investigación presentenciales a cargo de los oficiales de libertad vigilada y que hacen un estudio de las características personales, sociales y culturales del sujeto, de su conducta delictiva, sugiriendo a título de recomendación la sanción que el juez podría aplicar para el caso concreto por resultar más apropiada, estableciendo el plan de intervención y, por otro, la supervisión que se traduce en vigilancia, supervisión de actividades y ejecución de plan aprobado, aunque esto último es más bien reactivo, es decir, los oficiales reaccionan ante algún informe oficial o no oficial de que la persona no ha cumplido¹⁰⁷.

2.3.- España

Se contempla como sustituto de las penas cortas privativas de libertad la suspensión de la ejecución de la pena conocida con el nombre de “condena condicional”, o sea, bajo el modelo esencial *sursis* e incorporada a su legislación con fecha 17 de marzo de 1908, más tarde incorporada al Código penal el año 1932 y en el año 1995 se realizaron modificaciones en su regulación que intentan incorporar las ventajas que se advierten del modelo anglosajón, particularmente en cuanto a establecer un régimen particular de inscripción de las sentencias suspendidas, bajo reserva del registro y, en caso de cumplir el condenado las condiciones impuestas y no delinquiendo, se remitirá la pena y se ordenará su cancelación en la sección especial, y este antecedente penal no se tendrá en cuenta para ningún efecto¹⁰⁸. Ahora bien, en caso de incumplimiento y consecuente revocación de la suspensión, el juez ordenará la inscripción de la pena en la sección general del Registro de

¹⁰⁷Juste / Mertz / Mery, op. cit., págs. 75 - 80.

¹⁰⁸En nuestro país a la luz de la ley 18.216, modificado por la ley 20.603, observamos el artículo 38 que indica *“La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria. El tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto. Para los efectos previstos en el inciso precedente no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito. El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1° de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación. Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorgan para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal”*.

Penados y Rebeldes¹⁰⁹. Su fundamento, también se formula bajo la idea de ausencia de peligrosidad criminal del delincuente primario¹¹⁰, siendo discrecional su aplicación por la judicatura, salvo dos supuestos en que era obligatoria su concesión, cuyo campo de aplicación se extendió no sólo a las penas de prisión no superiores a dos años, sino también al arresto fin de semana y a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa¹¹¹. Se destaca en su regulación el plazo de observación de dos hasta cinco años, salvo que la suspensión afecte a una pena leve, en cuyo caso será de tres meses a un año y si la pena es de prisión el sentenciador puede imponer, en caso que lo estime necesario, alguna otra condición¹¹². Tras esta regulación se busca la idea de control-rehabilitación del penado, dejando su vigilancia a un órgano de administración competente y que deberá informar al tribunal¹¹³. Tal modelo de punición representa una respuesta sancionatoria por sí misma suficiente, tanto desde el plano retributivo como desde el punto de vista de prevención especial¹¹⁴, correspondiendo a una visión reduccionista de la pena o de intervención mínima, evitando la entrada a prisión de personas de baja peligrosidad y su consiguiente contagio desocializador. Sin embargo, hay quienes también formulan que satisface los fines de la prevención general de la pena, por cuanto, al tratarse de delitos de poca gravedad es socialmente tolerado que sus autores no ingresen a la cárcel. En todo caso, cabe dejar presente que se utiliza con frecuencia términos muy generales y abstractos, por ejemplo, peligrosidad, móviles del delito, conducta anterior y posterior al delito, las que suponen una doble valoración tanto al momento de la pena en concreto como al momento de decidir sobre la concesión o no de la suspensión de la pena. Finalmente, al no tener una delimitación clara en su contenido, implican el riesgo del arbitrio judicial en su otorgamiento y los naturales prejuicios connaturales a la materia.

El instituto español es conocido como un modelo mixto, por cuanto gira en torno a ideas de rehabilitación-tratamiento del que delinque por primera vez¹¹⁵ (*probation*), como, asimismo, la sujeción al principio de proporcionalidad-pena justa (*sursis*). Bajo este orden de ideas resulta una novedad interesante resaltar dos casos de ampliación de la suspensión

¹⁰⁹En general, salvo el caso español, no se contempla esta posibilidad de registro especial con carácter de reservado, empero se limitan a reconocer la extinción directa de la pena una vez transcurrido el periodo de observación, sin haberse producido la revocación.

¹¹⁰De Sola Dueñas, op. cit., págs. 25 y 26. indica que si bien para acceder a la suspensión de la ejecución de la pena es necesario que el condenado haya delinquirido por primera vez, con la salvedad de anteriores condenas por delitos imprudentes y de antecedentes penales cancelados o que pudieran serlo. Sin embargo, en la legislación vigente sólo tuvo eco la admisión de una condena pretérita culposa.

¹¹¹Molina Blázquez, María Concepción, *La aplicación de la pena. Estudios prácticos de las consecuencias jurídicas del delito*, 1996, Bosch, Barcelona, págs. 64 a 69.

¹¹²Entre las condiciones que pueden ser fijadas, podemos mencionar: imponer la prohibición de acudir a determinados lugares o de ausentarse sin autorización judicial, participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares (artículo 83. 1 de la Ley española)

¹¹³Otorga adicionalmente la posibilidad a los jueces de someter al condenado, aparte de la obligación de no delinquir, a cualquier otro tipo de deberes o control que el sujeto suspendido también deberá cumplir.

¹¹⁴Padovani, “La utopía punitiva”, págs. 182 y ss., citado por Sanz Mulas, op. cit., pág. 270.

¹¹⁵El delito puede ser en su modalidad dolosa o culposa.

de la condena y que se consideran aproximaciones tímidas a la probation anglosajona, ya que se trata de normas aisladas y que carecen de redes que constituyan verdadera y efectiva ayuda al sujeto para superar los obstáculos de su situación personal, como lo supone un sometimiento real a prueba. En efecto, en atención a razones humanitarias, se habilita para ciertos penados no primarios y cuyas condenas pueden exceder de dos años, siempre que se encuentren aquejados de una enfermedad grave con padecimiento incurable¹¹⁶, salvo que en el momento de ocurrencia del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo, caso en el cual esta última se revocará y deberán cumplir ambas penas. Luego, bajo el anhelo de dar un tratamiento jurídico especial, para el caso de penados dependientes de alguna droga, debidamente certificado por el servicio de salud y siempre que se acredite en el proceso que el delito se cometió a causa de la dependencia del alcohol, droga u otras sustancias tóxicas también pueden acceder a la suspensión de su condena siempre y cuando la pena impuesta no supere los tres años, entre otros requisitos¹¹⁷. Sobre este punto es relevante el caso de El Salvador¹¹⁸, ya que en su regulación no exige como presupuesto para su concesión la circunstancia de ser primario, sino más bien se funda la suspensión, en la corroboración de lo inconveniente o innecesario que sería ejecutar la prisión efectiva (art. 77), aunque ello no obsta al juez poner igualmente énfasis en la eventual peligrosidad del penado. En efecto, en general en las legislaciones citadas se observa que se impone al juzgador prestar atención en las circunstancias que rodean el hecho y las características de personalidad del condenado, con el fin de evaluar posibilidades de rehabilitación, así por ejemplo, España (art. 80.1), El Salvador (art. 77), Nicaragua (art. 87.2) y Guatemala (art. 72). En particular, los Códigos de Costa Rica y Panamá resultan ser más exigentes deteniéndose en considerar, para el efecto de la suspensión, las circunstancias personales del condenado anteriores al delito y la conducta posterior al ilícito. En definitiva, todos estos esfuerzos legislativos se encaminan a realizar un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de volver o no a cometer delitos.

Un punto de interés son las penas susceptibles de suspensión bajo esta modalidad. En ese orden de ideas, se contempla para la pena privativa de libertad o cualquier otra pena principal, de suerte que si la pena prevista en el tipo penal de modo principal no era privativa de libertad, por ejemplo, inhabilidades, arrestos de fin de semana y multas, quedan sujetas a la suspensión. Sobre este punto, hay dos temas no pacíficos respecto de la procedencia del instituto, esto es, la situación del impago de multas impuestas como

¹¹⁶También es el caso de Nicaragua y basta acompañar el dictamen del médico pertinente.

¹¹⁷Cabe tener presente, en este caso, que lo que se exige es la deshabitación y no la sumisión al tratamiento, siendo esa la condición definitiva para la remisión de la condena, inclusive concebida como un requisito previo que será evaluado por el Juez al momento de decidir sobre la condena condicional. Así lo destaca De Sola Dueñas, op. cit., pág. 27.

¹¹⁸En el caso de El Salvador se contempla la figura de la suspensión por hecho cometido entre pariente o análogo (art 78) y el caso de suspensiones extraordinarias (art. 84) mediante el cual se permite para el caso de mujeres embarazadas, respecto de penas inferiores a 3 años y para el caso de penas inferiores a 6 meses, cuando a juicio del Tribunal su cumplimiento implique un daño de magnitud extraordinaria para el condenado o su familia, siempre y cuando no resulten consecuencias negativas para la víctima o sus familias.

sanción principal y en lo relativo a penas accesorias. En doctrina se acude a reglas de interpretación pro reo y bajo esa argumentación se justifica su aplicación a estos ámbitos, aun cuando el texto legal siempre alude a penas privativas de libertad. Destacamos el caso de Costa Rica, en el cual se incorpora expresamente la figura del extrañamiento y, en lo relativo a las penas accesorias, sólo algunos Códigos como los de Honduras y Nicaragua, se pronuncian expresamente prohibiéndolo; otros, en cambio, como Guatemala, lo permiten explícitamente. Sin embargo, en la mayoría se observa un silencio que aumenta el debate sobre su procedencia.

En cuanto al plazo y modalidad de sustitución se destaca en el Derecho peninsular la sustitución de la pena de prisión de hasta dos años por pena de multa o arresto de fin de semana, ya sea impuesta en la propia sentencia condenatoria o que sea modificada con posterioridad, siempre y cuando no se haya iniciado la ejecución de la pena. Lo interesante es que puede ser sustituida a esta forma de punición aunque no esté establecida por la ley penal para ese delito en concreto y cuya conversión no queda al arbitrio del juez, sino que debe seguir los parámetros legales. Bajo igual lógica, se establece la sustitución de la pena de arresto fin de semana por pena de multa o de trabajo en beneficio de la comunidad y la figura de la expulsión de extranjeros del territorio nacional español respecto de condenados a penas de prisión y que no tengan residencia legal en dicho país¹¹⁹. Ahora, en cuanto al tiempo de suspensión de la pena en el Derecho español se distingue entre delito y falta, estableciendo parámetros de dos a cinco años para los delitos y tres meses a un año para las faltas, quedando su determinación al arbitrio judicial, a diferencia de lo que ocurre en Honduras, que fija el plazo exacto de observación en cinco años para los delitos y dos años para las faltas. En general, los márgenes van desde los dos años hasta los cinco años, salvo Costa Rica que lo fija entre tres y cinco años. En lo referente al procedimiento que fija el plazo cabe destacar que sólo España y Nicaragua, establecen la obligatoriedad de audiencia previa para resolver sobre el punto.

Un tema vinculado es el de la satisfacción de los perjuicios civiles provenientes del delito. Cabe mencionar que algunos optan por sujetar la suspensión de la condena a la obligación del penado de responder civilmente del daño causado por el delito (España y El Salvador). Otros, derechamente, indican que tal circunstancia no es un elemento que valorar para su concesión (Guatemala, Honduras). Sin embargo no deja de ser cierto que la reparación por parte del condenado constituye un elemento más que favorable a la hora de la decisión, sin perjuicio de ser un hecho de la causa que la gran mayoría de los condenados no cuentan con las facultades económicas para tal resarcimiento a la víctima y no por tal circunstancia podrían no ser acreedores de la suspensión de la condena, teniendo presente

¹¹⁹No incluimos el instituto de la libertad condicional, por cuanto si bien también supone un sometimiento a prueba del sentenciado, no es verdadero sustituto de la prisión, sino que implica una modalidad de ejecución de la condena dentro del ámbito penitenciario. En efecto, supone un periodo inicial de encierro para luego acceder a beneficios, cumpliendo ciertos requisitos, pero ya estando en la ejecución propiamente de la condena.

las finalidades reseñadas con el instituto. De otro modo, se afectaría gravemente el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Ahora bien, la mayoría de los Códigos que contemplan la suspensión de la pena han optado por sujetar el efecto paralizador de la condena a la obligación de no cometer delito durante el plazo de observación; sin embargo, adicionalmente, se contempla la imposición de condiciones durante el periodo, en algunos como una posibilidad adicional de los jueces (Costa Rica, España, Panamá) y en otros, derechamente, como una obligación (El Salvador, Nicaragua). El problema se suscita en aquellas legislaciones que han preferido dejar al arbitrio judicial la circunstancia de fijar o no condiciones anexas, lo que colisiona con el principio de legalidad. Desde luego, todos contemplan la posibilidad de revocación en caso de nuevo delito cometido¹²⁰ durante el tiempo de observación e implica el cumplimiento efectivo de la pena que se encontraba suspendida, salvo el caso de El Salvador, que permite que el juez en su análisis del caso en concreto pueda realizar algunas modificaciones a las exigencias de observación o aumentar el plazo de vigilancia, sin tener que proceder necesariamente a su revocación¹²¹. Esto último, también es posible en España, pero únicamente para el caso de incumplimiento de condiciones y no por causal objetiva de comisión de nuevo delito¹²². En este punto, es importante destacar y precisar que tales condiciones o reglas de comportamiento futuro no podrían afectar garantías constitucionales del condenado, a saber, el derecho a la privacidad, sus creencias religiosas o políticas. Con todo, en la práctica tales condiciones se suelen transformar en condiciones que sólo miran al control del penado, al tiempo de constituir afectación a sus libertades y derechos civiles, como la libertad de desplazamiento, bajo modalidades de prohibición, las que se consideran de escaso valor cuando se observa el plus de la asistencia concreta y efectiva al penado en su reinserción, bajo la modalidad de condiciones específicas de cumplimiento. En igual sentido, las Reglas de Tokio indican que las condiciones que se fijen, en general en las penas sustitutivas, deben ser claras, precisas, útiles y tan pocas como sea posible. Tales condiciones deben ser informadas al destinatario, las que pueden y deben ser modificadas cuantas veces sea necesario, de acuerdo con los progresos que haya experimentado el usuario.

¹²⁰Costa Rica es el único país que indica expresamente que debe tratarse de un delito doloso y que este sancionado con una pena de prisión superior a 6 meses. En los demás, frente al silencio es posible inferir que se puede estar refiriendo tanto a la modalidad dolosa como culposa.

¹²¹Precisamente la idea de las Reglas de Tokio impulsan que frente a incumplimiento, puede provocar las modificaciones de las condiciones, bajo la idea de que el fracaso de un sustituto penal no puede llevar automáticamente a la imposición de una pena de prisión. Inclusive se busca reservar tal posibilidad para el evento del cometimiento de un nuevo delito. De ahí, la idea de concebir la prisión como última posibilidad.

¹²² En todo caso, se destaca que si bien en el sistema de la *probation* tiene en su esencia la condición genérica y básica de no cometer un nuevo delito, durante el periodo de observación, no es menos cierto que se debe tener presente la naturaleza del nuevo delito que se hubiere cometido. En efecto, en el derecho comparado actualmente tiende a no proceder a la revocación automática del delito, si el nuevo hecho punible también pudiese ser suspendible, ampliando con ello el periodo de prueba y variando con mayor intensidad su contenido, obviamente a discreción del Tribunal. Esto último, también aplicable para el caso de incumplimiento de las condiciones. En tal sentido, lo destaca De Sola Dueñas, op. cit., cfr. págs. 33 y 34.

3.- Síntesis del capítulo

En general, los sistemas punitivos de los Estados que hemos constatado han preferido el sistema mixto de suspensión de la pena con condiciones; sin embargo existen debilidades de su regulación legal que impiden concebirla como una verdadera solución alternativa al encierro. En efecto, se observa redacciones legislativas restrictivas y que provocan poca operatividad y dinamismo en su aplicación, tales como la peligrosidad, no reincidencia, utilización de conceptos genéricos como móviles del delito, conducta del imputado anterior y posterior a la comisión del delito, la satisfacción previa de la responsabilidad civil derivada del delito que no contribuyen a su aplicación¹²³.

En la práctica en estos países es notoria la preferencia por la función de control-vigilancia sobre aquella de carácter asistencial, lo que representa un distanciamiento del modelo anglosajón *probation* que se pretende imitar. Sobre este punto, el profesor Mir Puig¹²⁴ planteaba que los aspectos de asistencia y control no tienen por qué ir unidos inexorablemente, por lo cual su propuesta se estructura bajo una modalidad de admisión diferenciada de los mismos, de suerte que mientras la asistencia siempre se considera oportuna, el control podría reservarse para la suspensión de penas de más de un año de duración o para sujetos reincidentes con la posibilidad de distinguir formas de control que varían en su intensidad, según la entidad de las penas aplicadas, imponiendo el control de menor rigor para las penas de hasta dos años respecto de condenados no reincidentes y con mayor niveles de control para reincidentes con penas superiores a dos años.

Contribuye a la prevalencia del control sobre la asistencia, la falta de inversión y, por ende, la ausencia de infraestructura de servicios sociales que permita darle un sello asistencial concreto y efectivo. En tal sentido, se postula que sería conveniente que la ley pudiese regular los supuestos en que no sería necesario imponer condiciones específicas durante el sometimiento a prueba y, por ende, prima allí el criterio de control, de aquellos en que se otorgue al juez la posibilidad de imponer tales condiciones adicionales, en caso que lo estime necesario y los casos en que sea necesario imponerlo de modo obligatorio. Aunque en estos casos, lo recomendable es que se fijen taxativamente las condiciones adicionales, a fin de evitar la afectación, como se indicó, de derechos individuales y, por otro lado, deberían tener un carácter asistencial, pero tales condiciones deberían tener la suficiente flexibilidad para atender a las necesidades y carencias del destinatario, por lo que deberían ser fijadas por el juez especial de vigilancia o por los jueces sentenciadores con audiencia del juez de vigilancia, sin perjuicio de las facultades que el mismo tendría para

¹²³La Doctora en Derecho Nieves Sanz Mulas describe que el automatismo judicial en su concesión le quita su eficacia intimidativa y, en consecuencia, no se valoran objetivamente las circunstancias en su procedencia, cuestión que es la intención del legislador, provocando en la práctica una errada interpretación del juez, a lo que se suma la ausencia de conocimientos criminológicos que le aporten una información rigurosa de las necesidades resocializadoras del sujeto, resolviendo en base a sus propios prejuicios. Sanz Mulas, op. cit., cfr. págs. 287 y 288.

¹²⁴Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., B de F, Montevideo, 2012, cfr. pág. 705.

cambiarlas o modificarlas a lo largo del periodo de prueba o bien que los jueces sentenciadores determinen su procedencia y el juez de vigilancia fije el contenido expreso de las condiciones en el sometimiento a prueba.

A mayor abundamiento, las propias Reglas de Tokio son perentorias en expresar que no es suficiente la mera vigilancia del beneficiario, sino que debe incluirse inexorablemente una asistencia material, psicológica y social adecuada, a fin de afianzar los lazos entre el delincuente y la sociedad, por lo mismo deberían estar orientadas a incrementar las oportunidades de integración social, reduciendo las posibilidades de reincidencia. Por ello, resulta óptimo al instituto la decisión legislativa de ampliar el número de delitos susceptibles de suspensión o ampliar su ámbito de aplicación, incluso sin establecer límites de pena máximo¹²⁵. Con todo, es posible constatar en la realidad europea la tendencia a prever una gama amplia de alternativas, a fin de evitar la prisión o incluso de paralizar el propio proceso penal, mediante figuras como salidas alternativas, tales como la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios, enmarcados bajo el sello de la justicia consensuada, que contribuyen de modo indirecto a solucionar el problema carcelario.

Lo anterior constituye un punto de partida, del cual surgen propuestas para su perfeccionamiento que pueden constituirse en verdaderas soluciones al problema de la prisión. Se debe acabar con términos como el de peligrosidad criminal, entregando una delimitación más concreta al momento de su evaluación, evitando dobles valoraciones por parte del juzgador. De lo contrario, se lesiona tanto el principio de legalidad como el de dignidad humana, por cuanto se impone la pena por lo que uno es y no por lo que realmente se ha hecho¹²⁶. A mayor abundamiento, la categoría de peligrosidad pone su énfasis en las características personales del agente y no en el hecho cometido, es decir, sustituye el derecho penal de acto, propio de un sistema penal de una sociedad democrática, por el derecho penal de autor, fundado en la prognosis del juzgador de que el condenado cometa hechos delictivos futuros. Su impulso viene dado por el positivismo de matriz criminológica, donde subyace la idea de imprimir a la pena un carácter utilitario, fundado en la prevención especial como medio de defensa de la colectividad, o sea, se admite la consideración de la peligrosidad del hechor como factor de graduación de la pena, perdiendo con ello su función genuina, de fundamento de las medidas de seguridad

¹²⁵En todo caso, hoy por hoy se entiende que la referencia legislativa en los Códigos citados, para efectos de aplicar la suspensión de la pena, se refiere a la pena en concreto impuesta por el juez al delito cometido, la que no debe superar el margen máximo fijado por ley.

