

WILENMANN, Javier; MEDINA, Francisco; OLIVARES, Esteban; DEL FIERRO, Nicolás, “La determinación de la pena en la práctica judicial chilena”.
Polít. crim. Vol. 14, Nº 27 (Julio 2019), Art. 13, pp. 456-490
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/05/Vol14N27A13.pdf>]

La determinación de la pena en la práctica judicial chilena*
Sentencing in Chilean courts

Dr. Javier Wilenmann
Profesor Asociado Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez
javier.wilenmann@uai.cl

Francisco Medina
Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez
frmedina@alumnos.uai.cl

Esteban Olivares
Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez
esteban.ale.olivares@gmail.com

Nicolás del Fierro
Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez
nicolas.delfierro@gmail.com

Resumen

Haciendo uso de evidencia disponible y de datos producidos para estos efectos, el artículo presenta una reconstrucción empírica del contenido de la práctica de determinación de la pena en Chile en lo referido a la individualización de su cuantía y de la naturaleza de la pena a ejecutar, así como un análisis de las consecuencias y defectos de esa configuración. ¿Cómo individualizan los tribunales la pena en Chile? ¿En qué casos se sustituye la pena de presidio? ¿Cuándo se presentan desviaciones de ese modo de comportamiento? El artículo pretende, de este modo, dar cuenta de comportamientos judiciales altamente recurrentes en los tribunales con competencia penal en Chile, analizar el efecto que esa configuración

* El presente artículo se desarrolló bajo una estructura de división del trabajo que justifica la alteración del orden alfabético en la nominación de los autores: el diseño de la investigación, la primera redacción del artículo, la recopilación de fuentes bibliográficas y de datos contenidos en otras publicaciones, así como el análisis de los resultados fueron efectuados por el autor principal, mientras que los otros autores realizaron la revisión y sistematización de sentencias y luego, a medida que el análisis lo requería, se hicieron cargo de las distintas revisiones y re-sistematizaciones de la base de datos. Un primer borrador del artículo, referido exclusivamente a la metodología y a los resultados del estudio empírico de la determinación de la pena, fue sometido a discusión en el seminario del Centro de Estudios de la Justicia en agosto de 2017. Los autores agradecen a sus organizadores, Javier Contesse y Jonatan Valenzuela, por la invitación, y a todos los participantes por las valiosas críticas formuladas al borrador. Asimismo, el autor principal realizó una ponencia en las Jornadas Nacionales de Derecho Penal celebradas en noviembre de 2017 en Antofagasta exponiendo parte del análisis de impacto de la práctica sobre la que versa este artículo. Los autores están especialmente agradecidos con el magistrado y profesor Luis Avilés por haber proporcionado el listado de sentencias condenatorias de los tribunales orales en lo penal del año 2016 que permitió realizar el estudio empírico complementario; y con el profesor Sebastián Salinero por comentarios realizados a un borrador del artículo.

tiene tanto en el sistema de justicia penal como en el sistema carcelario, y estudiar los aciertos y defectos de esa configuración.

Palabras claves: Determinación de la pena, sustitución de la pena, sistema de justicia penal y sistema carcelario, estudios empírico-jurídicos.

Abstract

By using available and complementary data produced for this study, the paper reconstructs recurring practices of sentencing in the Chilean criminal justice system. How are concrete sentences established by Chilean courts? Under which conditions is parole granted? When do Chilean courts deviate from the more general standards of judicial behavior? The paper attempts to establish recurring behavior in Chilean criminal courts, in order to assess its effects in the criminal justice and corrections system and to evaluate the merits and shortcomings of the local reality of sentencing.

Keywords: Sentencing, parole and probation, criminal justice and corrections, empirical legal studies, impact.

Introducción

El objeto del presente artículo es estudiar el contenido e impacto de las prácticas de determinación de la pena en Chile. Las preguntas a las que el artículo intenta entregar algunas respuestas son, por ello: ¿cómo determinan la pena los jueces? ¿Qué impacto tiene dicha configuración en el sistema de justicia penal? ¿Qué problemas pueden vincularse a esa configuración?