¹²⁶Zaffaroni, Eugenio R. (coord.), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*, informe final, Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, 1986, pág. 73. En el mismo orden de ideas destaca la sentencia de la Corte Interamericana *Fermin Ramírez contra Guatemala* de fecha 20 de junio de 2005. De igual modo Guzmán Dalbora “Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal”, de 2011, disponible en plataforma electrónica: www.Kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-30, *Fundación Konrad-Adenauer-stiftung e. V*, Programa de estudios de Derecho para Latinoamérica.

aplicables únicamente a los inimputable, siendo hoy incluso considerada como criterio extra procesal para determinar la procedencia de la prisión preventiva. En la actualidad se sigue discutiendo su incorporación, por diversas consideraciones como por ejemplo desde una perspectiva naturalista queda claro que no existe método científico de pronóstico criminal que permita asegurar que, dadas ciertas condiciones, es probable que un sujeto delinca. En definitiva queda sujeta al riesgo de la mera intuición de los jueces, conforme a su sana razón o sentido común, so pretexto de parapetarse en ciertos criterios de peligrosidad que entrega la ley. También en los Estado de derecho democráticos el reconocimiento de la dignidad humana colisiona frontalmente con la peligrosidad, por cuanto ésta última reduce al condenado a un mero objeto o medio para alcanzar fines que interesan a la mayoría”¹²⁷.

El derecho penal liberal supone como rasgos distintivos, la legalidad de los delitos y penas, la proporcionalidad de estas a la gravedad objetiva de las infracciones y el reconocimiento del principio de culpabilidad. Pues bien, la peligrosidad no tiene cabida bajo este diseño, es más resulta incompatible, no pudiendo convivir sin mermar su propia integridad, desde que la peligrosidad representa un ataque contra las exigencias de certeza y seguridad jurídica, al tiempo de afectar un derivado de la legalidad que supone la aplicación igualitaria de la ley, equiparando los delitos y penas, independientemente de las características individuales del delincuente, con lo cual se cierra el paso a posibles arbitrariedades en la decisión de condena y que muchas veces ponen énfasis a la persona del autor.

¹²⁷Bettioli: “Aspetti ético-politici delle misure di sicurezza”, en sus *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t I, pp (514-523) 520.

Capítulo III

De la libertad vigilada en Chile

1.- Origen histórico

En nuestro país, la supresión de la pena privativa de libertad comenzó con las penas cortas. En efecto, se admitió la figura de la remisión condicional de la pena para las faltas, en el Código de Procedimiento Penal de 1906 y de allí deviene un largo proceso de que daremos cuenta y que dura hasta nuestros días, sin embargo es preferible primeramente recalcar que la idea que subyace con su inclusión es palmario de la constatación de una realidad, esto es, frente al fracaso del encarcelamiento surge la idea de las penas substitutivas de las privativas de libertad, de lo cual se colige, en principio, estos sustitutos también son penas, cumpliendo o debiendo cumplir esas finalidades, aunque con un sello notoriamente orientado a la resocialización y rehabilitación del penado, no pudiendo, en todo caso, prologarse indebidamente en su duración y aplicación¹²⁸.

Hemos revisado el modelo de la *probation* del sistema anglosajón, el cual presenta características tan especiales que a la luz de nuestro instituto nacional se observan diferencias sustanciales que finalmente lo transforman en una modalidad absolutamente distinta del modelo que pretendió ser su guía para su establecimiento. Lo anterior, viene dado por el propio diseño del sistema de procedimiento penal Chileno y conforme a las reglas legales de determinación de las penas¹²⁹.

¹²⁸Roxin, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, Reus, Madrid, 1976, cfr. págs. 2 y siguientes,.

¹²⁹Precisamente se identifica un sistema estructurado en dos fases: una que culmina con el veredicto de inocencia o culpabilidad y, luego para el evento de la declaración de culpabilidad surge una segunda fase encaminada a individualizar la reacción penal más adecuada al caso en concreto y, por ende, en el caso de la probation supone detener el procedimiento, suspendiendo la dictación de la condena y aplicando especiales medidas de control y asistencia como ya se describió. Lo anterior marca diferencias con nuestro país que presenta reglas legales de determinación de penas dentro de rígidos marcos prefijados por la ley y que obligan a dictar sentencia absolutoria o condenatoria y en este último evento imponer derechamente la pena privativa de libertad, para luego pronunciarse sobre la concesión de una pena substitutiva. Quizás el único caso que presenta nuestra legislación que se asimila al modelo anglosajón se observa con ocasión de las faltas al

Históricamente a nivel nacional se advierte del legislador patrio una manifiesta reticencia para enfrentar y solucionar el problema carcelario. Por el contrario, más bien se han establecido restricciones para la aplicación de las penas sustitutivas, en general y de la libertad vigilada, en particular limitándose únicamente a casos más graves, no valorando el impacto que puede producir el encierro y que puede actuar como elemento de desocialización de personas que han cometido un único y primer delito¹³⁰. En general nuestro diseño en la materia sigue enmarcado en una mirada de defensa social, donde sus ejes son la peligrosidad y el correccionalismo. Son medidas que permanecen ancladas a la prisión y que funcionan como sanciones penales facultativas de los jueces penales, a partir del cual se moldean sus principales restricciones y debilidades.

Sin embargo, para ser justos la ley 18.216, publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo de 1983, y su reglamento del año 1984, constituyen un avance formidable para la época en el afán de buscar soluciones penales distintas a la prisión, siguiendo las orientaciones del Derecho penal, colocando así al país en esta materia por delante de muchos otros de Iberoamérica.¹³¹ Consagra diversos institutos considerados como alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, aplicables a condenados adultos, siendo la remisión condicional de la pena, reclusión nocturna y la libertad vigilada. Las tres instituciones y, en especial, la libertad vigilada tienen por objetivo la resocialización del delincuente, mediante exigencias y recaudos que persiguen disuadirle de cometer nuevos delitos, pero además pretende hacerse cargo de reducir el empleo de las penas cortas de privación de la libertad. Se destaca el campo de aplicación de la libertad vigilada que se hace cargo no sólo de las penas cortas, sino también alcanza un importante volumen de penas que se imponen por nuestros tribunales y la tendencia a privilegiar el tratamiento en el medio libre. Sin embargo, si bien representó un avance en la lucha contra las penas cortas y el encierro, se quedó a medio camino, porque tampoco se propuso acabar con ellas¹³². En definitiva, fueron reemplazadas en el caso concreto por unos sustitutos basados en lógicas que no han surtidos los efectos esperados, por ejemplo, evitar la reincidencia.

observar el artículo 398 del Código procesal penal denominado suspensión de la pena por imposición de condena por falta: *“Cuando resulte mérito para condenar por la falta imputada, pero concurrieren antecedentes favorables que no hicieren aconsejable la imposición de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses. En tal caso, no procederá acumular esta suspensión con alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216. Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiere sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”*

¹³⁰ Así lo describe Mercedes Gallizo, Secretaria General de Instituciones Penitenciarias de España, en nota dada al periódico El País en septiembre del año 2008.

¹³¹ Guzmán Dalbora, José Luis, “Nuevos sustitutivos de las penas cortas de privación y de restricción de la libertad en Chile”, en *Doctrina Penal*, año 7, n° 27, 1984, cfr. pág. 583.

¹³² Guzmán Dalbora, José Luis, “Sustitutivos a penas cortas de privación y restricción de la libertad. Una Reforma sin destino”, en *Revista del Abogado*, n° 51, año 15, abril de 2011, cfr. pág. 24.

La ley 20.603 promulgada con fecha 13 de junio del año 2012 se enmarca según da cuenta su mensaje dentro de la reforma denominada de segunda generación en la agenda de seguridad pública nacional y que no sólo tiene como propósito crear nuevas infraestructuras carcelarias, sino por el contrario fomentar medidas de reinserción y rehabilitación de quienes se encuentran privados de libertad o cumpliendo condenas en el medio libre, evitando la formación de carreras delictivas. Se trata, entonces, de una nueva orientación de entender el ámbito de la ejecución criminal y más específicamente, las llamadas medidas alternativas a las penas restrictivas y privativas de libertad¹³³. Por ello, resulta interesante indagar en los orígenes y antecedentes históricos que permiten su establecimiento, en la legislación comparada, al tiempo de pasar revista por su regulación normativa y de aquella que le antecede, observando las virtudes y deficiencias que presenta el tratamiento de las penas sustitutivas que establece. Sin embargo, veremos que la pretensión del legislador de creer que mediante la dictación de la ley en comento podría solucionar el problema carcelario está lejos de cumplirse, más aun cuando se repara en los obstáculos que tiene el sistema penal en que se inserta, cuyo sello selectivo, retributivo, fragmentario, represivo, punitivo en extremo y débilmente garantista no ayuda en tal tarea. Por el contrario, lleva una vez más al inevitable fracaso de estas denominadas legislativamente *penas sustitutivas* y, más todavía cuando tampoco se pretende una modificación al sistema penitenciario en general¹³⁴. En suma se trata de cárcel más medidas sustitutivas o sustitución condicionadas siempre a la cárcel¹³⁵.

Recorriendo su historia se advierte que el compromiso de modificar la ley 18.216, surge desde el gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y luego se repite en los gobiernos sucesivos, como consecuencia de que el Estado de Chile ratifica su firma de las Reglas de

¹³³Tanto es el énfasis que pretende remarcar con la nueva ley en comento el ejecutivo y luego el legislador nacional que se prefirió modificar su denominación. Así se lee del mensaje de la ley que indica: “*Recogiendo las corrientes doctrinarias tanto extranjeras como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas”*”. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, antes bien frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida. Fuente Historia de la Ley N° 20.603. Biblioteca del Congreso Nacional.

¹³⁴Rivacoba y Rivacoba, Manuel, “El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza”, en *Revista Penal Penitenciaria*, Universidad Nacional del Litoral, n° 3-4, 1965.págs. 123-141 Biblioteca Escuela de Derecho de la Universidad de Chile, Valparaíso. En tal obra se pone de manifiesto la preocupación y la imperiosa necesidad de profundizar sobre el complejo fenómeno de la ejecución de las penas y sus consecuencias jurídico-penales. Incluso en su texto se expresa un programa y su contenido sobre el Derecho de ejecución penal. En tal sentido, y como un botón de muestra, nuestros Tribunales también han contribuido a las arbitrariedades de Gendarmería durante la etapa de ejecución. La tendencia de no hacerse cargo de la ejecución, también se puede reprochar a los Tribunales de Justicia de nuestro país. Así, por ejemplo, obsérvese el oficio N° 1303-2007 de Diciembre del año 2007 de la Excelentísima Corte Suprema por medio del cual se instruye a los jueces con competencia criminal de abstenerse de disponer el ingreso de los imputados a un centro penitenciario determinado, labor que corresponde a Gendarmería de Chile precisar e informar al Tribunal.

¹³⁵Jiménez María Angélica, “Núcleos problemáticos de las medidas alternativas a la privación de libertad. (Referencia a países de América Latina)”, en *Cuaderno de análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, n° 30, 1994, cfr. pág. 42.

Tokio en 1990. Es así que en el año 1994 la ministro de justicia de aquella época, Soledad Alvear, conformó un equipo de trabajo abocado a elaborar un anteproyecto de ley que ampliara el catalogo de medidas alternativas a la reclusión. En ese mismo orden de ideas se suscribió un convenio de apoyo con la Fundación Paz Ciudadana. En el mes febrero del año 2001 se elabora un documento denominado “*Propuesta para la Reforma del Sistema de Alternativas a la Privación de Libertad*”¹³⁶, cuyos lineamientos estratégicos se encuentran incorporados en los objetivos del Ministerio de Justicia de aquel periodo presidencial. Consecuente con lo anterior, se terminó un proyecto de modificación que nunca termino por concretarse, cuya virtud era establecer un sistema de sanciones de carácter amplio, diverso y flexible, otorgando a los jueces otras opciones de sanciones penales. Sin embargo la política criminal en la materia se mezcla una vez más con políticas de seguridad ciudadana, de corte punitivo y represivo que terminan por frustrar tales proyectos modificatorios.

El 31 de marzo del año 2008 la presidenta de la república Michelle Bachelet Jeria envió el mensaje número 66-356 al Presidente de la Cámara de Diputados, con el cual se inicia un proyecto de ley tendiente a modificar por un lado la ley 18.216 y, por otro lado, la ley orgánica de Gendarmería de Chile, donde se observa como ejes fundamentales de su propuesta:

- Ampliación del catálogo de medidas alternativas a la reclusión, incluyendo la reparación del daño causado a la víctima y los trabajos en servicio de la comunidad.
- Excluir del ámbito de procedencia de libertad vigilada aquellos delitos de gravedad que se indican en el proyecto.
- Implementación de un sistema de monitoreo electrónico a distancia, como forma de cumplimiento y control diseñada en principio únicamente para la reclusión nocturna.
- Nuevas exigencias sobre consecuencias del incumplimiento de condiciones y su eventual revocación.
- Regulación sobre un sistema especial de subvenciones, para que instituciones acreditadas desarrollen proyectos que permitan concretamente la aplicación de trabajos en servicios a favor de la comunidad y la libertad vigilada de adulto.

Del mensaje se desprende que tal iniciativa legal responde a la ineludible tarea de modernización del sistema de justicia y que constituyo uno de los principales ejes del gobierno ya citado. En el ámbito de la justicia criminal y específicamente respecto de las medidas alternativas a las penas restrictivas y privativas de libertad, existe consenso en su rol e incidencia en el ámbito de la reinserción social de las personas condenadas por delitos,

¹³⁶Es posible su revisión en la página web www.pazciudadana.cl

evitando por su intermedio la formación de carreras delictivas. En efecto, las medidas alternativas en nuestro sistema de penas juegan un doble papel, tanto servir como una real herramienta de reinserción en el ámbito preventivo especial como también constituirse en un mecanismo efectivo en el control del delito. Sin embargo, pese a su anhelo de hacerse cargo del fenómeno criminal, lo cierto es que se conciben únicamente como una oportunidad para un tipo de delincuencia menor; estableciendo una serie de medidas a través de las cuales se espera lograr que las medidas alternativas cumplan su objetivo final, introduciendo mecanismos de control más eficientes que impidan frustrar sus propios fines. De esta manera, al inyectar mayores y mejores formas de control de la ejecución de estas medidas, tanto en el ámbito judicial como administrativo, se estima que aquel sector de la sociedad que ha sido objeto de una medida alternativa, cumpla efectiva y satisfactoriamente la sanción impuesta, haciendo de este sistema un modelo de control asimilable a la prisión, en cuanto a su real control sobre la población sujeta al mismo¹³⁷. Sin embargo, nada diferente marca esta propuesta a la ley que pretende modificar, salvo la incorporación de dos novedosas modalidades penales como son la reparación del daño y los trabajos en servicio de la comunidad, ambos desde antaño recogidos en la legislación europea desde mediados del siglo pasado.

Con fecha 18 de agosto del año 2010 se presenta una indicación sustitutiva al proyecto de ley reseñado, bajo el número 151-358, cuyo contenido viene marcado bajo el prisma de fortalecer la seguridad ciudadana, siendo uno de sus ejes principales¹³⁸. En efecto, el mensaje en la presente indicación describe los índices de temor por el fenómeno criminal, encuestas de victimización y la sensación de impunidad imperante. Una de sus causas provienen por la aplicación de medidas alternativas, que han sido entendidas por el sistema de justicia como indulgencias a que pueden aspirar ciertos condenados, sin que exista mayores esfuerzos en torno a su reinserción social, donde los controles efectuados tanto por las autoridades encargadas de su ejecución, como por aquellas a las que compete su supervigilancia, han sido débiles. Es así, como muchos condenados bajo el marco de estas *medidas*, no se presentan a cumplir o simplemente la abandonan, sin ser debidamente sancionados, mientras que el resto de la población condenada en el medio libre es sujeta a

¹³⁷Actas de la Historia de la ley n° 20.603. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

¹³⁸Actas de la Historia de la Ley 20.603, Biblioteca del Congreso Nacional. Discusión Parlamentaria. En efecto, señala el mensaje de la indicación por parte del ejecutivo: “...como Gobierno nos hemos propuesto avanzar en derrotar la delincuencia de manera estratégica y planificada, es que sometemos a la consideración de Honorable Congreso Nacional, esta indicación a la indicación sustitutiva presentada en octubre de 2009, al proyecto de ley que modifica la ley N°18.216. La presente indicación busca robustecer el sistema de alternativas a la prisión y transformarlo en un mecanismo de sanción que opere de manera eficaz y efectiva en el control de la delincuencia primeriza y cuyos objetivos se centren en evitar la reincidencia delictual y dar protección a las víctimas. Desde esa perspectiva, las modificaciones introducidas a la indicación en actual tramitación, apuntan en la dirección de construir un sistema de penas sustitutivas de la penas privativas de la libertad, que sea eficaz ante la ciudadanía y permita actuar allí donde se están iniciando futuras carreras delictuales...”

tibios controles por parte de la administración¹³⁹. Esta reingeniería del sistema alternativo de penas que se manifiesta en la indicación que son base de la ley número 20.603, cuyos ejes fundamentales son:

a) Cumplimiento de penas inteligente

Se propone que la cárcel no debe ser la única respuesta, siendo necesario orientar los esfuerzos en el encarcelamiento de aquellos sujetos que han sido contumaces y persistentes en desafiar el orden social y jurídico, otorgando un castigo enérgico. A contrario sensu, se debe buscar castigos resocializadores para aquellos sujetos que se están iniciando en el delito. Lo anterior tiene como objeto adicional hacer un uso eficiente y focalizado de los recursos.

b) Establecimiento de un catálogo de delitos que serán siempre sancionados con cárcel

Con ellos se pretende excluir ciertos tipos penales que, por su gravedad abstracta, no pueden en ningún caso hacer procedente la aplicación de las penas que regula la ley 20.603, por ejemplo, autores de delitos graves consumados de secuestro calificado, sustracción de menor, violación, violación de menor de 14 años, violación con homicidio, homicidio calificado y simple, etcétera. En consecuencia, no se podrá solicitar al juez el ejercicio de la facultad de sustituir la pena, debiendo cumplir la pena privativa de la libertad impuesta en la sentencia condenatoria de manera efectiva en la cárcel.

c) Uso de nuevas tecnologías para controlar su cumplimiento

Apunta a efectuar un control efectivo e intenso de las penas, utilizando los avances tecnológicos disponibles, permitiendo frustrar acciones que atenten contra el régimen de sanción impuesto, lo que será detectado e informada al tribunal, a fin de que adopte las medidas pertinentes, pudiendo revocar la pena sustitutiva.

d) Los incumplimientos y quebrantamientos serán detectados

Se incorporan deberes de fiscalización más intensos para los jueces, especialmente tratándose de personas sujetas a tratamiento de drogas y alcohol. Se regulan sanciones claras y enérgicas frente a los incumplimientos, a fin de cerrar los espacios de impunidad actuales que se han observado.

e) El objetivo de estas sanciones será evitar la reincidencia delictiva

Instando por la reinserción social y aumentando el control, de suerte que el condenado tenga conocimiento que si comete nuevos delitos, dicha situación será advertida por las autoridades y sancionada enérgicamente, tanto por la comisión del nuevo ilícito, como por el quebrantamiento de la pena sustitutiva impuesta.

¹³⁹Actas de la Historia de la Ley 20.603, Biblioteca del Congreso Nacional. Discusión Parlamentaria.

f) Se diversificará la respuesta penal

Tras ello se busca adecuación a los perfiles delictuales y criminológicos de los condenados. De tal modo que el uso del monitoreo telemático en el control de la libertad vigilada intensiva, estará orientado especialmente al amparo de aquellas víctimas más vulnerables, como las que han sido objeto de delitos sexuales o aquellas que en el contexto familiar, hayan sufrido delitos graves

En lo particular, se incorpora la figura de la *libertad vigilada intensiva*, cuyo campo de aplicación gira en primer término sobre la base de la penalidad asignada al delito y su lesividad, pudiendo imponerse cuando la pena establecida en la sentencia sea superior a tres años y no exceda de cinco años; y en segundo término, atendiendo al perfil criminológico del condenado. En este último caso, se regulan reglas especiales para su imposición tratándose de condenados por algunos delitos cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar o que se trate de agresores sexuales. Con lo anterior, se pretende nuevamente dar cabida a la experiencia comparada en el ámbito de la libertad vigilada, distinguiendo entre perfiles de ofensores, abordando su intervención de manera más especializada y con estrictos controles bajo la modalidad de monitoreo telemático, los cuales han entregado resultados promisorios en términos de evitar la reincidencia delictual, permitiendo disuadir a los infractores de la comisión de nuevos ilícitos, brindando adicionalmente con ello una real protección a las víctimas, considerando su situación especial de vulnerabilidad.

Posteriormente con fecha 21 de marzo del año 2011 nuevamente el ejecutivo envía una indicación al proyecto modificatorio de la ley, bajo el número 009-359, cuyo contenido consiste en otorgar facultades al tribunal para sustituir la pena privativa de libertad igual o inferior a un año de duración por la de prestación de servicios en beneficio de la comunidad, requiriéndose que el condenado consienta en la aplicación de dicha pena. Esta nueva pena sustitutiva se cumple mediante la realización de labores no remuneradas a favor de la colectividad o de personas en situación de precariedad, coordinadas por un delegado de Gendarmería de Chile. Tal indicación tuvo sus frutos en la legislación nacional, principalmente como sanción conmutable a la pena de multa.

Cabe destacar que en las discusiones del foro penal para la elaboración de un nuevo código penal chileno la comisión estimo indispensable incorporar su regulación normativa en el propio Código Punitivo y no en una ley especial¹⁴⁰, empero, los acontecimientos posteriores demuestran que tal anhelo, entre otros, no se cumplió. En igual sentido, se destaca que durante la discusión en el foro se acordó alterar radicalmente la naturaleza de estas modalidades de punición y, desde luego, abandonar su denominación de medidas alternativas a penas sustitutivas, precisando que no se está frente a un *beneficio* otorgado al

¹⁴⁰Matus Acuña, Jean Pierre, “Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en una futura Reforma Procesal Penal Chilena”, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 2, N° 4-5, Noviembre 2003, cfr. pág. 195.

condenado, sino frente a una sanción penal. Desde ya, es preciso manifestar que si en verdad se pretendía un cambio en pro de erradicar la crisis carcelaria y sus nefastas consecuencias era necesario abolir todo ingreso a prisión por penas cortas, al tiempo de modificar el catálogo penal del actual artículo 21 del código penal y la legislación penal especial, incorporándolas como penas principales o verdaderos sustitutos penales autónomos e independientes y no como penas sustitutivas a la sombra de la prisión.

2.- Incidencia de los principios penales generales en los sustitutos penales

Bajo este punto es menester referirse a la incidencia de los principios penales rectores del Derecho penal a la hora de su análisis con los sustitutos penales de la pena de encierro, a saber:

2.1.- Principio de legalidad penal.

Al momento de configurar un sustituto a la prisión se debe respetar el principio de legalidad penal. Sin duda, su trascendencia radica en la seguridad jurídica que otorga a todos los ciudadanos, siendo corolario del respeto a la legitimidad democrática. Las penas sustitutivas del encierro son consecuencias jurídicas del delito y como tal deben sujetarse al principio de legalidad. No obstante, las innegables bondades que supone el respeto del citado principio es posible observar que muchas veces es olvidado en la regulación de los sustitutos. En efecto, el principio de legalidad exige que estas reacciones sustitutivas sean consideradas como auténticas consecuencias de índole jurídica del delito. Ello supone establecer de un modo claro y diferenciado las consecuencias jurídicas de los sustitutos, en relación con las penas y las medidas de seguridad, de suerte que su incumplimiento afecta la certeza y taxatividad referida a las consecuencias penales de cada delito¹⁴¹. Precisamente tal omisión de concebir su carácter autónomo vulnera el principio como ocurre en nuestro país, a pesar del cambio terminológico que introduce la nueva ley 20.603 de penas sustitutivas versus la utilizada por la antigua ley 18.216 que se refiere a *medidas alternativas a la pena*.

2.2.- Principio de igualdad ante la ley penal.

Su objeto es impedir un tratamiento diferenciado desprovisto de una justificación o de la existencia de unos condicionamientos objetivos y razonables¹⁴². En materia de sustitutos debería también estar presente al momento de fijar su regulación normativa. En tal sentido, cuando se observa en materia de sustitución de la pena la exclusión de los delincuentes habituales, no constituye una vulneración del principio en estudio, o los casos

¹⁴¹Robledo Ramírez, Jorge, *Concepto y Principios para la aplicación de los sustitutos penales*. Estudio de su regulación en España y México, Edersa, Madrid, 1996, cfr. págs. 147 y 148.

¹⁴²Esto ocurre, por ejemplo, en la determinación judicial de la pena en causas penales, pudiendo imponer el Tribunal penas distintas a los acusados respecto de un mismo hecho penal, si concurren condiciones jurídicas distintas.

de la legislación española de casos extraordinarios ya revisados y que responde a situaciones objetivas como enfermedad incurable, entre otras. Sin embargo se conculca cuando se establece la imposibilidad de acceder a ello en atención al delito cometido¹⁴³ o cuando faltan criterios razonables de diferenciación

2.3.- Principio de intervención mínima del Derecho penal.

Su manifestación supone castigar a nivel penal únicamente aquellas conductas que verdaderamente lesionan o ponen en peligro real bienes jurídicos fundamentales, concebida la reacción penal como última ratio en el sistema. Precisamente, esto trasciende en la configuración de penas sustitutivas que se consideren como consecuencias jurídicas del delito, estableciendo distintas respuestas penales que tiendan a minimizar la reacción punitiva y, por tanto, se conculca el principio si la repuesta punitiva supera lo estrictamente necesario, provocando consecuencias más gravosas. Lo anterior, no sólo es tarea del legislador, sino también del juez sentenciador o el juez de ejecución, según sea el caso.

En nuestro país, con ocasión de la libertad vigilada y las reglas de conducta que impone la ley 20.603, o los casos que habilitan la revocación, pueden ser considerados infractores de este principio.

2.4.- Principio de proporcionalidad.

Supone la necesaria correspondencia entre la gravedad concreta del delito cometido y la pena a imponer, en el marco de la individualización o determinación judicial del castigo¹⁴⁴. Obviamente se irradia o debería hacerlo sobre las penas sustitutivas en el sentido

¹⁴³Precisamente tal situación ocurre en nuestro país, con ocasión de la ley 20.603 en su artículo primero que excluye su aplicación en ciertos delitos, atendiendo a su penalidad abstracta, bajo el fundamento de lograr una efectiva herramienta para la lucha contra el delito. En efecto, en la referida normativa se indica que no procederá tratándose de los **autores** de los delitos consumados previstos en los artículos 141, incisos tercero, cuarto y quinto (*secuestros agravados*); 142 (*sustracción de menores*), 361 (*violación*), 362 (*violación de menores de 14 años*), 372 bis (*homicidio con ocasión de violación*), 390 (*parricidio*), y 391, N° 1 (*homicidio calificado*), del Código Penal. Luego, agrega que en ningún caso podrá imponerse la pena de prestaciones en servicios a favor de la comunidad a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403 (*tráfico de sustancias estupefacientes*). Además no se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N° 20.000 (*cooperación eficaz*). Finalmente señala que tampoco podrá el tribunal aplicar las penas señaladas en el inciso primero a los autores del delito consumado previsto en el artículo 436, inciso primero (*robo con violencia o intimidación*), del Código Penal, que hubiesen sido condenados anteriormente por alguno de los delitos contemplados en los artículos 433 (*robo calificado*), 436 (*robo con violencia, intimidación o sorpresa*) y 440 (*robo en lugar habitado o destinado a la habitación*) del mismo código.

¹⁴⁴Nuestro Código penal considera la extensión del mal causado como un referente significativo a la hora del castigo a imponer, lo que supone no sólo detenerse en las circunstancias atenuantes o agravantes, sino también las consecuencias dañosas que en concreto a producido el hecho punible. Lo que motiva a hablar del denominado Derecho penal de acto en contraposición al Derecho penal de autor (artículo 69 Código penal chileno)

de fijar una reacción penal más adecuada, conforme al hecho concreto cometido y la categoría o circunstancias personales del infractor. Ello naturalmente deviene en el excesivo uso de la prisión versus la infracción penal concretamente cometida¹⁴⁵.

2.5.- Principio de culpabilidad.

Únicamente se podrán imponer sanciones penales, incluyendo las sustitutivas, cuando se den los criterios que permiten imponer una pena, entre los cuales debe tenerse en cuenta la culpabilidad, como un referente limitador. En rigor, no puede aplicarse una pena en contra de la culpabilidad.

2.6.- Principio de humanidad de las penas y dignidad del penado.

Los sustitutos penales se constituyen en verdaderos medios para conseguir, al menos, el uso mínimo de la pena de prisión, generando otras formas de punición. De esta perspectiva supone que no se restrinjan sus derechos más de lo necesario y consustancial a la pena impuesta. Al revisar la actual normativa se observa su infracción con ocasión de los excesivos controles que impone el sistema telemático, de lo que daremos cuenta en su oportunidad.

Estos principios son recogidos en un sinnúmero de informes del Consejo de Europa¹⁴⁶, todos los cuales ocuparon un lugar preferente en la X Conferencia de Administración Penitenciaria celebrada en Estrasburgo en el año 1992, donde el interés prioritario fue la búsqueda de alternativas de sanciones alternativas denominadas “Sanciones y Medidas aplicadas en la Comunidad”, lo que busca evidenciar el rol de la sociedad en su éxito. Tales esfuerzos recibieron concreción en la Recomendación R (92) 16 aprobada por el Comité de Ministro del Consejo de Europa del 19 de octubre del año 1992 relativa a las “Reglas Europeas sobre sanciones y medidas aplicadas en la Comunidad”, donde rechaza el fin retributivo de la pena, a diferencia de las Naciones Unidas que la considera con pleno valor y cuyo fin se orientaba a la prevención del delito, a la reinserción y debida reparación de la víctima. Es importante resaltar que el Consejo de Europa pone de manifiesto su preocupación en el riesgo de un aumento innecesario del control social e inscribe los sustitutos de la prisión derechamente en el marco sancionatorio penal, sin extenderlo a otras formas del control social.

¹⁴⁵En igual sentido, giran las “Reglas de Tokio” de Naciones Unidas que recomiendan un catálogo de penas distintas de la prisión. Ponen acento en la gravedad y naturaleza del delito y la personalidad del ofensor.

¹⁴⁶Así destacamos, el Comité Europeo para los Problemas Criminales del año 1957 figura la Resolución 65, relativa al *sursis*, a la *probation* y a otras medidas de sustitución de la pena de prisión, la Resolución 70 sobre organizaciones prácticas de las medidas de vigilancia, asistencia y ayuda a personas condenadas y ya con posterioridad luego que diversos países europeos incorporarán sustitutos a la prisión se elaboraron diversos informes que terminaron con la Resolución (76) 10 denominado “Determinadas medidas penales de sustitución de las penas privativas de libertad”.

3.- De la Libertad vigilada y sus modalidades.

La libertad vigilada se considera como una institución a medio camino entre la suspensión y la sustitución de la pena, entendiéndose por tal que el juez primero impone la pena original y luego adopta la decisión en cuanto a conceder o no la sustitución, con arreglo a los módulos de conversión legal establecidos, no siendo entonces una pena alternativa, ya que estas últimas son en rigor penas originarias impuestas, a diferencia de la sustitutiva, de modo directo en la sentencia. De lo anterior, se colige sus semejanzas con la pena sustitutiva de remisión condicional de la pena¹⁴⁷, y, por lo mismo parece necesario realizar una breve referencia a ésta última y su vinculación con la libertad vigilada. En efecto, se inserta bajo la modalidad de un sistema de prueba orientado al tratamiento intensivo e individualizado del condenado, quedando bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado de libertad vigilada, siendo un funcionario del servicio de prisiones, esto es, un dependiente asalariado de Gendarmería de Chile¹⁴⁸. Opera solo respecto de delincuentes primarios para penas privativas de libertad no superior a cinco años, siendo necesario un informe presentencial elaborado por un Consejo Técnico perteneciente al Ministerio de Justicia sobre la personalidad y antecedentes del condenado, intentando determinar un pronóstico favorable para la readaptación y resocialización del condenado. El periodo de suspensión puede ser de tres a seis años, como límite máximo, pudiendo ser modificado en función de la evolución del condenado. El condenado durante este periodo debe quedar sujeto al cumplimiento de deberes supervisados por su delegado¹⁴⁹. Por ello, se dispone que todos los organismos que presten servicios públicos de salud, educación, vivienda, trabajo, capacitación profesional deban atender las solicitudes que los delegados efectúen para el adecuado tratamiento del penado. También se contempla en su regulación la posibilidad de revocación, pudiendo imponerse la reclusión nocturna o simplemente el encierro efectivo en un centro penal.

Destacamos que el modelo *sursis* predominante en el Derecho continental europeo y en gran parte de los países latinoamericanos es el modelo escogido por nuestro país, siendo concebida como una medida sustitutiva y no una pena autónoma. En efecto, al revisar la actual normativa y su predecesora podemos concluir que la denominada *sursis*

¹⁴⁷Su antecedente histórico se remonta a la Ley 7.821 del año 1944 donde se denominaba como “condena condicional”. Luego fue modificada por la ley 17.642 del año 1972, para posteriormente ser incorporada en la ley 18.216 concebida como una medida o beneficio alternativo de las penas privativas o restrictivas de libertad.

¹⁴⁸Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señala la ley (Art. 1° del Decreto Ley N° 2.859, Fija Ley Orgánica de Gendarmería de Chile) Su misión es contribuir a una sociedad más segura, garantizando el cumplimiento eficaz de la detención preventiva y de las condenas que los Tribunales determinen, proporcionando a los afectados un trato digno, acorde a su calidad de persona humana y desarrollando programas de reinserción social que tiendan a disminuir las probabilidades de reincidencia delictual

¹⁴⁹En efecto, así lo dispone el artículo 17 de la citada ley.

simple es asimilable a la remisión condicional de la pena y aquella llamada *sursis* propiamente tal a la libertad vigilada. En ambas, una vez transcurridos los plazos de observación y vigilancia, sin que haya sido revocada, se evitará definitivamente la ejecución de la pena inicialmente impuesta y que se encontraba suspendida en su ejecución. Al tenor de la ley se indica que se trata de la sustitución del cumplimiento de la pena privativa de libertad por la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto lapso de tiempo¹⁵⁰. En consecuencia, procede entonces respecto de penas privativas o restrictivas de libertad no superior a tres años, debiendo el destinatario no haber sido condenado previamente a un crimen o simple delito¹⁵¹. Asimismo la ley pone énfasis en la necesidad de valorar al momento de determinar su procedencia, los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y del mismo modo tener presente la naturaleza y móviles del delito por el cual fuere condenado, todo lo cual permita presumir que el condenado no volverá a delinquir, siendo innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena. Tal periodo de suspensión no puede ser menor de un año y como máximo tres años. Es importante destacar las condiciones a que deberá quedar sujeto el condenado, esto es, residencia en un lugar determinado, sujeción a un control administrativo y asistencia por parte de Gendarmería de Chile, ejercer una profesión, empleo, arte, industria o comercio¹⁵². En este punto destaca positivamente que la ley 20.603 eliminó como condición la obligación del condenado de satisfacer los perjuicios civiles, costas y multas impuestas por la sentencia, lo que constituye un acierto y avance en el afán de evitar la prisión por deudas civiles, revitalizando el principio de igualdad ante la ley, toda vez que supone su aplicación una serie de averiguaciones respecto de la insolvencia del condenado y, en su caso, del ejercicio de la vía de apremio sobre sus bienes, lo que obstaculizaría la decisión jurisdiccional, generando mayores desigualdades¹⁵³. Sin embargo, mantuvo negativamente una disposición de trato desigual, consistente en que si el condenado fuere personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile mientras esté en servicio, la condición del control administrativo y asistencia será ejercida por el juez institucional respectivo, quien podrá delegar tal facultad en la autoridad que estime conveniente y que corresponda a la institución a que pertenezca el imputado. Se consagra la revocación frente a incumplimientos graves y reiterados o si el beneficiario comete un nuevo delito durante el

¹⁵⁰La Doctrina considera que su ámbito de aplicación también se extiende a las penas restrictivas de libertad, lo que se armoniza con los fundamentos del instituto, en lo relativo a evitar las consecuencias insatisfactoria de las penas cortas de prisión. En tal sentido, se destaca la opinión del profesor nacional Enrique Cury en su libro *Derecho Penal, Parte General*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 10ª ed., 2011, cfr. pág. 730.

¹⁵¹Por exclusión no se extiende a las faltas y, a nivel jurisprudencial, se ha asentado el criterio predominante de no ser un obstáculo para conceder el denominado beneficio alternativo de la pena a personas condenadas previamente por un cuasidelito.

¹⁵²En la práctica, la remisión condicional de la pena, se ha traducido en una simple firma mensual en un Centro de Gendarmería y, en consecuencia, en un mero control administrativo.

¹⁵³Sanz Mulas, Nieves, *Sistema de Sanciones en España y Chile*. Alternativas a la prisión, Asociación de Abogados de Chile - Universidad Andrés Bello - Policía de Investigaciones de Chile, Santiago, 2008, págs.70 y 71

periodo de suspensión, debiendo cumplir la pena originalmente impuesta o su conversión por una medida más intensa como lo es, por ejemplo, la reclusión parcial.

Con todo, presenta deficiencias teóricas y prácticas que impiden un mayor impacto en la sustitución de la prisión. En efecto, está limitado a delitos de escasa gravedad, exige requisitos que afectan su operatividad, por ejemplo, conducta anterior del delincuente, el automatismo judicial en su concesión, cumplidos los requisitos legales, pérdida de su eficacia intimidatoria, ausencia de conocimientos criminológicos que mejoren la decisión judicial, preferencia del control por sobre la asistencia, provocando una expansión de la red de control social versus la nula infraestructura en servicios sociales, la sombra de la prisión tras la revocación no sólo frente a un nuevo delito, sino como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones impuestas¹⁵⁴. En definitiva, no constituye en una real alternativa de la prisión, ya que debiera incidir en aquellos delitos que se encuentran asignado con pena de prisión y no en aquellos que, en principio, no son penados con encierro. Por último, su impacto será cada vez menor si nos detenemos en materia de prescripción para los efectos de la aplicación de las penas sustitutivas respecto de sujetos que presenten condenas cumplidas previas, transcurrido diez o cinco años antes respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. Con todo, no procederá la remisión condicional como pena sustitutiva si el sentenciado fuere condenado por aquellos ilícitos que indica la ley 20.603, debiendo el tribunal, en estos casos, imponer la pena de reclusión parcial, libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, si procediere. Pues bien, al revisar los tipos penales excluidos se observa una importante cantidad de ilícitos de menor gravedad, lo que provoca en la práctica un sinsentido del que nos haremos cargo de su trascendencia con ocasión del análisis de la libertad vigilada.

En el año 1992 se promulgó un decreto que regulaba minuciosamente el funcionamiento técnico del instituto y cuyo componente esencial fue considerar la libertad vigilada como un proceso de reinserción social, orientado y facilitado por la intervención de un delegado, cuyo norte se centra en el desarrollo del usuario, de la autogestión de las opciones de solución o modificación de su deterioro psicosocial, o de las consecuencias derivadas de la comisión del delito. Se caracteriza por mantener al sujeto en un régimen de libertad, vinculado con su delegado, con el cual debe pactar de común acuerdo un plan de acciones a ejecutar, a fin de cumplir con los propósitos de la pena sustitutiva¹⁵⁵, sin

¹⁵⁴Tras ello, hay un evidente atentado al principio de proporcionalidad y más aun cuando en la revocación no se considera el abono del tiempo efectivamente cumplido bajo la modalidad de suspensión. La nueva ley 20.603 constituye un avance en cuanto permite imputar, en caso de revocación, el tiempo que cumplió bajo la pena denominada “sustitutiva”. Por ello, se plantea la necesidad por abogar por otras alternativas penales, como por ejemplo, aumentar el plazo de suspensión, trabajos comunitarios. Lo anterior, aplicable aún para el caso de cometer, durante el plazo de suspensión, un nuevo delito, debiendo quedar la posibilidad legal que sea en definitiva el juez quien valore la naturaleza o gravedad de la nueva infracción cometida, pudiendo no proceder a revocar derechamente.