Dado que, como veremos, el funcionamiento de los sistemas de determinación de la pena tiene una influencia directa en el ingreso a prisión, y a otros sistemas de control, y en el tiempo de duración de la estadía, su configuración impacta de modo determinante en la población carcelaria. La evidente relevancia política y social de este impacto explica así que un estudio como el que aquí se propone sea recurrente en la literatura penal comparada – el impacto social de la cárcel justifica darle la tribuna¹. Entre nosotros, sin embargo, ese no es el caso.

¹ La cuestión es especialmente intensa en los Estados Unidos, en donde el estudio y crítica de las prácticas de *sentencing* es una de las preocupaciones centrales de la academia penal a causa de su vínculo con la transformación del sistema de administración de justicia penal que ha operado desde los años setenta PFAFF, John, *The Continued Vitality of Structured Sentencing Following Blakely: The Effectiveness of Voluntary Guidelines*, Ann Arbor: UMI Dissertation Services, 2005; TONRY, Michael *Sentencing Fragments*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2016; JOHNSON, Brian, “Sentencing”, en EL MISMO (ed.), *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, New York: Oxford University Press, 2014, pp. 696–729; KLEIN, Carol, y STEIKER, Jordan, “The Search for Equality in Criminal Sentencing”, *The Supreme Court Review* 2002, pp. 223–72; LUNA, Erik, “Sentencing”, en DUBBER, M.D., y HÖRNLE, Tatjana (eds.), *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2014, pp. 964–87, pp. 965ss. En el Reino Unido tanto por influencia de la discusión norteamericana como por la existencia de un programa de investigación de *sentencing* centrado en la idea de *just deserts* que ha sido relevante a nivel internacional, el estudio del diseño e impacto de las prácticas de *sentencing* también ha adquirido relevancia fundamental. Véase a este respecto VON HIRSCH, Andrew, y ASHWORTH, Andrew, *Proportionate*

La falta de análisis institucional del sistema de determinación de la pena chilena es, en parte, una consecuencia de la fijación de la academia penal con el estudio de las reglas de determinación de la punibilidad en desmedro de las reglas de fijación de la pena². Pero esa carencia es a su vez un reflejo de una cierta falta de diversificación metodológica en el tipo de estudios que se realizan en su interior: en lo que alcanza a advertirse, prácticamente todos los estudios producidos por la academia legal chilena se centran en explorar y confrontar posibles interpretaciones de las disposiciones sobre determinación de la pena. En particular, la literatura reconoce oportunidades de toma de posición y, con ello, oportunidades de investigación allí donde hay ambigüedad formal relativa al contenido de una regla o de un sistema de reglas con relativa independencia de su impacto en la práctica. Esas son, por cierto, las reglas del juego de la dogmática; no hay nada incorrecto en proceder de este modo al realizar un estudio de esta clase. Su hegemonía implica, sin embargo, carencia de evaluaciones de la adecuación de las reglas y prácticas de determinación de la pena a la consecución de objetivos institucionales, al menos por quienes tienen conocimiento más fino de la configuración normativa del sistema. Dada la relevancia que el impacto tiene aquí, ello no puede ser sino un déficit.

El presente artículo tiene por objeto enfrentar este déficit por medio de la realización de un estudio empírico de la práctica – pretende así demostrar cuál es el contenido asentado de esa práctica – y de un análisis de sus efectos y de sus principales deficiencias. Como se trata de un tipo de estudio que no tiene demasiada extensión en la academia legal chilena, y