¹⁵⁵Se establecen como fines de la libertad vigilada los siguientes: Establecer una relación del delegado con el penado que debe ser personalizada, promoviendo un clima de confianza e incentivar el autodesarrollo, lograr

perjuicio de tener que cumplir adicionalmente otras condiciones impuestas por el tribunal en la sentencia condenatoria.

Previo a toda consideración, es indispensable previamente aclarar que desde siempre en nuestro país la libertad vigilada no es concebida como pena autónoma ni tampoco supone no imponer pena alguna al culpable¹⁵⁶. Por el contrario, el tribunal sentenciador debe imponer una pena por el delito cometido y luego evaluar si procede a su respecto la concesión, en este caso, de sustituir la pena por una libertad vigilada, decretándose en la misma sentencia, expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes en que ha basado su convicción. Lo anterior, constituye una de sus mayores críticas en el sentido de que no se conciben como verdaderas formas de punición autónomas y que fueren posibles de ser impuestas directamente por el sentenciador, atento al principio de proporcionalidad, al principio de intervención mínima y, para muchos, fundado en ideas de responsabilización y restauración¹⁵⁷.

En rigor, la libertad vigilada consiste en someter al penado a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su reinserción social a través de una intervención individualizada, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado, debiendo cumplir un programa de actividades orientado en el ámbito personal, comunitario y laboral, a través de una intervención individualizada y bajo la aplicación de ciertas condiciones especiales, todo ello con un sello sociopedagógico, donde la resocialización se concibe como la recuperación del individuo para la sociedad¹⁵⁸. Cabe precisar que el Ministerio de Justicia, mediante decreto exento número 195 de fecha 24 de enero del año 1985, impartió las primeras normas técnicas sobre la organización y funcionamiento, luego lo sucedieron las actualizaciones de los años 1992 y 2003, los que eran acorde a los procesos de modernización que experimentaba el país. Pues bien, en aquel instrumento se efectuaron las primeras definiciones operacionales de conceptos claves, tales como tratamiento, asistencia, reinserción, etc. Los enfoques y metodologías de trabajo eran, en ese entonces, principalmente del tipo terapéutico, asistencial e individual.

una participación activa de la comunidad en la recuperación social del penado y atenuar la estigmatización del usuario mediante acciones concretas y planificadas.

¹⁵⁶Ya lo comentamos que tal posibilidad se asimila en nuestra legislación únicamente a la figura prevista en el artículo 398 del Código procesal penal respecto de las faltas penales.

¹⁵⁷Santos Alwings./ Jiménez, op. cit., cfr. págs. 190 y 231, en el mismo sentido, se agrega que ello resulta armónico con la incorporación de institutos como son las salidas alternativas del Código procesal penal, tales como la suspensión condicional del procedimiento o los acuerdos reparatorios.

¹⁵⁸Departamento de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, “25 años de la ley 18.216. Sistema de medidas alternativas a la reclusión en Chile”, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Gendarmería de Chile, n° 12, Agosto 2008, págs. 63 y 64.

Las penas sustitutivas tienen lugar respecto de adultos, esto es, personas que a la fecha del cometimiento del delito que se juzga tenga 18 años de edad cumplidos. De modo tal que se excluyen los adolescentes sujetos a una ley especial¹⁵⁹.

3.1.- Procedencia de la libertad vigilada

- a) Pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a dos años y no excediere de tres años, o
- b) Debe tratarse de alguno de los delitos contemplados en el artículo 4° de la ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, o en los incisos segundo y tercero del artículo 196 (manejo en estado de ebriedad causando lesiones menos graves a muerte) del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2009, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Tránsito, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de tres años.

En este punto algunos han formulado reparos en la decisión del legislador, respecto al hecho de atender, no fundamental ni necesariamente a la gravedad del hecho, medida por la cuantía de la pena prevista por la ley, sino a la pena impuesta en concreto en la sentencia, lo cual podría representar un peligro en el sentido de distorsionar el fin de la pena sustitutiva, imponiendo, por ejemplo, penas superiores a los límites legales que la hacen procedente, en el caso en que el juez no quiera concederla, dando lugar a una aplicación desigual de la norma. En todo caso, a la luz de la situación actual de penas desproporcionadas la solución propuesta podría ser peor, a menos que se estableciera un límite superior muy alto. A lo anterior se suma la exclusión de ciertos delitos, atento únicamente a la gravedad en abstracto del ellos, lo cual contamina negativamente el sistema. Este proceder carece de sentido, por cuanto en la realidad judicial no existe el delito *in abstracto*, por cuanto el juzgador atiende a la gravedad de hecho y sus circunstancias a la hora de la pena a imponer a sus responsables. En rigor, la pena adjudicada en la sentencia se fija tras un proceso de conmensuración de la penalidad abstracta, considerando una serie de factores que bien pueden reducir la pena fijada en el tipo penal, pudiendo ser considerado a fin de cuenta un delito de menor gravedad. A mayor abundamiento, conforme lo preceptuado en los artículos 3° y 4° del Código Penal, “la gravedad del delito depende de su pena, no de nuestro parecer acerca de la entidad intrínseca del maleficio”¹⁶⁰.

¹⁵⁹Artículo 40 de la ley 20.603: “Las disposiciones contenidas en esta ley no serán aplicables a aquellos adolescentes que hubieren sido condenados de conformidad a lo establecido en la ley N° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”.

¹⁶⁰Guzmán Dalbora, “Sustitutivos a penas cortas de privación y restricción de la libertad. Una Reforma sin destino”, op. cit., pág. 25.

Hoy por hoy, urge establecer parámetros más objetivos, de modo de reducir los peligros de la arbitrariedad en términos que las decisiones judiciales se adecúen a los fines sustitutivos de la cárcel que se les asigna a las alternativas. A todo lo anterior se suma la falta de confianza que existe en el sistema con la forma de ejecución de la libertad vigilada en particular por sus criterios de selectividad que preceden a la individualización de aquellos sujetos que pueden ser atendidos en los circuitos de la alternatividad y que terminan por construirse, ya sea por razones premiales o por razones de indulgencia de quienes se puede confiar de manera real, excluyendo a todos aquellos que quedan bajo la categoría de peligrosos¹⁶¹.

A todo lo dicho, el legislador agrega otras exigencias, a saber:

a) Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena¹⁶².

¹⁶¹Mera Figueroa, Jorge / Riego Ramírez, Cristian, *Proyecto de Investigación en elaboración financiado con fondos Fondecyt, sobre el tema de las medidas alternativas a la prisión de libertad*, Departamento de Investigación y Extensión Escuela de Derecho Universidad de Diego Portales, cfr. págs. 19 y 20.

¹⁶²Nuestra jurisprudencia ha procedido con vacilaciones a aplicar los preceptos de la ley 20.603, en atención a la ausencia del Reglamento que precisa su normativa, a la época de su entrada en vigencia. Pues bien, más allá de las críticas que se pueden formular a tal proceder que olvida mandato constitucional expreso que obligar a la aplicación de la ley incluso desde su promulgación, respecto del punto es cuestión se ha destacado numerosa jurisprudencia que aplica la prescripción de condenas cumplidas pretéritas, habiéndose acreditado el cumplimiento del plazo. En efecto, en el Boletín de jurisprudencia de la Defensoría Penal Pública, Minuta número 4 de julio de 2012 se destaca el fallo del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Linares, causa RIT N° 52-2012, resolución de 14/07/2012, en el fallo condenatorio se impone el beneficio de la libertad vigilada. Se considera, por resultar más favorable, el nuevo artículo 15 de la Ley N° 18.216, incorporado por la Ley N° 20.603, que señala en el numeral 1° del inciso segundo lo siguiente: “Que el penado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. En todo caso, no se considerarán para estos efectos, las condenas cumplidas cinco o diez años antes, del ilícito sobre el que recayere la nueva condena”. En este caso el imputado registraba condena de fecha 7 de diciembre de 1994, donde fue condenado con una pena de 541 días de presidio menor en su grado medio con beneficio de Reclusión Nocturna. Se destaca de sus considerandos: “Que debe considerarse para estos efectos que con fecha 27 de junio del presente año se publicó la Ley N° 20.603, que introduce modificaciones y deroga disposiciones de la antigua Ley N° 18.216, sobre alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad de fecha 14 de mayo de 1983. Que conforme se establece en el artículo 18 de nuestro Código Penal, en el inciso segundo, en lo que nos es pertinente, “si después de cometido un delito y antes de dictarse la sentencia de término se promulgare otra ley que aplique una pena menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”, caso en que nos encontramos al definir en la especie la procedencia de beneficios alternativos a la pena privativa de libertad para con el sentenciado(...) estimando del todo aplicable dicha normativa en lo que no sea menester la dictación del reglamento que contempla la misma para un futuro.

De esta forma tenemos, que el inciso final del artículo 1° de la nueva Ley, establece que no deberán ser considerados las condenas por crimen o simple delito cumplidas, diez o cinco años, respectivamente, antes de la comisión del nuevo ilícito(...) Conforme a lo anotado, cumpliéndose los requisitos establecidos en el artículo 15° de la Ley N° 18.216, se concederá a favor del sentenciado el beneficio alternativo para el cumplimiento de la pena a imponer de Libertad Vigilada, estableciéndose un plazo de observación igual a la

Cabe destacar que la exigencia de ser *delincuente primario* significa presumir automáticamente respecto de los reincidentes que son delincuentes incorregibles o irrecuperables, no teniendo ninguna posibilidad de llevar una vida en libertad sin delito, aunque pudieren tener un pronóstico favorable. En doctrina se enarbolan innumerables reparos respecto de la reincidencia como fundamento de agravación de la pena y con mayor fuerza cuando se constituye, en materia de alternativa al encierro, en un obstáculo insalvable, al tiempo de vulnerar los principios de *non bis in ídem*¹⁶³ y de igualdad ante la ley, salvo que haya transcurrido el plazo legal de prescripción de los antecedentes penales¹⁶⁴. Esto último constituye un avance dejando atrás las discusiones sobre su procedencia, contribuyendo a dar solución a la crisis penitenciaria, sin embargo veremos que se queda corto, por cuanto lo ideal habría sido un cambio de lógica en el sistema en general. Precisamente tal como ocurre en materia de remisión condicional fueron excluidos de su campo de aplicación un gran número de delitos por el sólo hecho de su gravedad en abstracto, sin permitir que el juez pueda analizar su eventual concesión a la luz del caso en concreto, con sus propias circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes.

b) Que los antecedentes sociales y características de personalidad del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permitieren concluir que una intervención individualizada de conformidad al artículo 16 de esta ley, parece eficaz en el caso específico, para su efectiva reinserción social. Dichos antecedentes deberán ser aportados por los intervinientes antes del pronunciamiento de la sentencia o en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código Procesal Penal. Excepcionalmente, si éstos no fueren aportados en dicha instancia, podrá el juez solicitar informe a Gendarmería de Chile, pudiendo suspender la determinación de la pena dentro del plazo previsto en el artículo 344 del Código procesal penal.

Tales informes se enmarcan en la idea de seleccionar sus posibles destinatarios, bajo la aplicación de supuestos criterios criminológicos clínicos, centrados en ideas de peligrosidad, inocuización y riesgo. De hecho, no debe tratarse de un sujeto peligroso, aún cuando la ley se cuida de no utilizar tal expresión por su negativa connotación. Sin embargo, para que esta exigencia no se transforme únicamente en un juicio sobre la peligrosidad del sujeto deberá el juez preocuparse de formarse un pronóstico lo más

de la pena que se dirá, debiendo el condenado cumplir con las demás condiciones establecidas en el artículo 17° de la ley en comento” (Considerando 16°)

¹⁶³Los efectos de la sentencia anterior se proyectan a la actual, actuando como factor negativo que impide otorgar la libertad vigilada o la remisión condicional y, por tanto, entre otros males se observa que sujetos que han incurrido en delitos menos grave, merecedores de penas cortas, van a la cárcel, por la sola condición de reincidentes, lo cual confirma la decisión una vez más de utilizar preferentemente el encierro tras las rejas como sanción penal principal.

¹⁶⁴Aguilar Aranela, Cristian, *Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad de la ley 18.216 (ley 20.603)*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2013, págs. 31 y 32.

objetivo posible sobre el comportamiento futuro del penado, determinado la conveniencia o no de su procedencia¹⁶⁵. En ese orden de ideas cabe tener presente ciertas prevenciones y cuidados con los informes técnicos exigidos por la ley, en el sentido como lo ha remarcado la doctrina comparada respecto a la *prognosis favorable* y que en la mayoría de los casos se resuelven inevitablemente en generalizaciones apoyadas en métodos con pretensiones pseudo científicas que pueden resultar en extremo peligrosas y que tienden a legitimarse por la judicatura¹⁶⁶. A mayor abundamiento, se corre el riesgo de que los técnicos asuman funciones judiciales que, desde luego, no le corresponde y que el juez conceda o deniegue la medida automáticamente en base a tales informe, sin otras valoraciones, conspirando contra un resultado eficaz de la pena sustitutiva, amén de que se puede dejar al margen de ella a individuos que realmente lo necesitaren. Afortunadamente la ley no le da el carácter vinculante a tales informes a la hora de la decisión judicial.

En cuanto a la *naturaleza, modalidad y móviles del delito* no aparece aconsejable que tales circunstancias, muchas veces propias de las modificatorias de responsabilidad criminal y que fueron ya utilizadas por el sentenciador para la determinación del quantum de la pena, vuelvan a ser nuevamente valoradas a la hora de pronunciarse sobre la concesión de la pena sustitutiva, por cuanto versan y contribuyen a fines distintos. En efecto, una cosa es el quantum de la pena y otra es la valoración del juez respecto a cómo puede contribuir una pena sustitutiva distinta al encierro en el marco de un proceso de resocialización.

En relación a los criterios vinculados a la persona, esto es, la *conducta anterior y posterior del penado al delito*, aparecen claramente indeterminados y confusos. Tales antecedentes de marginación que podría tener el sujeto no deberían servir de base para excluirlo de la libertad vigilada, sino que por el contrario, la idea es que el juez valore cuanto puede contribuir tal régimen de prueba en el contexto de su reinserción para el caso concreto. Algunos la dotan de un carácter asistencial, por lo que debería siempre concederse en aquellos casos en que se revelan incluso falta de oportunidades o problemas de socialización. Incluso debería ser más exigente para la pena de remisión, por cuanto supone únicamente observación y por ello en su otorgamiento favorece la circunstancia de “*familia bien constituida*” o “*trabajo honesto y estable*”. De la misma manera el legislador patrio pone atención en la conducta posterior al hecho ilícito sancionado y que den cuenta

¹⁶⁵Horvitz Lennon, “Las medidas alternativas a la prisión”, op. cit., cfr. págs. 145 y 146.

¹⁶⁶El problema de la generalización y habitualidad de los informes, se traduce en que todos son a fin de cuenta iguales, de muy poco rigor y profundidad, fundados en criterios de autor, vulnerando los principios rectores de un derecho penal garantista. Es por ello, la urgencia en su rediseño, en cuanto a la metodología, contenido y fines, cuestión que la nueva ley no se hace cargo y por el contrario repite los mismos pecados, pero ahora bajo la lógica de planes de intervención del condenado.

de un efectivo cambio conductual, por ejemplo, la estabilización de la vida familiar y/o laboral¹⁶⁷.

En rigor representan serias restricciones que condicionan una cobertura limitada para su aplicación, exigiendo un juicio de probabilidad, en el sentido de que la ejecución de la pena de encierro efectiva podría contribuir a los factores que llevaron al sujeto a cometer el delito. Todo ello se encamina, en palabras del legislador, a constituirse en el sustrato de información que el juez debe considerar y que permita realizar un pronóstico futuro, a fin de determinar su efectiva reinserción social. Respecto de esto último, se ha sostenido que los fines de prevención especial expresados en ideas de readaptación y resocialización colisionan en ocasiones con criterios de eficiencia y eficacia que suponen las sanciones penales. De allí que actualmente en la penalidad moderna se recomienda establecer los fines en términos de responsabilidad social y, en consecuencias tales nuevas formas de punición pueden contribuir a evitar la desocialización y exclusión del ámbito familiar, laboral y social.

3.2.- Libertad vigilada intensiva

- a) La pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia fuere superior a tres años y no excediere de cinco, o
- b) Debe tratarse de alguno de los delitos establecidos en los artículos 296, 297, 390, 391, 395, 396, 397, 398 o 399 del Código Penal, cometidos en el contexto de violencia intrafamiliar, y aquellos contemplados en los artículos 363, 365 bis, 366, 366 bis, 366 quáter, 366 quinquies, 367, 367 ter y 411 ter del mismo Código, y la pena privativa o restrictiva de libertad que se impusiere fuere superior a quinientos cuarenta días y no excediere de cinco años.

En los casos previstos en las dos letras anteriores, deberán cumplirse, además, las condiciones indicadas en ambos numerales del inciso segundo del artículo anterior.

De su lectura se observa la opción por un esquema rígido en la aplicación y determinación de las penas, estableciendo límites máximos para acceder a la libertad vigilada, debiendo además cumplir con las demás exigencias legales. Pues bien, si el propósito esencial en la reformulación de alternativas a la prisión hubiere sido evitar los efectos probadamente desocializadores del encierro, debería haber ampliado la posibilidad

¹⁶⁷En este punto, se ha discutido si debe ser valorado por el juez la contribución que el condenado haya hecho en el proceso penal seguido en su contra, de suerte que si colaboro con la investigación, ya sea otorgando información sustancial al esclarecimiento del hecho o con una mera confesión inculpatória se sostiene por algunos que tal circunstancia debe servir positivamente para su concesión. Lo anterior, tiene como contrapartida que bajo ese esquema se puede concluir que en caso contrario podría operar negativamente, por ejemplo, acusado que formula tesis absolutoria y termina finalmente siendo condenado. Es por ello que, parece más razonable excluir de tal valoración estos factores que pueden ser considerados a la hora de discutir las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal concurrentes en el caso concreto.

del juez, quién en muchas ocasiones debe recurrir, sin mayor profundidad en su análisis a las circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal para colocarse por debajo del límite prefijado para su otorgamiento¹⁶⁸. En consecuencia, se repite el error de no otorgar flexibilidad en el tramo de la pena que permite su procedencia. Por el contrario, impone innumerables limitaciones respecto de los delitos que quedan bajo su campo de aplicación, siendo restricciones que le restan eficacia, no produciendo impacto en la eventual disminución del flujo de población penal destinada a prisión, excluyendo de este modo el problema que hoy representan los delitos considerados de gravedad intermedia¹⁶⁹, quedando una vez más sólo para las penas cortas. De ahí, que tales penas se comporten más que verdaderos reemplazos al encierro, son más bien reacciones penales adicionales a la misma, o sea, suelen aplicarse a quienes han cumplido un periodo de tiempo en prisión preventiva.

El carácter represivo y punitivo del sistema penal se ha intensificado, demostrando el protagonismo de la cárcel como mecanismo de control institucionalizado¹⁷⁰. Seguimos asistiendo a un tiempo no muy propicio para que la renuncia a la prisión sea asumida como una exigencia sentida de forma nítida por nuestra sociedad. Hoy la respuesta represiva a la criminalidad sigue siendo inadecuada, ineficaz y contraproducente, no obstante parece ser la más simple de adoptar y las que parece calzar mejor con la percepción social general, a pesar de su carácter manifiestamente irracional. Se trata de una estrategia a corto plazo, rentable políticamente, pues se busca generar la sensación ante la opinión pública de que el Estado controla verdaderamente la criminalidad¹⁷¹.

3.3.- Extensión del periodo de prueba¹⁷²

¹⁶⁸Horvitz María Inés “Las medidas alternativas de la prisión, su inserción en el sistema penitenciario chileno y presupuesto para su profundización en Chile”, op. cit., cfr. pág. 55.

¹⁶⁹Santos Alwins/ Jiménez, op.cit., cfr. pág. 196.

¹⁷⁰Mera Figueroa/ Riego Ramírez, op. cit., pág. 17.

¹⁷¹Mera Figueroa/ Riego Ramírez, op. cit., cfr. pág. 10.

¹⁷²Artículo 16 de la ley 20.603: “Al imponer la pena de libertad vigilada o libertad vigilada intensiva, el tribunal establecerá un plazo de intervención igual al que correspondería cumplir si se aplicara efectivamente la pena privativa o restrictiva de libertad que se sustituye. El delegado que hubiere sido designado para el control de estas penas, deberá proponer al tribunal que hubiere dictado la sentencia, en un plazo máximo de cuarenta y cinco días, un plan de intervención individual, el que deberá comprender la realización de actividades tendientes a la rehabilitación y reinserción social del condenado, tales como la nivelación escolar, la participación en actividades de capacitación o inserción laboral, o de intervención especializada de acuerdo a su perfil. El plan deberá considerar el acceso efectivo del condenado a los servicios y recursos de la red intersectorial, e indicar con claridad los objetivos perseguidos con las actividades programadas y los resultados esperados. El juez, a propuesta del respectivo delegado, podrá ordenar que el condenado sea sometido, en forma previa, a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que parezcan necesarios para efectos de la elaboración del plan de intervención individual. En tal caso, podrá suspenderse el plazo a que se refiere el inciso anterior por un máximo de 60 días. Una vez aprobado judicialmente el plan, el delegado informará al juez acerca de su cumplimiento, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 23 de esta ley. Sin perjuicio de lo anterior, el delegado podrá proponer al juez la

Destacan las ideas de la necesidad de elaboración de un plan de intervención individualizado y la circunstancia que este periodo de prueba es independiente de la duración de la pena principal impuesta en la sentencia, aunque puede operar como punto de referencia y límite máximo¹⁷³. Sin embargo, un plazo demasiado prolongado puede resultar contraproducente si se considera la tensión que se produce en el destinatario la eventual revocación y el cumplimiento original de la pena de prisión suspendida, al tiempo que dota al sistema de cierta irracionalidad, tanto para el usuario como para su delgado con la inevitable carga institucional versus la disponibilidad de recursos humanos y materiales. Por su parte, se recoge el anhelo de diseñar un modelo de tratamiento y observación que lo distinga de la remisión condicional, cuya base únicamente se funda en mera observación y control. De allí, la necesidad de elaboración de un plan individual que debe ser aprobado judicialmente resulta un paso positivo, bajo la lógica de un modelo de intervención diferenciada y específica, acorde al perfil de necesidades del condenado, disminuyendo los factores de riesgo de la conducta delictiva impidiendo la reincidencia. Cabe destacar que nuestro país adopta el modelo canadiense de *riesgo-necesidad-responsividad* (RNR), para efecto de la elaboración del contenido del plan de cada usuario, identificando los factores negativos que pueden incidir en la reincidencia, fijando niveles de riesgo bajo, medio o alto¹⁷⁴. Tal cuestión también ha sido un propósito al interior del servicio de prisiones, al menos, en el plano teórico. Es así que el Departamento de Tratamiento en el Medio Libre elaboró un programa que permitía una intervención más adecuada en el penado a los objetivos del sistema. Tales modelos están orientados a generar estrategias homogéneas de trabajo, intentando superar funciones puramente asistenciales a favor de intervenciones criminológicas más especializadas, teniendo presente incluso el tipo de delito por el cual fue condenado¹⁷⁵. Se formulaba por Gendarmería que su modelo presentaba una importante

reducción del plazo de intervención, o bien, el término anticipado de la pena, en los casos que considere que el condenado ha dado cumplimiento a los objetivos del plan de intervención”

¹⁷³Con ello se corrige y se recogen las prevenciones de los diputados Araya, Schilling y Burgos al proyecto original, en cuanto a que el texto primitivo permitía, conforme su redacción, imponer por una lado la pena sustitutiva de libertad vigilada por un tiempo menor a la pena originalmente impuesta, incluso podría tener mayor extensión la modalidad menos rigurosa a la más severa, siendo contraproducente tal proceder. Así se da cuenta de la sesión 26a. de la Cámara de Diputados, correspondiente al primer trámite constitucional del proyecto de ley de que se trata, con fecha 10 de mayo de 2011. Sobre este punto, respecto del texto original, se planteó incluso una discusión sobre su constitucionalidad, de la que da cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 2230-12-CPR, fechada en Santiago el 05 de Junio del año 2012. Sin embargo, finalmente no fue necesario al Tribunal Constitucional emitir pronunciamiento conforme al mérito de la redacción final del proyecto sometido al control de constitucionalidad.

¹⁷⁴En Derecho comparado se observan otros modelos de intervención en el marco de las penas sustitutivas. Entre ellos destaca el Modelo de Vidas Satisfactorias (MVS), cuyo énfasis viene dado por las fortalezas o factores protectores o preferencias personales del condenado para el diseño final del plan, destacando los factores positivos. Otro es el Modelo Transteórico del Cambio, siendo su eje principal para la elaboración del plan las motivaciones intrínsecas del penado y su disposición al cambio.

¹⁷⁵Igual propósito perseguía la ley 18.216, cuyo fin según se lee es intentar que los penados reciban una atención integral, incorporando en su repertorio, conductas alternativas que posibiliten su inserción positiva a la sociedad, donde vital importancia lo constituyen los Delegados de Libertad Vigilada en su cumplimiento. Según éste, el trabajo encomendado debe ser hecho en función de cada usuario, organizándose en tres etapas: Etapa de Diagnóstico, Diseño del plan de intervención y la intervención misma. Esto último, se lleva a cabo

eficacia, para lo cual se comparaba la tasa de reincidencia versus la reincidencia de los condenados presos en libertad. Tal análisis, a juicio nuestro, demuestra la propia pobreza en que satisface los actores del mismo, sin destacar sus propias limitaciones y restricciones que afectan sus conclusiones, sin perjuicio de que su impacto en la realidad no puede hacerse independientemente del conjunto del propio sistema penal y de su funcionamiento en la práctica. Todo lo cual lleva a relativizar y matizar cualquier conclusión precipitadamente optimista sobre sus resultados. De hecho, la experiencia nacional de más de 30 años demuestra la precariedad del sistema y sus controles, su oferta programática de reinserción es escasa y su cobertura muy poco significativa, contando con un presupuesto limitado y baja dotación de personal¹⁷⁶.

3.4.- Condiciones¹⁷⁷

Lo anterior se enmarca en la idea sustentada mayoritariamente en la doctrina española en el sentido que si el individuo sólo tiene que acreditar su buena conducta, por ejemplo, exigiendo únicamente que no vuelva a delinquir, tal medida difícilmente podrá remover o eliminar los factores criminógenos que incidieron en la conducta delictiva del sujeto. Sin embargo, a nivel nacional, la falta de recursos económicos contribuye a distorsionar la pena en un mero y puro control, como ha sido hasta ahora. La ley 20.603 intenta superar tal desafío, al menos a nivel legal, con la exigencia de elaborar un plan individual de trabajo durante el periodo de prueba y que requiere aprobación judicial, susceptible incluso de control. Empero, queda el desafío de constituir una infraestructura de servicios sociales vinculados con el órgano encargado de la ejecución y la comunidad, en el marco de un plan cuya brújula sea la resocialización del condenado.

en dos niveles, uno de carácter individual y otro con énfasis en dinámicas grupales. Tal propósito sigue siendo el eje para la ley 20.603, pero se vuelve a cometer los pecados de su predecesora y que terminan por ser meros anuncios programáticos llenos de puras y buenas intenciones. De hecho, la propia práctica demuestra que no hay diferencias sustanciales con la remisión condicional.

¹⁷⁶Blanco Suarez, Javiera, “Medidas Alternativas a la Reclusión, Freno a la delincuencia”, en *Revista del Abogado*, n° 51, abril 2011, cfr. pág. 21 y 22.

¹⁷⁷Artículo 17 ley 20.603: “Al decretar la pena sustitutiva de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, el tribunal impondrá al condenado las siguientes condiciones: a) residencia en un lugar determinado, el que podrá ser propuesto por el condenado, debiendo, en todo caso, corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo; b) sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el período fijado, debiendo el condenado cumplir todas las normas de conducta y las instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para una eficaz intervención individualizada, y c) ejercicio de una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, bajo las modalidades que se determinen en el plan de intervención individual, si el condenado careciere de medios conocidos y honestos de subsistencia y no poseyere la calidad de estudiante”.

Por otro lado, vuelve a primar en la ley la idea de *sujeción y vigilancia del penado*, bajo la lógica del acatamiento de instrucciones impartidas por el delegado, lo que supone necesariamente obediencia y disciplina en su cumplimiento, con las limitaciones propias de la reinserción del individuo no pudiendo significar una manipulación del individuo. Por el contrario, la base es la reintegración social del penado, transformándose en sujeto de derechos sociales¹⁷⁸. Con todo, es necesario prevenir que modelos como el nuestro que estructura la asistencia como un sistema de relaciones autoritarias entre el delegado y el sometido a prueba puede conllevar como se ha remarcado en una intolerable intromisión en la vida privada del penado o imposición coercitiva de cambios conductuales. Se trata de una norma excesiva en la intensidad de control, sin límites predefinidos, quedando sujeto a la mera discrecionalidad del delegado. Es lamentable tal redacción que repite errores de su antecesora ley, ya que se observa de la constatación de la realidad que debido al carácter que asume esta obligación resulta ser tan intensa, que pone en tela de juicio su cumplimiento y eficacia, tanto por la factibilidad real que los delegados puedan ejercer un control permanente aunando a los costos que esto importa. La consecuencia de ayer y de hoy será probablemente la misma.

En lo relativo a la condición de ejercer un empleo, sabemos que ello no depende de la voluntad del penado, sino de la oferta del mercado laboral, por lo cual resulta rechazable exigir a un individuo que carece de medios conocidos de subsistencia. A lo anterior, se suma que si el fin es proporcionar alternativas al condenado en miras de evitar la reincidencia y su reintegración al medio social, pareciere más lógico que las condiciones estuvieren relacionadas con la adquisición de competencias profesionales o técnicas, entregando con ello posibilidades reales para tal efecto¹⁷⁹. De hecho, la mayoría de los condenados pertenecen a mercados laborales altamente informales, poseen escasos hábitos laborales o se encuentran cesantes, donde la circunstancia de presentar condena profundiza su situación de exclusión social¹⁸⁰. En ese mismo orden de ideas se enmarca la idea del legislador, en cuanto a imponer al Estado el deber de promover y fortalecer la formación educacional, la capacitación y colocación laboral de los condenados a la pena sustitutiva de libertad vigilada y de libertad vigilada intensiva, con el fin de permitir e incentivar su inserción al trabajo. Asimismo, el delegado deberá apoyar y articular el acceso del

¹⁷⁸Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal: Compilación in Memoriam*, B. de F., Buenos Aires, 2004, op. cit. págs. 19 y 20.

¹⁷⁹Horvitz Lennon, “Las medidas alternativas a la prisión”, op. cit., pág. 149.

¹⁸⁰Recién en el año 1993 se diseñó el Programa de Reinserción Laboral del Medio Libre, aprobado por el Ministerio de Hacienda, con un monto estimado de trescientos millones de pesos y una cobertura anual de 1200 penados. Se postulaba que la población objetiva del programa está conformada por el universo de personas que no han concluido la enseñanza media, por cuanto se entiende que el factor educacional es un adecuado predictor respecto de la inserción laboral futura. Tal intervención se formulaba en términos primero de un componente de capacitación laboral y luego un segundo componente que se traduce en la colocación laboral. Sin embargo, hoy se mantiene una deuda histórica en este punto, no sólo por la carencia de medios, sino por la falta de oportunidades laborales concretas y no sólo programáticas. Lo mismo sucede con la creación del Programa Piloto de Fortalecimiento e Integración Social de Jóvenes Penalizados o el Programa de Intervención con enfoque de género, ideado para la población femenina.

condenado a la red de protección del Estado, particularmente, en las áreas de salud mental, educación, empleo, desarrollo comunitario y familiar, según se requiera. Por ello, los organismos estatales y comunitarios que otorguen servicios pertinentes deberán considerar especialmente toda solicitud que los delegados de libertad vigilada formularen para el adecuado tratamiento de las personas sometidas a su orientación y vigilancia. Tal disposición representa un esfuerzo del legislador nacional en el marco de cumplir con el mandato constitucional¹⁸¹. De igual forma, la ley se detiene respecto de aquellos condenados que puedan presentar consumo problemático de drogas o alcohol, debiendo el tribunal imponer en la misma sentencia, la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de dichas sustancias¹⁸². Para tal efecto es necesario que durante la etapa de investigación, los intervinientes fundadamente soliciten al tribunal que decrete la obligación del imputado de asistir a una evaluación por un médico calificado por el servicio de salud. En el evento que el juez acceda a la evaluación y el imputado se resistiere o negare a la práctica de los exámenes correspondientes, el juez podrá considerar dicha resistencia o negativa como antecedente para negar la sustitución de la pena privativa o restrictiva de libertad. Finalmente la obligación de someterse a un tratamiento deberá ser aprobado judicialmente en el marco del plan de intervención individual, pudiendo consistir en la asistencia a programas ambulatorios o la internación en centros especializados, incluso una combinación de ambos tipos de tratamiento. El plazo de internación no podrá ser superior al total del tiempo de la pena sustitutiva y deberá ser objeto de informes mensuales de ejecución, donde el juez efectuará un control periódico relativo a su cumplimiento, debiendo citar bimestralmente a audiencias de seguimiento, durante todo el período que dure el tratamiento¹⁸³.

¹⁸¹Véase el artículo primero, inciso 4 de la Constitución Política: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta constitución establece”*, en relación con el artículo 18 de la ley 20.603.

¹⁸²El fin resocializador o rehabilitador que subyace en la libertad vigilada no puede implicar la asignación de funciones curativas o terapéuticas que finalmente encubran una intervención coactiva en la personalidad de los sujetos. Antes bien, la asistencia a cualquier tratamiento debe venir precedido por el reconocimiento de la dignidad del sujeto. En el año 2006 y 2007 se crearon como pilotos en la ciudad de Antofagasta y Santiago Centros de Tratamiento de Adicciones en Gendarmería de Chile para cumplir con tal mandato y cuya ejecución sigue los lineamientos del CONACE y el Ministerio de Salud.

¹⁸³De acuerdo a estudios internos de Gendarmería de Chile, un 11% de los hombres y un 3,2% de las mujeres sujetas a libertad vigilada, presentarían consumo actual de drogas, mientras que un 23,2% de los hombres y un 4,2% de las mujeres sujetas a dicha medida, presentarían problemas de consumo actual de alcohol. Como sabemos, existe una íntima relación entre droga y delito, operando este último, muchas veces, como medio de aprovisionamiento para satisfacer las adicciones propias de los consumidores problemáticos. En el caso del alcohol, muchos delitos son, sin duda, cometidos bajo su influencia. Considerando lo señalado, la indicación regula dos esferas vinculadas con la especial atención que merecen estos perfiles de consumidores problemáticos. En primer lugar, tratándose de condenados por delitos de microtráfico y manejo en estado de ebriedad a penas que oscilen entre los 541 días y los tres años, se establece la posibilidad de imponer la pena de libertad vigilada, rebajándose en estos casos el marco penal que la hace procedente, de manera de abarcar a través de una intervención adecuada, a un universo mayor de condenados. En segundo lugar, tratándose de las

3.5.- Condiciones adicionales aplicables a la libertad vigilada intensiva.

En rigor se traduce en restricciones prohibitivas de acudir a determinados lugares o aproximaciones a ciertas personas o imposibilidad de comunicación con las víctimas o su familia u obligaciones de mantenerse en un lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho horas diarias continuas o la obligación de cumplir programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares. A pesar de los términos perentorios del legislador se debe precisar que los programas de intervención deben ser definidos de común acuerdo con los penados, actuando los delegados como agentes conciliadores, motivadores del cambio y mediadores sociales, facilitando la identificación y jerarquía de los problemas o factores asociados a las conductas delictivas¹⁸⁴. Se debe tener cuidado en la ejecución de tales condiciones por el servicio de prisiones, siendo entonces vital el posterior control judicial del plan de intervención.

3.6.- Controles

El control del delegado en las penas sustitutivas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, se ejecutará en base a las medidas de supervisión que sean aprobadas por el tribunal, las que incluirán la asistencia obligatoria del condenado a encuentros periódicos previamente fijados con el delegado y a programas de intervención psicosocial. Tratándose de la libertad vigilada intensiva, el tribunal considerará, especialmente, la periodicidad e intensidad en la aplicación del plan de intervención individualizada¹⁸⁵. La ley muestra

penas de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva –incluyendo los casos señalados en el párrafo anterior– se regula dentro del catálogo de condiciones que deben ser impuestas, la obligación de asistir a programas de rehabilitación en drogas y alcohol, en casos de consumo problemático, considerándose para estos efectos la condición de asistir a programas ambulatorios o la internación en centros especializados. Tal oferta será entregada por el Consejo Nacional de Estupeficientes (CONACE), en convenio con Gendarmería de Chile. Fuente Mensaje del Ejecutivo, Historia de la Ley 20.603, Biblioteca del Congreso Nacional.

¹⁸⁴Departamento de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, op. cit., pág. 64.

¹⁸⁵En efecto, así lo indica el artículo 23 de la ley 20.603: “*Los delegados de libertad vigilada deberán informar al respectivo tribunal, al menos semestralmente, sobre la evolución y cumplimiento del plan de intervención individualizada impuesto por el juez a las personas sometidas a su vigilancia y orientación. Emitirán, además, los informes que los tribunales les soliciten sobre esta materia cada vez que ellos fueren requeridos. Lo mismo les será aplicable a los delegados de libertad vigilada intensiva, quienes informarán al respectivo tribunal al menos trimestralmente. En todo caso, el tribunal citará a lo menos anualmente a una audiencia de revisión de la libertad vigilada y, a lo menos, semestralmente, en el caso de la libertad vigilada intensiva. A estas audiencias deberán comparecer el condenado y su defensor. En el caso del delegado de libertad vigilada o de libertad vigilada intensiva, el tribunal podrá estimar como suficiente la entrega del informe periódico que se remita por el delegado, salvo que solicite su comparecencia personal. El Ministerio Público podrá comparecer cuando lo estimare procedente*”

preocupación por mejorar las competencias técnicas del delegado que interviene directamente sobre el penado, durante la ejecución de la condena¹⁸⁶.

Desde luego, la idea del control no sólo supone verificar que el penado cumpla con las condiciones impuestas durante el periodo de prueba, sino también el deber del tribunal de fiscalizar el respeto del principio de legalidad durante su cumplimiento. En efecto, en materia de ejecución de las penas y su cumplimiento se destaca lo preceptuado en el artículo 80 del Código penal, en su inciso primero que señala: *“Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley; ni en otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”*. Precisamente la libertad vigilada y sus modalidades conllevan, por cierto, restricciones a los derechos individuales y que exigen un especial cuidado.

Valga aquí recordar una deuda nacional y que sigue postergada por el Estado en general, en el sentido de la falta de una ley general penitenciaria que regule en forma sistemática y se haga cargo de los diferentes aspectos vinculados a la ejecución de la sanción penal. Por el contrario, una vez más se ha confiado por mandato de la ley tanto la ejecución material como el control del penado a un órgano administrativo dependiente denominado Gendarmería de Chile, cuya fiscalización y funcionamiento del sistema queda a cargo del Ministerio de Justicia, a través de la División de Defensa Social.

Desde ya resulta impropio someter a un órgano de la misma naturaleza tanto la ejecución como su control. Ello en atención a que puede ocurrir que el control se torne en mera ficción, vulnerando la garantía de ejecución que supone necesariamente el respeto al principio de legalidad, dejando con ello además los límites de cumplimiento al mero arbitrio y discreción únicamente a Gendarmería de Chile, quedando en un rol secundario el órgano jurisdiccional llamado naturalmente a resolver los temas de ejecución. Hay consenso en doctrina y Derecho comparado en la necesidad de confiar el control a un órgano de la administración de justicia, cuyas funciones no sólo se limitan a una labor de mera fiscalización en la ejecución del plan por parte de Gendarmería, sino también ejercen funciones netamente jurisdiccionales, en relaciones a eventuales infracciones por parte del servicio encargado de la ejecución efectiva de las condiciones impuestas, protegiendo los derechos que le asisten a los penados y que no se han visto afectados por la pena. De todo ello, el legislador no ha hecho eco, abriendo una vez más un margen al arbitrio administrativo del servicio de prisiones en materia de ejecución de la libertad vigilada .Lo

¹⁸⁶En tal sentido, artículo 20 de la ley 20.603. Entre ellos exige poseer el título de psicólogo o asistente social, otorgado por una universidad reconocida por el Estado o su equivalente, experiencia mínima de un año en el área de la intervención psicosocial y aprobar el curso de habilitación de delegado de libertad vigilada y libertad vigilada intensiva.

anterior no mejora con la regulación legal actual que propone la designación preferente de jueces especializados para el conocimiento de las materias previstas en esta ley¹⁸⁷. En tal fórmula legal se advierten vicios de constitucionalidad, vulnerando el principio denominado “*juez natural*”, dispuesto en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de Chile, en el sentido de no señalar en forma clara y concreta el tribunal llamado a conocer el asunto y que debe ser establecido con anterioridad al hecho que motiva el juzgamiento¹⁸⁸.