Sentencing, Oxford/New York: Oxford University Press, 2005; VON HIRSCH, Andrew, y ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, 2. Edición, London: Weidenfeld & Nicholson, 1995. Ilustrativamente críticos de la orientación puramente proporcionalista GARLAND, David, *The Culture of Control*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2001, pp. 8s. y LACEY, Nicola, y PICKARD, Hannah, “The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems”, *Modern Law Review* 78, no. 2 (2015), pp. 216–40. Defensas recientes frente a la polémica pueden encontrarse en ASHWORTH, Andrew, “Prisons, Proportionality and Recent Penal History,” *Modern Law Review* 80, no. 3 (2017), pp. 473–88, y VON HIRSCH, *Deserved Criminal Sentences*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017. También en la literatura continental es posible percibir fácilmente otorgamiento de relevancia a estudios de esta clase. Así, por ejemplo, dando cuenta del cambio de interés en la literatura holandesa VAN WINGERDEN, S.G.C., “Introduction,” en EL MISMO (Ed.), *Sentencing in the Netherlands*, The Hague: Eleven International Publishing, 2014, pp. 1–22. En Alemania, si bien sigue existiendo una fijación natural en aspectos dogmáticos de la investigación sobre determinación de la pena, la cuestión ha conocido un aumento central de relevancia desde los años 70, asumiendo además un enfoque de confrontación en el rendimiento institucional (ie: con orientación al menos parcialmente consecuencialista y tomando en cuenta aspectos administrativos) de las distintas alternativas. Véase a este respecto FRISCH, Wolfgang, “Straftatsystem und Strafzumessung”, en WOLTER, Jürgen (Ed.), *140 Jahre Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: R.v.Decker’s Verlag, G. Schenck, 1993, pp. 1–38; EL MISMO, “Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung” en EL MISMO (ed.), *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 3–26; y HÖRNLE, Tatjana, “Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience”, *Law and Contemporary Problems* 76, no. 1 (2013), pp. 189–210.

² Así también OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Algunos problemas de aplicación de las reglas de determinación legal de la pena”, *Política Criminal* 11 (2016), pp. 766-93, p. 766; VAN WEEZEL, Alex, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición de la pena”, *Revista Chilena de Derecho* 24, no. 3 (1997), pp. 459-502, p. 460; RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011), pp. 397-428, pp. 398s.

como el artículo se propone tanto contribuir a determinar el contenido de la práctica como analizar sus consecuencias y defectos, el cuerpo del artículo tiene una estructura más bien compleja.

Así, en primer lugar, con el objeto de situar el trabajo, la sección 2 explica brevemente el objeto de análisis y el tipo de estudio que se pretende llevar a cabo. Las secciones 3 y 4, en cambio, cumplen la función de establecer el contenido de la práctica judicial de determinación de la pena en Chile. En particular, la sección 3 presenta los datos que se encuentran disponibles en otros estudios, dando cuenta de las limitaciones de esa misma información para el tipo de análisis que pretendemos llevar a cabo. Con el objeto de producir información necesaria para un análisis completo, la sección 4 presenta un estudio empírico complementario. La sección 5, en cambio, concentra el análisis de esa configuración. En ella se analiza la adecuación de la configuración chilena a la consecución de objetivos vinculados a un sistema de determinación de la pena, incluyendo su impacto en el sistema carcelario, para finalmente dar cuenta de configuraciones alternativas internas al propio sistema que permitirían superar algunos de sus defectos.

1. El estudio de la determinación de la pena

La investigación presentada en este artículo se refiere a un conjunto de prácticas definidas institucionalmente, esto es, se refiere al modo en que ciertas reglas son aplicadas frecuentemente por los jueces. Como se trata, de este modo, de una reconstrucción de la aplicación de un conjunto de reglas en principio determinables en su extensión, la determinación del objeto de la investigación puede ser hecha por referencia a las reglas mismas.

En lo que nos interesa, esas reglas son designadas por medio del concepto de “determinación de la pena”. Lo que nos interesa, en ese sentido, es estudiar el modo en que las “reglas de determinación de la pena” son aplicadas por los jueces. Establecer, sin embargo, de qué reglas (o clases de reglas) se trata al estudiar estas prácticas, no es obvio porque el concepto mismo – “determinación de la pena” – se ve afectado por ambigüedades cuya solución depende de las pretensiones del estudio que se emprenda.