Huelga decir que la actual legislación en nada avanza en una verdadera reforma en el control en fase ejecutiva de la pena. Enfrentados entonces a la realidad, es necesario que Gendarmería disponga de un proceso de cambio con objetivos claros y de un modo adecuado y racional, identificando y potenciado sus fortalezas, pero del mismo modo controlando y superando sus debilidades. Ello supone un cambio participativo en la gestión y, en el caso de la libertad vigilada, necesita de una alta motivación de sus profesionales, para el éxito del sistema¹⁸⁹.

De su lectura podemos afirmar que la libertad vigilada se constituye en una instancia más de control social, quizás menos riguroso que aquel de la cárcel, pero igualmente significativo por cuanto puede suponer afectación de múltiples derechos, por ejemplo, libertad personal, derecho a la intimidad, libertad de expresión y su propia vida familiar¹⁹⁰. Constituye una proyección más de la institución y fines de la cárcel al medio libre. En tal sentido, se indica que tales fines y su intento en conseguirlos a través del tratamiento permiten una intervención coactiva y punitiva, sobre el sujeto, con el mismo sentido y propósito de corrección que se contempla en el caso de la privación de libertad, sólo que esta vez tales fines se trasladan y aparecen en las sanciones alternativas, a través de un tratamiento en medio libre¹⁹¹.

3.7.- Monitoreo telemático¹⁹².

Se define bajo la lógica de la fiscalización por medios tecnológicos de las penas establecidas por esta ley, aplicable a las penas de reclusión parcial y de libertad vigilada

¹⁸⁷ Así lo dispone el artículo 39 de la Ley 20.603.

¹⁸⁸ Sentencia Tribunal Constitucional de Chile, Santiago de fecha 05 de junio de 2012. En efecto, en tal resolución judicial, en su parte resolutive declara tal precepto en comentario constitucional, sin embargo con un voto en contra del Ministro Hernán Vodanovic Schnake.

¹⁸⁹ Rozas Contador, Jorge, “Elementos para un cambio en el sistema organizacional en el sistema de medio libre”, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Gendarmería de Chile, n° 7, Noviembre 2003, cfr. pág. 100.

¹⁹⁰ En todo caso, debido a la precariedad del sistema, sus propias limitaciones de recursos humanos y materiales con que se cuenta, ha provocado en la práctica que las labores de asistencia y control, que en otro contexto hubieren podido colisionar con derechos fundamentales del penado, se ejerzan en la actualidad de manera rutinaria, burocrática y hasta simbólica.

¹⁹¹ Jiménez Allendes, “Núcleos problemáticos de las medidas alternativas a la privación de libertad”, op. cit., cfr. págs. 51 y 52.

¹⁹² Se advierte que tal expresión no es un término castellano y, en consecuencia, ya desde su denominación se generan imprecisiones inaceptables para la legalidad penal.

intensiva”¹⁹³. Respecto de esto último, se precisa que tratándose de la pena de libertad vigilada intensiva prevista en el artículo 15 bis, el monitoreo sólo se utilizará para el control de los delitos establecidos en la letra b) de dicho precepto. Para decretarlo, el tribunal tendrá en cuenta las circunstancias de comisión del delito y especialmente las necesidades de protección de la víctima. A fin de resolver acerca de la imposición de esta medida de control, el tribunal deberá considerar la factibilidad técnica informada por Gendarmería de Chile para cada caso particular. Este informe deberá ser presentado en la oportunidad prevista en el artículo 343 del Código procesal penal. La elaboración del informe podrá solicitarse a Gendarmería de Chile directamente por el fiscal, el defensor o el tribunal en subsidio, durante la etapa de investigación.

Una vez más la decisión del legislador fue entregar estos asuntos al propio servicio de Gendarmería, vulnerando el principio de legalidad, desplazando labores propias de la judicatura a un órgano administrativo. A lo que se suma la preocupante disposición del artículo 23 quáter que indica “*La responsabilidad de la administración del dispositivo será de cargo de Gendarmería de Chile, institución que podrá contratar servicios externos para estos efectos, de conformidad a la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios. Los requisitos y características técnicas del sistema de monitoreo telemático, así como los procedimientos para su instalación, administración y retiro, serán regulados en el reglamento a que alude el artículo 23 octies*”¹⁹⁴, lo que demuestra el olvido del legislador respecto al imperativo constitucional y legal, en cuanto a que el tema relativo a la ejecución de la pena compete única y exclusivamente a la ley.

Este mecanismo se aplicará por un plazo igual al de la duración de la pena sustitutiva que se impusiere¹⁹⁵. Sin perjuicio de lo anterior, a solicitud del condenado, el tribunal podrá citar a una audiencia a fin de resolver acerca de la mantención, modificación o cesación de esta medida. En este caso, podrá ordenar la modificación o cesación de la medida cuando hubieren variado las circunstancias consideradas al momento de imponer esta supervisión.

¹⁹³La experiencia anglosajona presenta un amplio campo de aplicación. En efecto, puede ser utilizada para el arresto domiciliario, ya sea como cautelar o sanción; en sustitución a la *probation* y libertad condicional; como una condición más para conceder la *probation* o la libertad condicional; como condición para salir a trabajar; como control de una regla que implique el cumplimiento de un horario.

¹⁹⁴Artículo 23 octies.: “*Las normas referidas al mecanismo de control de monitoreo telemático contenidas en este Título, se aplicarán en conformidad a un reglamento especialmente dictado al efecto, el que será suscrito por los Ministros de Justicia y de Hacienda*”.

¹⁹⁵ En el proyecto del ejecutivo se planteaba la idea de permitir al juez imponer un plazo superior para el porte de estos dispositivos electrónicos, incluso a la pena originalmente impuesta en la sentencia, en aras de la rehabilitación del penado. Tal precepto, durante la discusión parlamentario, fue modificado en la forma indicada, despejando con ello posibles vicios de constitucionalidad, en cuanto a una posibilidad de monitoreo mayor en el tiempo que lo sentenciado. De ello y sus indicaciones da cuenta la sesión N° 26 de la Cámara de Diputados de fecha 10 de mayo de 201, Actas de la Historia de la Ley, Fuente Biblioteca Congreso Nacional.

El conocido brazalete electrónico tiene su origen en Norteamérica, siendo un mecanismo de control electrónico que no tiene ningún contenido positivo de inclusión. En efecto, la libertad vigilada en principio presenta la idea de inclusión, ya sea a través de la reinserción laboral, escolar u otra, aunque muchas veces esto no se cumpla. En cambio el control electrónico es sólo una manera que permite ubicar a las personas en cualquier momento, esto es, puro control¹⁹⁶. Se encuentra presente en su justificación las variables de riesgo y control, en el sentido que el sistema busca identificar los grupos de personas que serán definidos como de alto riesgo para someterlo a un intenso y prolongado control de aquellos grupos considerados como de bajo riesgo que se someterán a un control a corto tiempo¹⁹⁷.

Sus adeptos fundan su legitimidad en que constituye una herramienta eficaz en aras de la defensa del interés público que el Estado está llamado a proteger y se erige como un instrumento de control efectivo cumplimiento de penas sustitutivas a la prisión frente a la ciudadanía, cuyo destino es para personas de bajo compromiso criminológico. Por lo tanto, el brazalete permite no insertar a delincuentes primerizos en un medio que lo predispondrá a la reincidencia, contribuyendo a la resocialización, dado que el sujeto puede permanecer con su familia, no pierde su trabajo, no sufre la estigmatización social de la cárcel¹⁹⁸. Además, permite obtener valiosísima información sobre el desplazamiento del individuo y del fenómeno delictivo dentro de las ciudades o distintas localidades, al tiempo de permitir que la ciudadanía vuelva a creer en estas alternativas, por cuanto es habitual que los condenados no se presenten a cumplir, por lo cual urgen mayores y adecuados controles administrativos¹⁹⁹. A mayor abundamiento tal control proporciona una alta seguridad, pero a un menor costo económico que la cárcel. Es importante destacar que tras estas ideas lo que se pretende es implementar un control no sólo individual, sino también de su entorno, lo cual es sumamente delicado y so pretexto de la seguridad pública y de la sensación de impunidad se vulneran otros derechos constitucionales que van más allá de la pena y del propio condenado.

¹⁹⁶Jiménez /Medina, op. cit., pág. 33.

¹⁹⁷Escobar Marulanda, Gonzalo, “Los monitores electrónicos ¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?, en Cid Moliné, José/ Larrauri Pijoan, Elena (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997, pág. 199.

¹⁹⁸Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino, *Sistema Penitenciario y Revolución Telemática: ¿el fin de los muros en la prisión?*. Un análisis desde la perspectiva del derecho comparado, Editorial Slovento, Madrid, 2005, cfr. págs. 30 a 36.

¹⁹⁹ Fundación Jaime Guzmán, “Medidas alternativas y brazalete electrónico”, en *Ideas y propuestas*, Editorial JGE, Santiago, Junio de 2012, cfr. pág. 138. Los partidarios del sistema agregan que sus ventajas permiten mejorar la calidad de vida de los condenados, disminuye el hacinamiento carcelario, reduce los costos asociados a la privación de libertad, genera mayores oportunidades de resocialización de los condenados, mejora el sistema de vigilancia y control, entrega información a las policías que puede ser útil para combatir el fenómeno delictual y permite mantener un sistema de encriptación de datos anti-sabotaje.

Se trata de una pulsera transmisora electrónica, equipada con un transmisor que se coloca en el tobillo o muñeca del ofensor, quién permanece con él durante todo el tiempo de la condena y las señales que emite permite conocer su ubicación. Si lo anterior no es una pena infamante nada podría serlo, por cuanto por un lado lesiona su dignidad, en el sentido que es considerado un objeto de control, afectando no sólo su calidad de vida personal y familiar, sino también su propio entorno e intimidad, toda vez que habrá quienes vigilen nuestras vidas diariamente²⁰⁰. Portar un brazalete constituye un estigma que la sociedad puede percibir e identificar, generando componente de exclusión²⁰¹. Todo lo cual se agrava con ocasión de nuestra legislación, por cuanto se posibilita que los registros de estos aparatos, que aquel carga en su cuerpo, puedan ser empleados en su contra en caso de sospecha de haber cometido un nuevo delito. Para ello, el fiscal deberá solicitar previa autorización al juez de garantía, por cuanto restringe o perturba garantías constitucionales. Cuando se pusiere término a la utilización del monitoreo telemático, y transcurridos dos años desde el cumplimiento de la condena, Gendarmería de Chile procederá a la destrucción de la información proporcionada por este sistema. Finalmente, se contempla una figura delictiva para aquel que conociendo, en razón de su cargo, la información que arroja el monitoreo, la revelare indebidamente, será sancionado con la pena de suspensión de empleo o multa, o bien ambas conjuntamente, conforme lo previsto en el artículo 246 del Código penal. Sin perjuicio, se formulan reparos en cuanto con ello se afecta el derecho de asociación o el libre ejercicio de actividades religiosas, ya que requerirán previa autorización. En el fondo, mero control y nula rehabilitación.

Es interesante destacar un nuevo tipo penal que castiga al sujeto afecto al sistema de control de monitoreo que dolosamente arrancare, destruyere, hiciere desaparecer o, en general, inutilizare de cualquier forma el dispositivo, responderá por el delito de daños, sin perjuicio de considerar tal circunstancia como constitutiva de incumplimiento grave que de lugar a la revocación de la pena, afectando con ello el principio del non bis in ídem. Asimismo, si por cualquier circunstancia el dispositivo de monitoreo quedare inutilizado o sufre un desperfecto, pudiendo advertirlo el condenado, éste deberá informarlo a la brevedad a Gendarmería de Chile. En caso de no hacerlo, el tribunal podrá otorgar mérito suficiente a dicha omisión para dejar sin efecto la sustitución de la pena. Bajo este orden de ideas es dable concluir lo curioso que resulta ser el cuidado que ha tenido el legislador en

²⁰⁰Cabe advertir que resulta intolerable permitir un control constante y general de nuestras conductas y sensaciones, en el sentido, por ejemplo, monitoreando al agresor sexual para saber cuándo tiene una erección, a fin de que las autoridades puedan intervenir antes del supuesto desenlace final.

²⁰¹En todo caso, en legislación comparada se advierte la tendencia de fijar mecanismos de control tecnológicos menos invasivos, por ejemplo, la instalación de un dispositivo que se conecta al teléfono del domicilio del condenado que transmite una señal a un receptor central cada vez que el delincuente se mueve fuera del área o el denominado control programado, consistente en llamadas telefónicas al azar al penado, con el objeto de verificar su presencia en el domicilio. También se contempla las visitas periódicas por parte del oficial de libertad vigilada o simplemente el control diario por funcionarios policiales como guardia regular en el domicilio.

velar con medios públicos por los intereses de las empresas privadas que proveen de los aparatos y, por tanto, entender que la lógica anglosajona no ha dejado de tener sentido y pareciera ser que se trataría de una disfrazada concesión gratuita del aparato que soporta su costo supuestamente el Estado. No obstante parece convertirse en un arriendo del mismo modo como si fuere un teléfono, al decir la ley perentoriamente, que quién debe informar cualquier tipo de desperfecto so pena de revocación e ingreso a la cárcel es el propio penado, lo que de modo directo vulnera la obligación del Estado de asumir los gastos de la ejecución de cualquier pena, por cuanto se trata de una cuestión pública y no un negocio particular. Si bien, el mandato de la ley describe situaciones a las que se vincula una obligación de actuar del penado, lo cierto es que no se divisa el ineludible imperativo de que esa exigencia de actuar esté dirigida a quien se encuentra con el bien jurídico en una relación fáctica de tutela. En la especie, se transforma en garante de su propia pena al condenado, en circunstancia de que tal obligación debe recaer en el servicio a cargo del mecanismo²⁰².

Por otro lado, de acuerdo a la regulación de la ley no queda claro si el programa de monitoreo requiere la voluntad del sujeto que será objeto del control. En la gran mayoría de los países que lo han implementado exigen consentimiento informado, no obstante que su negativa tiene como amenaza la prisión. Asimismo la experiencia demuestra que se desaconsejan largos periodos de monitoreo y los estudios demuestran que las personas toleran periodos no superiores a 4 meses. Finalmente en la legislación de Estados Unidos de Norteamérica se revela que los gastos de instalación y utilización corren por cuenta del condenado o su familia, provocando el consecuente ahorro estatal. Afortunadamente nuestra legislación opta por un camino distinto soportando el gasto el Fisco, lo que resulta una sabia decisión atento al principio de legalidad.

A pesar de ser concebidos como una posible alternativa, a fin de evitar la prisión es dable indicar que la anunciada relación directa entre el uso de los monitores electrónicos y la tasa de encarcelamiento, que hacía esperar que el aumento de la población monitorizada se reflejase en una disminución de la población penitenciaria, no existe²⁰³. Lo anterior demuestra que tal sistema se entiende más como un instrumento automatizado de control más que una verdadera y real alternativa a la prisión, al tiempo de quedar reducida su aplicación como modalidad de cumplimiento de la libertad vigilada a un número reducido de delitos. Tras ello se observa el fenómeno de la mercantilización del control, bajo lemas publicitarios “Menor costo y un mínimo riesgo para el público”, generando una

²⁰²Tal proceder se contraviene con la esencia misma del instituto. Véase para tal efecto, las fuentes de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión, en la obra de Hans-Heinrich Jescheck y Tomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil 5° ed., Dunker & Humblot, Berlin, 1996 o a nivel nacional Enrique Cury Urzúa, *Derecho penal*, Parte general, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 7° ed., 2005.

²⁰³Escobar Marulanda, op. cit., pág. 206.

industria masificada que busca implementar su producto en el mercado, atendido los millonarios ingresos que se pueden obtener.

3.8.- Deberes e incumplimientos de la medida de libertad vigilada.

El tribunal, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes desde que se encuentre firme y ejecutoriada la sentencia, deberá informar a Gendarmería de Chile respecto de la imposición de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley, debiendo el condenado presentarse a tal institución dentro del plazo de cinco días, contado desde que estuviere firme y ejecutoriada la sentencia. Si transcurrido el referido plazo el condenado no se presentare, dicho organismo informará al tribunal de tal situación. Con el mérito de esta comunicación, el juez podrá despachar inmediatamente una orden de detención²⁰⁴.

En lo relativo a los incumplimientos la orientación actual reclama racionalizar la medición y el control del cumplimiento de las condiciones. Se sugiere establecer metas razonables de medición del incumplimiento de las obligaciones que se imponen, para evitar su revocación. En lo esencial se trata de que la meta de control del incumplimiento sea bajo o poco relevante en lo general. En esa lógica se dispone la idea de evaluación por el juzgador de la entidad del incumplimiento, fijando reglas de apreciación, a saber:

- a) En caso de un incumplimiento grave o reiterado de las condiciones impuestas y atendidas las circunstancias del caso, el tribunal deberá revocar la pena sustitutiva impuesta o remplazarla por otra pena sustitutiva de mayor intensidad.
- b) En caso de otros incumplimientos injustificados, el tribunal deberá imponer la intensificación de las condiciones de la pena sustitutiva, pudiendo imponer mayores controles para el cumplimiento de dicha pena.

3.9.- Revocación

La decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de un incumplimiento de las condiciones²⁰⁵ o por haberse cometido un nuevo

²⁰⁴Una vez más se destaca lo peligroso de la norma que permite imponer una cautelar como la detención judicial sin previa audiencia, sin debate previo de los intervinientes, olvidando lo dispuesto en el artículo 5° del Código procesal penal que implora como principio básico la aplicación restrictiva de cualquier medida restrictiva o privativa de libertad.

²⁰⁵Para proceder a la revocación por incumplimiento de condiciones se regula en el artículo 28: “*Recibida por el tribunal la comunicación de un incumplimiento de condiciones, deberá citar al condenado a una audiencia que se celebrará dentro del plazo de quince días, en la que se discutirá si efectivamente se produjo un incumplimiento de condiciones o, en su caso, un quebrantamiento. Dicha resolución se notificará por cédula al condenado. El condenado tendrá derecho a asistir a la audiencia con un abogado y, si no dispusiere de uno, el Estado deberá designarle un defensor penal público. Las audiencias se regirán conforme a lo dispuesto en el Código Procesal Penal, en lo que fuere pertinente. En todo caso, si fuere necesario presentar*

delito durante el tiempo de la condena, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas. En este punto resulta un avance de lo que ocurría al amparo de la ley 18.216 que estipulaba expresamente que en caso de revocación el condenado debía volver a la etapa de inicio de la sentencia, esto es, debía cumplir con totalidad la pena originalmente impuesta, no obstante que haya transcurrido un tiempo cumpliendo con las obligaciones que demanda la libertad vigilada.

Con todo persiste en la idea de revocación automática por el cometimiento de un nuevo delito, durante el tiempo de su cumplimiento, no acogiendo la idea de otras legislaciones que permiten al juez ponderar las circunstancias que motivaron el nuevo ilícito. Antes bien, la ley chilena opta por mantener la sombra del encierro tras la libertad vigilada e incluso bajo el modelo de la remisión condicional, lo que va en plena contradicción con las supuestas motivación que originaron la presente ley pretende. A mayor abundamiento tal proceder de oficio *ipso iure* vulnera el principio de legalidad, desde que su revocación procede sin haberse oído, en audiencia pública, al condenado.

3.10.- Remplazo de la pena sustitutiva.

La ley establece una interesante novedad, en cuanto al remplazo de la pena sustitutiva, aunque lo supedita peligrosamente a un informe favorable de Gendarmería, en circunstancia de que en virtud del principio de legalidad es deber del juez observar en la ejecución los avances del plan que el mismo aprobó. La regla contenida en la ley es la que sigue:

- a) En caso que la pena sustitutiva que se encontrare cumpliendo el condenado fuere la libertad vigilada intensiva, podrá sustituirla por la libertad vigilada.
- b) En caso que la pena sustitutiva que se encontrare cumpliendo el condenado fuere la libertad vigilada, podrá sustituirla por la remisión condicional.

Cuando a un penado se le hubiere sustituido la libertad vigilada intensiva por la libertad vigilada, el tribunal podrá remplazar esta última por la remisión condicional si se contare nuevamente con informe favorable de Gendarmería de Chile, siempre y cuando el condenado hubiere cumplido más de dos tercios de la pena originalmente impuesta. Para

prueba para acreditar algún hecho, no regirán las reglas sobre presentación de prueba en el juicio oral, debiendo procederse desformalizadamente". Una vez más de su lectura se observan infracciones al principio de legalidad, toda vez que la audiencia en que se decide el incumplimiento puede realizarse sin estar presente el afectado, supuesto que no haya recibido la cédula con que se lo notificó.

estos efectos, el tribunal citará a los intervinientes a audiencia, en la que examinará los antecedentes, oirá a los presentes y resolverá. En caso que el tribunal se pronunciare rechazando el reemplazo de la pena sustitutiva, éste no podrá discutirse nuevamente sino hasta transcurridos seis meses desde de su denegación.

4.- Pena mixta

En la misma lógica, de oficio o a petición de parte, pero previo informe favorable de Gendarmería de Chile, disponer la interrupción de la pena privativa de libertad originalmente impuesta, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva.

4.1.- Requisitos para que opere

- a) La sanción impuesta al condenado fuere de cinco años y un día de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo, u otra pena inferior;
- b) Al momento de discutirse la interrupción de la pena privativa de libertad, el penado no registrare otra condena por crimen o simple delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 15 bis;
- c) El penado hubiere cumplido al menos un tercio de la pena privativa de libertad de manera efectiva, y
- d) El condenado hubiere observado un comportamiento calificado como "muy bueno" o "bueno" en los tres bimestres anteriores a su solicitud, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo N° 2.442, de 1926, del Ministerio de Justicia, reglamento de la ley de libertad condicional.

En la historia de la ley se plasman las prevenciones formuladas por los profesores Bofill y Guzmán Dalbora, invitados al debate parlamentario, en relación con las limitaciones que impone la letra b) que antecede, quienes argumentaron que los únicos antecedentes que deberían tomarse en cuenta son la magnitud de la pena efectivamente impuesta y el pronóstico de peligrosidad del delincuente. En igual sentido los representantes de la Fundación Paz Ciudadana manifestaron que tales limitaciones representan una eliminación de buena parte del impacto que pudiera tener la iniciativa en la población penal que actualmente cumple una pena de presidio, pues limita el universo posible de beneficiados²⁰⁶. En sentido contrario, la senadora Alvear formulo sus reparos con la posibilidad que mediante ella las personas beneficiadas reincidan en nuevos delitos

²⁰⁶Matus Acuña, Jean Pierre, "Proyecto de Ley que modifica la ley n° 18.216, que reemplaza las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad por 'penas sustitutivas' (boletín n° 5.838-07)", en *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado de la Facultad de la Universidad de Chile, n° 1, semestre 2, año 2011, pág. 245.

con el consecuente desprestigio para estas nuevas sanciones, de ahí la motivación de imponer severas restricciones.

En audiencia el tribunal puede disponer la interrupción de la pena privativa de libertad, reemplazándola por el régimen de libertad vigilada intensiva, ésta deberá ser siempre controlada mediante monitoreo telemático²⁰⁷, fijando un plazo de observación por un período igual al de duración de la pena que al condenado le restare por cumplir, determinando las condiciones a que éste quedará sujeto. En este punto, una vez más se supedita a un informe de Gendarmería de Chile que deberá contener:

i) Opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, a fin de conocer las posibilidades del condenado para reinserirse adecuadamente en la sociedad, mediante una pena a cumplir en libertad. Dicha opinión contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad del condenado y una propuesta de plan de intervención individual que deberá cumplirse en libertad. Considerará, asimismo, la existencia de investigaciones formalizadas o acusaciones vigentes en contra del condenado.

ii) Informe de comportamiento, de conformidad a lo dispuesto en el decreto supremo n° 2.442 de 1926, del Ministerio de Justicia, reglamento de la ley de libertad condicional.

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

Es importante destacar que en el evento que el tribunal no otorgare la interrupción de la pena, deben transcurrir al menos seis meses para renovar la discusión. Si el penado cumpliere satisfactoriamente la pena de libertad vigilada intensiva, el tribunal lo reconocerá en una resolución fundada, remitiendo el saldo de la pena privativa de libertad interrumpida y teniéndola por cumplida con el mérito de esta resolución.

5.- Motivación de sus decisiones.

Se incorpora una exigencia propia de todo estado de derecho de exigir a la magistratura la fundamentación de sus decisiones, explicando los antecedentes que fundan su convicción. En otras legislaciones se impone la necesidad de que los jueces expliquen en formal oral en audiencia sus motivaciones al propio destinatario²⁰⁸.

²⁰⁷Artículo 23 bis de la Ley 20.603.

²⁰⁸Artículo 35: *“El tribunal que impusiere, de oficio o a petición de parte, alguna de las penas sustitutivas previstas en esta ley, deberá así ordenarlo en la respectiva sentencia condenatoria, expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que fundaren su convicción. Si el tribunal negare la solicitud para conceder alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley, deberá exponer los fundamentos de*

Por otra parte, respecto de los primerizos de penas sustitutivas tendrá mérito suficiente para la omisión de dicha condena en su certificado de antecedentes penales, como así también se permite la eliminación de la condena, previo cumplimiento satisfactorio²⁰⁹

6.- Recursos y novedades procesales.

6.1.- Condena en procedimiento abreviado ante el juez de garantía

Todo lo relacionado con la decisión sobre la pena sustitutiva será apelable dentro de quinto día de notificada la resolución que se recurre. Resulta un avance su redacción, por cuanto no deja margen de duda respecto de que todas las decisiones en torno a la pena sustitutiva son apelables para ante el superior.

6.2.- Condena en procedimiento simplificado ante el juez de garantía o en juicio oral ante el tribunal de juicio oral en lo penal

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

Es importante destacar la novedad de la regulación precitada, por cuanto habilita a su apelación, independiente al procedimiento donde se dicto la condena y se pronuncio

su decisión en la sentencia. Tratándose de delitos de acción privada o de acción penal pública previa instancia particular, el juez de garantía o el tribunal de juicio oral en lo penal deberá citar a la víctima o a quien la represente, a la audiencia a que se refiere el artículo 343 del Código procesal penal, para debatir sobre la procedencia de aplicar cualquiera de las penas sustitutivas contenidas en esta”

²⁰⁹ Artículo 38: “La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria. El tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto. Para los efectos previstos en el inciso precedente no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito. El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1° de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación. Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal”.

sobre la pena sustitutiva. Bajo el imperio de la ley N° 18.216 no era posible tal formula procesal.

6.3.- Situación especial

En el evento de presentarse uno o más recursos de nulidad por varios condenados, conjuntamente o no con el recurso de apelación, el tribunal a quo se pronunciará de inmediato sobre la admisibilidad de este último, pero sólo lo concederá una vez ejecutoriada la sentencia definitiva condenatoria y únicamente para el evento de que la resolución sobre el o los recursos de nulidad no altere la decisión del tribunal a quo respecto de la concesión o denegación de la pena sustitutiva. En caso contrario, se tendrá por no interpuesto.

C o n c l u s i ó n .

1. La libertad constituye, entre otros, un pilar fundamental de nuestra sociedad, por lo que parece indispensable entonces restringir al máximo los supuestos que habilitan su limitación. Por ello, surge la preocupación de buscar formulas punitivas verdaderamente reales que permitan remplazar eficazmente la pena de encierro.
2. Nuestro país ha postergado largamente el establecimiento de sustitutos a las penas cortas de privación de la libertad, desaprovechando con ello las innegables oportunidades que entrega, entre ellas, tiene la virtud de terminar tempranamente con trayectorias delictivas. Cabe agregar que históricamente las penas diversas del encierro presentan una suerte de deslegitimación pública al asociarlas con impunidad, lo que alimenta, finalmente las demandas sociales orientadas únicamente a la promoción de la cárcel y no al fomento e inversión en un sistema efectivo de rehabilitación y reinserción social.
3. Hemos dado cuenta de la crisis de las penas privativas de libertad y del hacinamiento carcelario que pone en evidencia el fracaso del encierro en las tareas reeducativas que se le querían asignar, y que tal ineptitud, siguiendo al profesor Guzmán Dalbora, no tiene orígenes sólo funcionales o coyunturales, sino de carácter estructural. No todos los infractores deben cumplir penas de cárcel, no sólo por la poca gravedad del delito, sino también por múltiples factores, verbigracia, su costo económico que resulta inviable para cualquier país del mundo, su nulo rendimiento preventivo-especial, su innegable efecto corruptor, el consecuente deterioro de la persona del preso, su disociación con su entorno familiar y el mundo externo, entre otras consecuencias negativas. En la mayoría de las veces no se valora su verdadero impacto social que puede provocar como elemento gatillante de desocialización de aquellas personas que sufren la prisión. La pena para ser justa debe no sólo ser necesaria y útil, sino también debe perseguir un fin social. Por ello son tareas ineludibles de un derecho penal mínimo la reducción progresiva del uso de la prisión, dando paso a institutos de excarcelación como formulas de sanciones alternativas para la gran mayoría de los conflictos penales. Es importante destacar que no hemos planteado la supresión absoluta de las penas privativas de libertad, sino su aplicación restringida a aquellos casos singulares, donde sea el único medio para proteger a la comunidad social de la recidiva delictiva del delincuente. Con todo, en estos casos la prisión debería cumplir únicamente su fin inocuizador del condenado, debiendo evitar otros males innecesarios y vejatorios.

4. Urge, pues, una verdadera reforma que suponga la renuncia por parte del Estado de modo expreso y total a imponer la cárcel respecto de las penas cortas, de suerte que jamás, ni siquiera en supuestos de reincidencia, el autor de infracciones menores pudiere verse afecto a tal encierro.
5. La ley 20.603 no se hace cargo del problema de fondo, aumentando con ello la tasa de presos a nivel nacional, superando a países con población y desarrollo semejante, incluso nuestros índices son mayores a lo que presentan países con tasas de criminalidad mucho más elevada. En rigor, el diseño actual de penas sustitutivas no cumple con la función de remplazar la cárcel en términos de provocar un impacto político criminal importante. Por el contrario, la función real que cumplen estas penas es constituirse en una instancia más de control social, menos riguroso que la cárcel, pero de todos modos resulta significativo para las personas sometidas al mismo, por la posibilidad de afectación de múltiples derechos, tales como la libertad personal, el derecho a la intimidad, la libertad de expresión, la vida familiar, etcétera. En consecuencia, un control social más difuminado con mayor penetración en el cuerpo social, provocando una inaceptable intromisión en la esfera privada personal y familiar del penado, con el consecuente peligro en la ausencia de límites y controles en el plan de resocialización, por cuanto bajo la fórmula escogida puede implicar la manipulación de las mentes de los condenados, imponiendo coactivamente criterios y formas determinadas de actuación social. Por ello, toda reforma penal debe hacerse cargo de sus males, peligros, y por cierto, de los límites que impone el derecho de castigar por parte del Estado, máxime que estos sustitutos son en estricto rigor penas.
6. Es importante destacar la necesidad que los sustitutos de las penas de libertad no pueden ser rígidos e invariables, puesto que llevarían anteladamente los gérmenes de su fracaso. Antes bien, se requiere cierta flexibilidad y posibilidad de transformar los unos en los otros, sea para pasar de aquellos menos intensos en otros de mayor severidad o lo inverso. Sobre este punto, al menos en la ley nacional se destaca el instituto de la pena mixta y en casos de incumplimiento permite al juez imponer un sustitutivo penal más intenso, evitando con ello aplicar derechamente la pena de cárcel. La reforma progresista hacia la cárcel como último recurso puede otorgar un territorio de mayor eficacia de la pena. De hecho, han surgido movimientos de defensa social que propugnan el *derecho a la resocialización*. Sin embargo, hoy urge la idea de un *derecho a un castigo no envilecedor* y con ello podamos verdaderamente aproximarnos a una realidad donde el universo carcelario este claramente limitado a casos extremos, cuyo enfoque este dado en la concreta posibilidad de tratamiento del penado, entregando reales oportunidades para el desarrollo personal o lograr en lo posible que un vez cumplida la pena sustitutiva el condenado no solo quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también

sea capaz de hacerlo. Precisamente, tal anhelo se describe en las Reglas mínimas para el tratamiento del recluso, Congreso de Ginebra de 1975.

7. A todo lo anterior, se suma lo paradójico que resulta ser la idea de dictar una ley encaminada a sustituir la cárcel con otras modalidades de sanción, al tiempo que se práctica una criminalización indiscriminada, incrementando las penas, confiando en su pretendido efecto preventivo-general intimidatorio. Precisamente uno de los efectos más negativos que acarrea tales políticas criminales represivas y punitivas que ponen su eje en el encierro, han provocado que el sistema penal y sus operadores- jueces, abogados, policías, personal de prisiones- niegan el carácter de pena que tienen los sustitutivos, desconociendo su función de prevención especial que ellos cumplen, lo cual restringe e imposibilita su expansión futura. O sea, se levanta formalmente un discurso de resocialización y por otro lado se conserva y potencia el carácter represivo y vindicativo de la cárcel, resaltando su función de aseguramiento. Por ello, la ley 20.603 no ha significado realmente una sustitución efectiva a la privación de libertad, por cuanto no han sido aplicadas en lugar de la cárcel, sino junto a la cárcel, lo cual en el fondo significa producir un aumento sustancial en las formas de control social. Por otro lado, el diseño de la normativa excluye de modo expreso otras vías de sanción verdaderamente alternativas a la cárcel, por ejemplo: de orden civil, administrativo, comunitaria, terapéutica, etc. Todo ello, supone una redefinición de los conflictos que se resuelven bajo un sistema penal garantista y respetuoso de los derechos humanos, cuyo eje central sea disminuir de modo significativo y sostenida la utilización de la cárcel como sanción penal.
8. Ahora bien, hemos destacado no sólo la falta de una judicatura especial de vigilancia o control de la ejecución de las penas, sino la necesidad de un derecho penitenciario que se haga cargo de modo real y efectivo de los conflictos que se suscitan en fase ejecutiva. Hoy en nuestro país, observamos que las únicas vías jurisdiccionales en la práctica para que un penado reclame en contra de la administración carcelaria por algún abuso, restricción o desconocimiento de sus derechos, lo es mediante las acciones constitucionales de amparo y protección que se interponen ante los tribunales superiores de justicia que tienen competencia común y no especializada en problemas relativos a la ejecución de las penas criminales. Ahora al revisar la regulación del Código procesal penal y la propia ley 20.603 se concluye que se le otorga al juez de garantía el rol de resolver las solicitudes y reclamos que se formulan con ocasión de la presente materia, transformándolo en una figura híbrida, teniendo a su cargo funciones y competencias diametralmente diversas y perfectamente delimitadas, como es la jurisdiccional de la ejecutiva y que giran sobre la base de criterios diferentes. Bajo este punto, el problema se agudiza cuando la propia ley deja sujeto la ejecución y

control en manos del servicio de prisiones, otorgando un verdadero cheque en blanco a favor de tal institución, evidenciando un desinterés en la protección de la garantía de ejecución penal. Desde ya, destacamos lo impropio de someter a un órgano de la misma naturaleza tanto la ejecución como su control. Ello en atención a que puede ocurrir que el control se torne en mera ficción, vulnerando la garantía de ejecución que supone necesariamente el respeto al principio de legalidad. En el mismo orden de ideas, nuestro legislador ha manifestado nula preocupación, indicando que la gran parte de las cuestiones relativas a la ejecución serán reguladas por un reglamento, contrariando el principio de legalidad y con el consecuente riesgo de confiar los límites de cumplimiento al mero arbitrio y discreción únicamente a Gendarmería de Chile, quedando en un rol secundario el órgano jurisdiccional llamado naturalmente a resolver los temas de ejecución. Hay consenso en doctrina y derecho comparado respecto de la necesidad de confiar el control a un órgano de la administración de justicia, cuyas funciones no sólo se limiten a una labor de mera fiscalización en la ejecución del plan por parte de Gendarmería, sino también ejerzan funciones netamente jurisdiccionales, en relaciones a eventuales infracciones por parte del servicio encargado de la ejecución efectiva de las condiciones impuestas, protegiendo los derechos que le asisten a los penados y que no se han visto afectados por la pena. De todo ello, el legislador no ha hecho eco, abriendo una vez más un margen al arbitrio administrativo del servicio de prisiones en materia de ejecución de la libertad vigilada. Lo anterior no mejora con la regulación legal actual que propone la designación preferente de jueces especializados para el conocimiento de las materias previstas en esta ley, por cuanto se advierten vicios de constitucionalidad, vulnerando el principio denominado “*juez natural*”, dispuesto en el artículo 19 N°3 de la Constitución Política de Chile, en el sentido de no señalar en forma clara y concreta el tribunal llamado a conocer el asunto y que debe ser establecido con anterioridad al hecho que motiva el juzgamiento.

9. Resulta relevante destacar como una formulación general del sistema de sustitutos penales, la circunstancias de que estos no fueron contemplados como reacciones penales autónomas a determinados supuestos delictivos, como sería político-criminalmente deseables dentro del esquema de un sistema sancionatorio diferenciado. En efecto, las penas sustitutivas al encierro son consecuencias jurídicas del delito y como tal deben sujetarse al principio de legalidad, lo cual exige que estas reacciones sustitutivas sean consideradas como auténticas consecuencias jurídicas del delito. Ello supone establecer de un modo claro y diferenciado las consecuencias jurídicas de los sustitutos, en relación con las penas, de suerte que su incumplimiento afecta la certeza y taxatividad referida a las consecuencias penales de cada delito. Tal omisión de concebir su carácter

autónomo, vulnera el principio como ocurre en nuestro país, a pesar del cambio terminológico que introduce la nueva ley.

10. El instituto particular en análisis fue la libertad vigilada, cuya regulación permite concebirla a medio camino entre la suspensión y la sustitución de la pena, toda vez que el juez primero impone la pena original y luego adopta la decisión en cuanto a conceder o no la sustitución, con arreglo a los módulos de conversión legal establecidos. En consecuencia, no es una pena alternativa, ya que estas últimas son en rigor penas originarias impuestas a diferencia de la sustitutiva de modo directo en la sentencia. Con todo, los problemas que conciernen a estas pena son comunes a los que rodean a las otras penas y que derivan esencialmente de la necesidad de respetar los principios de igualdad, legalidad, personalidad, proporcionalidad y humanidad, todos los cuales son propios de un Estado de derecho democrático, al igual que todos los derivados de un Estado social, como por ejemplo, el principio de culpabilidad.
11. A pesar de lo que se viene razonado no debe olvidarse la dimensión punitiva de la libertad vigilada, constituyendo un castigo para el penado, cuyo plus viene dada por su fin resocializador, potenciando el desarrollo de las capacidades de autodeterminación, camino a la reintegración social y económica. En principio con ello, se busca evitar los efectos negativos del encierro, robusteciendo la eficacia de la cárcel al reducir la población penal, lo que redundaría en un menor costo económico. Sin embargo, en la práctica tales anhelos se encuentran en entredicho al revisar su actual normativa que ponen innumerables limitaciones y restricciones para su procedencia, a saber: exclusiones de delitos por su gravedad en abstracto, inaplicabilidad para reincidentes, improcedencia para determinadas figuras delictivas, necesidad de antecedentes favorables del penado, exigencia al juez de emitir un juicio de probabilidad de la posible conducta futura del penado, en relación con la comisión de nuevos delitos, fundado en criterios de peligrosidad. Todo ello, afecta su impacto o trascendencia, condicionando su cobertura.
12. El eje central del instituto viene dado por el modelo de intervención diferenciado, cuyo objeto fundamental es desarrollar un conjunto de estrategias de intervención especializada, acorde al perfil de necesidades del condenado. Nuestro país adopta el modelo canadiense de *riesgo-necesidad-responsividad*, intentando disminuir los factores de riesgo que impidan la reincidencia. Si bien, constituye un factor positivo la instancia judicial de aprobación del plan de intervención del penado seguimos observamos un rol secundario de la judicatura en la fase ejecutiva, quedando de manifiesto la precariedad del sistema y sus controles. Los peligros por su pasividad son evidentes, por ejemplo, se mantiene vigente la idea de *sujeción y vigilancia del penado* a las instrucciones impartidas por el delegado. Tal modelo, bajo el prisma

de relaciones autoritarias entre el delegado y el sometido a prueba puede conllevar como se ha remarcado en una intolerable intromisión en la vida privada del penado o imposición coercitiva de cambios conductuales. Se trata de una norma excesiva en la intensidad de control, sin límites predefinidos, quedando sujeto a la mera discrecionalidad del delegado. Es lamentable tal redacción que repite errores de su antecesora ley, ya que se observa de la constatación de la realidad que debido al carácter que asume esta obligación resulta ser tan intensa, que pone en tela de juicio su cumplimiento y eficacia, tanto por la factibilidad real que los delegados puedan ejercer un control permanente, como por los costos que esto importa. La consecuencia de ayer y de hoy será probablemente la misma. A mayor abundamiento, la ley fija condiciones especiales que se deben imponer para la procedencia de la libertad vigilada, en ambas modalidades de cuyo análisis sigue ausente una verdadera lógica de reintegración social, por cuanto estas deberían estar vinculadas a que el penado adquiriera competencias profesionales o técnicas, entregando con ello posibilidades reales para su reinserción, máxime cuando se tiene a la vista que la mayoría de los penados pertenecen a mercados laborales altamente informales, poseen escasos hábitos laborales o se encuentran cesantes, donde la circunstancia de presentar condena profundiza su situación de exclusión social. De igual forma, la ley se detiene respecto de aquellos condenados que puedan presentar consumo problemático de drogas o alcohol, debiendo el tribunal imponer en la misma sentencia, la obligación de asistir a programas de tratamiento de rehabilitación de dichas sustancias. Sin embargo, el fin resocializador o rehabilitador que subyace en la libertad vigilada no puede implicar la asignación de funciones curativas o terapéuticas que finalmente encubran una intervención coactiva en la personalidad de los sujetos. Por el contrario, la asistencia a cualquier tratamiento debe venir precedido primariamente por el reconocimiento de la propia dignidad del condenado. Es importante precisar que los programas de intervención deben ser definidos de común acuerdo con los penados, actuando los delegados como agentes conciliadores, motivadores del cambio y mediadores sociales, facilitando la identificación y jerarquía de los problemas o factores asociados a las conductas delictivas. Por ello, resulta esencial el control judicial del plan de intervención, durante su etapa de ejecución, lo cual no sólo supone verificar que el penado cumpla con las condiciones impuestas durante el periodo de prueba, sino también el deber de fiscalizar el respeto al principio de legalidad durante su cumplimiento, por cuanto la libertad vigilada conlleva restricciones a los derechos individuales del condenado. Huelga decir que la actual legislación no representa un avance, por el contrario constituye una grave infracción al principio de legalidad, por cuanto deja su regulación más precisa a un reglamento y el control en manos del servicio de prisiones, constituyéndose en una instancia más de control social, quizás menos riguroso que aquel de la cárcel, pero igualmente significativo por cuanto igualmente supone la afectación de múltiples derechos, por ejemplo, libertad

personal, derecho a la intimidad, libertad de expresión y su propia vida familiar. De hecho, los tratamientos que impone permiten una intervención coactiva y punitiva sobre el condenado, con el mismo sentido y propósito de corrección que se contempla en el caso de la privación de libertad, sólo que esta vez tales fines se trasladan y aparecen en las sanciones sustitutivas, en el medio libre.

13. Para la supervisión de la libertad vigilada intensiva se permite la utilización del monitoreo telemático, el cual no tiene ningún contenido positivo de inclusión y presenta nulo efecto rehabilitador, por cuanto su objeto es el control de los movimientos de un individuo, so pretexto de brindar mayor seguridad a la sociedad en la prevención de nuevos delitos. Todo ello, sin olvidar su contenido deshonesto e infamante, por cuanto por un lado lesiona su dignidad, en el sentido que es considerado un objeto de control, afectando no sólo su calidad de vida personal y familiar, sino también su propio entorno e intimidad, toda vez que habrá quienes vigilen nuestras vidas diariamente. Se trata de una pulsera transmisora electrónica, equipada con un transmisor que se coloca en el tobillo o muñeca del ofensor, quien permanece con él durante todo el tiempo de la condena y las señales que emite permite conocer su ubicación. Portar un brazalete constituye un estigma que la sociedad puede percibir e identificar, generando componente de exclusión. Todo lo cual se agrava con ocasión de nuestra legislación, por cuanto se posibilita que los registros de estos aparatos, que aquel carga en su cuerpo, puedan ser empleados en su contra en caso de sospecha de haber cometido un nuevo delito. Es interesante destacar la afectación al principio non bis idem, por cuanto se castiga por el delito de daños simples al que dolosamente inutilizare el dispositivo, sin perjuicio de considerar nuevamente tal conducta como constitutiva de incumplimiento grave que permite la revocación de la pena. Finalmente, resulta al menos curioso la exigencia del legislador de imponer al condenado la obligación de informar los desperfectos que presente el aparato, bajo pena de otorgar mérito suficiente a dicha omisión para dejar sin efecto la sustitución de la pena. Es insólito el cuidado que ha tenido el legislador en velar con medios públicos por los intereses de las empresas privadas que proveen de los aparatos y lo paradójico que supone imponer una obligación de actuar del penado en tales circunstancias, por cuanto no se divisa el ineludible imperativo de que esa exigencia de actuar esté dirigida a quien se encuentra con el bien jurídico en una relación fáctica de tutela, como lo exige la posición de garante en los delitos de comisión por omisión. En rigor y contra toda lógica se intenta transformar en garante de su propia pena al condenado, en circunstancia de que tal obligación debe recaer en el servicio a cargo del mecanismo
14. Nuestro país insiste en la creencia de que los problemas sociales derivados del delito se resuelven con más cárcel, desplazando la eficacia de los sustitutos penales. De estos últimos, se reprocha su poca severidad, afectando los fines de prevención

general de la pena y su supuesto descrédito sobre la efectividad de tales penas²¹⁰, tanto para reducir el recurso a prisión como la tasa de reincidencia. De ahí que hoy nos enfrentemos a que la exclusión en el Derecho penal es quizás un fin socialmente aceptado. Sin embargo, la libertad vigilada debe tener un sello hacia la inclusión, por la vía de la reinserción, por lo que debe preferirse un modelo punitivo que tienda a dar preeminencia a penas distintas al encierro, siendo un imperativo que estos sustitutos se formulen como sanciones principales, de acuerdo al principio de proporcionalidad según la gravedad concreta del delito, al principio de intervención mínima y cuyo norte sean los modelos de penas contemporáneos más recientes, fundado en lógicas de responsabilización y restauración.

15. Nuestro país ha desaprovechado la oportunidad de implementar un modelo punitivo moderno, el cual continúa anclado a la privación de la libertad y su efecto intimidatorio. La ley 20.603 ha redefinido sus políticas criminales cuyo eje sigue siendo la defensa social fundada en criterios de riesgo y peligrosidad orientados hacia el mero control, inocuización y encierro de los condenados, olvidando el impacto de penas orientadas a la verdadera reinserción. A lo que se suma que tampoco existe una diversificación del catalogo de sanciones de modo de conferir al juez una mayor flexibilidad en la tarea de individualizar la pena que resulte más adecuada al caso concreto. Por el contrario, en nuestro ordenamiento punitivo la primacía absoluta se mantiene en la pena privativa de libertad, con reglas legales de determinación de penas que rigidizan aún más el sistema de aplicación de las sanciones. Por ello, si el propósito esencial es la implementación de sustitutos penales a la prisión era evitar los conocidos efectos desocializadores de la cárcel, debió haberse realizado una revisión profunda tanto del catalogo de pena, como del protagonismo del encierro y de la prisión preventiva. Nada de ello, se hizo en la legislación que nos convoca.
16. El fin resocializador que subyace en la libertad vigilada exige flexibilizar penas para ampliar la aplicación del sustituto, reducir los requisitos que la habilitan, evitando con ello discriminaciones que reproducen los mismos padrones de selectividad que acusa todo el sistema penal represivo, eliminar la condición de reincidencia para su procedencia, por cuanto son éstos los que más asistencia necesitan, reingeniería de las obligaciones que impone en el marco del respeto a los derechos del imputado, racionalización su tiempo de duración, verdadero control jurisdiccional relativo a la ejecución de la pena. En el fondo, requiere de un auténtico convencimiento social de que la respuesta al fenómeno de la criminalidad

²¹⁰ Los estudios empíricos demuestran el grado de cumplimiento de las denominadas medidas alternativas resultan ser altamente satisfactorias, en tanto los índices de revocación que éstas registran son notablemente bajos, todo lo cual contradice la imagen según la cual tendrían un bajo nivel de cumplimiento. Fuente estadística de Gendarmería de Chile.

no es la institución carcelaria. En efecto, al indagar sobre las causas del crimen y sobre la prevención de éste ha destacado la importancia de la integración social, bajo un modelo de inclusión que permita sentirse parte de la sociedad. Muchos de los condenados no cuentan con elementos de estabilidad y la falta de ello es sin duda un elemento gatillante de los delitos. Por ello, con ocasión de la ley 20.603 tuvimos la posibilidad de emprender estrategias y programas políticos criminales que hubieren permitido dar cabida a verdaderos sustitutos penales de la privación de libertad, diseñados como penas autónomas, incluidas en el catálogo de penas. Sin embargo, nada de ello se plasmó en la nueva legislación, siendo partícipes de una reforma que potencia la criminalización, amparado en un añoso subsistema de ejecución penal que arrastra todas las consecuencias que vulneran los derechos y garantías de los sujetos sometidos a control penal.

17. Finalmente, la renovación de los sistemas penales es un imperativo de un Estado de derecho democrático, atento a las modernas tendencias, cuyo norte sea el desafío de sustituir verdaderamente las formas clásicas privativas de libertad, para que éstas realmente queden como medida excepcional de última ratio. Lo anterior, sin duda no es posible cumplir sin un proceso de despenalización de una serie de conductas delictivas de menor trascendencia social, bajo lógicas que ponen el acento en la verdadera reintegración del penado.

Bibliografía

- Aguilar Aranela, Cristian, *Penas Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad de la ley 18.216 (ley 20.603)*, Editorial Metropolitana, Santiago, 2013.
- Blanco Suarez, Javiera, “Medidas Alternativas a la Reclusión, Freno a la delincuencia”, en *Revista del Abogado*, n° 51, abril 2011.
- Baratta, Alessandro, *Criminología y sistema penal: Compilación in Memoriam*, B. de F., Buenos Aires, 2004.
- Binder Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, Ad.hoc, Buenos Aires, 2ª ed., 2004.
- Cobo del Rosal, Manuel/ Vives Anton, Tomás, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 5ª ed., 1999.
- Comité Nacional Sueco para la prevención del delito. Informe n° 5, Estocolmo, julio 1978: “Un nuevo sistema de penas. Ideas y propuestas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, fascículo I, enero-abril, 1979.
- Córdova Rodas, Juan, “La pena y sus fines en la Constitución española de 1978”, en *Revista de Sociología Jurídica*, n° 13, 1980.
- Cousiño Mac Iver, Luis, “La crisis de las penas privativas de libertad, sistemas supletorios” en *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, t. XXXVII, tercera época, 1978-1981.
- Cury Urzúa, Enrique, *Derecho Penal, Parte General*, Universidad Católica de Chile, Santiago, 9ª ed., 2009.
- De la Cuesta Arzamendi, José, “Alternativas a las penas cortas privativas de libertad en el proyecto de 1992”, en *Política Criminal y Reforma Penal. Homenaje al profesor Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, “Formas sustitutivas de las penas privativas de libertad en el Código Penal de 1995”, en Echano Basaldúa, J.I. (coord.), *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- De Sola Dueñas, Ángel/ García Arán, Mercedes/ Hormazábal Malerée, Hernán, *Alternativas a la prisión. Penas sustitutivas y sometimiento a prueba*, PPU, Barcelona, 1986.
- De Sola Dueñas, Angel, “Formas sustitutivas de la ejecución de las penas en el borrador de Anteproyecto de Código Penal de 1990”, en *Papers d’ Estudis i Formació*, Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, n° 7, diciembre 1991.
- Departamento de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, “25 años de la ley 18.216. Sistema de medidas alternativas a la reclusión en Chile”, en

Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios, Gendarmería de Chile, n° 12, Agosto 2008.

- Dünkel, Frieder, “Alternativas a la pena privativa de libertad. Problemas metodológicos de la evaluación y resultados de la investigación comparada sobre sanciones” en *Papers d’estudis i formació*, Departament de Justicia Centre d’Estudis i Formació, Generalitat de Catalunya, n° 2, julio 1987.
- Escobar Gil, Rodrigo “Medidas Sustitutivas a la pena de privación de la libertad”, en *Derecho y Humanidades*, n° 18, 2011.
- Escobar Marulanda, Gonzalo, “Los monitores electrónicos ¿Puede ser el control electrónico una alternativa a la cárcel?”, en Cid Moliné, José/ Larrauri Pijoan, Elena (coords.), *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Valladolid, 6ª ed., 2004.
- Figueroa, Jorge / Riego Ramírez, Cristian, *Proyecto de Investigación en elaboración financiado con fondos Fondecyt, sobre el tema de las medidas alternativas a la prisión de libertad*, Departamento de Investigación y Extensión Escuela de Derecho Universidad de Diego Portales, s/a.
- Fundación Jaime Guzmán, “Medidas alternativas y brazaletes electrónicos”, en *Ideas y propuestas*, Editorial JGE, Santiago, Junio de 2012.
- Giunta, Fausto, “Pene sostitutive e sistema delle sanzioni: profili ricostruttivi ed interpretativi: profili ricostruttivi ed interpretativi del capo III della legge 689 del 1981” en *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, vol. 2, 1985.
- González Berendique, Marco, “Tras una mayor eficacia de la pena: prisión y alternativas, algunos indicadores”, en *Revista de Ciencias Penales*, Instituto de Ciencias Penales, t. XXXVII, vol. I, tercera época, 1978-1981.
- Gonzalez Zorrilla, C, “Suspensión de la pena y probation”, en Cid Moliné, José/ Larrauri Pijoán, Elena, *Penas alternativas a la prisión*, Bosch, Barcelona, 1997.
- Green, D, “Public opinion versus public judgement about crime: Correcting the ‘comedy of error’”, en *British journal of criminology*, n° 46 (1), enero 2006.
- Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino, *Sistema Penitenciario y Revolución Telemática: ¿el fin de los muros en la prisión?*. Un análisis desde la perspectiva del derecho comparado, Editorial Slovento, Madrid, 2005.
- Guzmán Dalbora, José Luis, “Nuevos sustitutivos de las penas cortas de privación y de restricción de la libertad en Chile”, en *Doctrina Penal*, año 7, n° 27, 1984.
- Guzmán Dálbora, José Luis, *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, Legal Publishing, Santiago, 2008.
- Guzmán Dalbora, José Luis, “Sustitutivos a penas cortas de privación y restricción de la libertad. Una Reforma sin destino”, en *Revista del Abogado*, n° 51, año 15, abril de 2011.
- Guzmán Dalbora, José Luis, “Dos conceptos irreconciliables: peligrosidad y legalidad penal”, año 2011, disponible en plataforma electrónica:

www.Kas.de/wf/doc/kas_31766-1522-30, *Fundación Konrad-Adenauer-stiftung e. V*, Programa de estudios de Derecho para Latinoamérica.

- Horvitz Lennon, María Inés, “Las medidas alternativas a la prisión. (Algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la ley 18.216)”, en *Cuadernos de análisis jurídico*, n° 21, 1992.
- Horvitz Lennon, María Inés, “Medidas alternativas a la prisión. Su inserción en el sistema penitenciario chileno y presupuestos para su profundización en Chile”, en *Cuadernos de Análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, n° 24, 1993.
- Informe del Secretario General para el 32° periodo de sesiones de la Asamblea General de N.N.U.U. (A/32/199), sobre “Prevención del delito y lucha contra la delincuencia”
- Issa El Khoury, Henry, “Las penas alternativas. El inicio de una cultura”, en Sánchez Romero, Cecilia (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos*. Proyecto: Mejora administración de la justicia y su adaptación al sistema penitenciario, Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de la Justicia (CONAMAJ), San José, 1997
- Jiménez Allendes, María Angélica, “Sistema Penal y Medidas Alternativas”, en *Cuaderno de análisis jurídico*, Universidad Diego Portales, n° 24, 1993.
- Jiménez María Angélica, “Núcleos problemáticos de las medidas alternativas a la privación de libertad. (Referencia a países de América Latina)”, en *Cuaderno de análisis Jurídico*, Universidad Diego Portales, n° 30, 1994.
- Jiménez, María Angélica/ Medina, Paula, “Entrevista a Massimo Pavarini”, en *Nova Criminis*, n° 3, 2012.
- Juste, María Antonieta/Mertz, Catalina/ Mery Rafael, *Medidas alternativas a la reclusión. La experiencia de Chile, España, Restados Unidos e Inglaterra*, Proyecto “Sistema de ejecución de penas para Chile”, Ministerio de Justicia de Chile, Fundación Paz ciudadana, 1998.
- Larrauri Pijoan, Elena, “Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho penal español”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 44, fascículo 1, 1991.
- Larrauri, Elena “La Economía Política del Castigo” en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho Universidad de Chile, N° 11, 2009.
- Mantovani, Ferrando, *Diritto Penale. Parte Generle*, Cedam, Padova, 5ª ed., 2007.
- Malqueda Abreu, María Luisa, “Algunas consideraciones sobre la teoría y la práctica de la suspensión del fallo”, en *III Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Universidad de Granada, 1987.
- Matus Acuña, Jean Pierre, “Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad en una futura Reforma Procesal Penal Chilena”, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 2, N° 4-5, Noviembre 2003.

- Matus, Jean Pierre, *Derecho Penal, Criminología y Política Criminal en el Cambio de Siglo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.
- Matus Acuña, Jean Pierre, “Proyecto de Ley que modifica la ley n° 18.216, que reemplaza las medidas alternativas al cumplimiento de las penas privativas de libertad por ‘penas sustitutivas’ (boletín n° 5.838-07)”, en *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado de la Facultad de la Universidad de Chile, n° 1, semestre 2, año 2011.
- Mir Puig, Santiago, “Alternativas a la prisión en el borrador de anteproyecto de Código Penal de 1990”, en *Papers d’estudis i formació*, Centre d’ Estudis Jurídics i Formació Especialitzada. Generalitat de Catalunya, n° 7, diciembre 1991.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, 9ª ed., B de F, Montevideo, 2012.
- Molina Blázquez, María Concepción, *La aplicación de la pena. Estudios prácticos de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 1996.
- Nuñez Barbero, Ruperto, “Suspensión condicional de la pena y “probation”, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1970.
- Nuvolone, Pietro, “Las medidas alternativas a la pena detentiva”, en *Revista jurídica de Cataluña*, vol. 79, Número monográfico extraordinario, 1980.
- Pavarini, Massimo, “¿Menos cárcel y más medidas alternativas?”, en *Cuaderno de análisis Jurídico*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, n° 24, 1993.
- Renart García, Felipe “Aspectos conflictivos de la pena de arresto de fin de semana en la legislación española”, en *Actualidad Penal*, n°10, 1999.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel, “El derecho de ejecución de las penas y su enseñanza”, en *Revista Penal Penitenciaria*, Universidad Nacional del Litoral, n° 3-4, 1965.
- Robledo Ramírez, Jorge, *Concepto y Principios para la aplicación de los sustitutivos penales*, Edersa, Madrid, 1996.
- Roxin, Claus, *Sentido y límites de la pena estatal*, Reus, Madrid, 1976.
- Rozas Contador, Jorge, “Elementos para un cambio en el sistema organizacional en el sistema de medio libre”, en *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Gendarmería de Chile, n° 7, Noviembre 2003.
- Santos Alwins, Tamara/ Jiménez Allendes, María Angélica, “¿Qué hacer con las alternativas a la prisión?”, en *Nova Criminis*, n° 3, 2012.
- Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la pena privativa de libertad. Análisis crítico y perspectivas de futuro en las realidades española y centroamericana*, Colex, Madrid, 2000.
- Sanz Mulas, Nieves, *Sistema de Sanciones en España y Chile. Alternativas a la prisión*, Asociación de Abogados de Chile - Universidad Andrés Bello - Policía de Investigaciones de Chile, Santiago, 2008.

- Sáinz Cantero, “La Sustitución de la pena de privación de libertad”, en *Estudios Penales*, tomo II, Reforma Penitenciaria, Santiago de Compostela, 1978.
- Schöne, Wolfgang, “Derechos humanos y procedimiento penal: pautas del procedimiento penal alemán”, en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Repartición y Reconciliación, Colección de Estudios N° 1.
- Serrano Pascual, Mariano, *Las formas sustitutivas de la prisión en el Derecho Penal*”, Trivium, Madrid, 1999.
- Silva Sánchez, Jesús, Aproximación al derecho penal contemporáneo, Editorial B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2ª ed., 2010.
- Vaello Esquerdo, Esperanza, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Universidad de Alicante, Alicante, 2004.
- Von Liszt, Franz, *La idea de fin en el Derecho Penal*, Edeval, Valparaíso, 1984.
- Von Liszt, Franz, *Tratado de derecho penal*, Valleta, Buenos Aires, 2007.
- Zaffaroni, Raúl *Política Criminal Latinoamericana*, Hammurabi, Buenos Aires, 1982.
- Zaffaroni, Eugenio R. (coord.), *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*. Informe final, Programa de Investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Depalma, 1986.