En efecto, si se define al conjunto de las reglas que nos interesan por referencia a su efecto (“incidir sobre una pena que deba ejecutarse”), entonces el concepto – y por extensión el objeto de estudio – alcanza una extensión que puede ser absurda. Así, si por “reglas de determinación de la pena” debe entenderse al conjunto de las normas que tienen influencia en la fijación de la naturaleza y cuantía de la pena efectivamente ejecutada sobre un condenado, entonces ello incluye no solo a reglas típicamente asociadas a este concepto (atenuantes y agravantes, concursos, individualización etc.), sino indudablemente también a las reglas de la Parte Especial que establecen el marco penal *prima facie* aplicable a un delito y a las reglas de la Parte General que tienen influencia en hacer variar ese marco. Precisamente a causa de ello, el concepto de determinación de la pena con el que opera la dogmática no puede ser fijado por consideración absoluta de efectos: el propósito de disección interpretativa se vería traicionado.

Para nuestros efectos, la no utilización de un concepto con este grado de extensión ciertamente no es igual de obvia que en el caso de la dogmática. Por una parte, buena parte de las decisiones legislativas con incidencia en la distribución de penas se expresan en el nivel de regulación de los tipos, con lo que la crítica política al output de la determinación de la pena está ciertamente vinculada a esas decisiones. Pero incluso si uno se centra en el nivel de la aplicación puede ser que, en la práctica, la toma de decisiones referidas a la determinación del injusto se vea *motivada* por consideraciones penológicas. Ejemplo: en un caso determinado y frente a dos reconstrucciones más o menos plausibles de los hechos, la circunstancia de que una de esas reconstrucciones lleve a una pena intuitivamente considerada excesiva o deficitaria por el juez puede motivarlo a dar por probada la configuración alternativa.

Pese a lo anterior, configurar el estudio de la práctica judicial incluyendo conductas de determinación del título de punibilidad orientadas a obtener resultados penológicos determinados implicaría asumir un costo importante para un estudio como el nuestro. Dada la mayor opacidad de razonamientos de esta clase -¿cómo establecer cuando un juez da por configurada una reconstrucción de los hechos *para* evitar la aplicación de un marco determinado?-, su influencia en un estudio empírico cuantitativo sería, ante todo, distorsionante.

A causa de lo anterior, el estudio de las prácticas de determinación de la pena debe asumir una definición que la distingue de los razonamientos relativos al establecimiento de los títulos de punibilidad. Esa definición es algo más extensa que aquella típicamente sostenida por la dogmática.³ Si de lo que se trata es de la evaluación de las prácticas de razonamiento y decisión judicial en la distribución de penas reales y en su impacto en el sistema carcelario, entonces tienen incidencia no solo aquellas reglas tradicionalmente tratadas por la dogmática como de “determinación de la pena” (párrafo 4 del Título III del Libro I CP), sino que también (probablemente: ante todo) las reglas sobre determinación de la pena

³ Véase al respecto COUSO, Jaime, “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, en EL MISMO y HERNÁNDEZ (Eds.), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 510-524, pp. 511s. En particular, es usual entre nosotros que se delimite entre determinación de la pena y título de punibilidad siguiendo la lógica que se encuentra detrás de la agrupación en el § 4 del Título III CP, incluyendo de este modo a las reglas sobre variación del marco por aplicación de las reglas de intervención múltiple e *iter criminis* (arts. 50 a 61 CP), reglas de influencia de la presencia de atenuantes y agravantes (arts. 62 a 68 CP, art. 73 CP) y reglas de individualización de la pena (arts. 69 y 70 CP), pero excluyendo tanto las reglas sobre concursos como, en lo que nos interesa a nosotros, las reglas de determinación de la pena a ser ejecutada contenidas en lo esencial en la ley 18.216. Así, por ejemplo, POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre, y RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, 2. Edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2003, pp. 493ss., 543ss.; OLIVER CALDERÓN, “Algunos problemas de aplicación de las reglas de determinación legal de la pena”, cit. nota n° 2, pp. 767s.; VAN WEEZEL, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición de la pena”, cit. nota n° 2, pp. 459s.; COUSO, “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, pp. 511s.; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte General. Tomo II*, 3. Edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1997, pp. 200ss. En contra, en lo referido a reglas de sustitución, ya a nivel dogmático MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal?”, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, Informes en Derecho, 2009, pp. 41-67; y COUSO “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, p. 524.

concreta a ser realmente ejecutada: ellas contienen las decisiones más relevantes del sistema en materia de distribución de penas privativas de libertad y la evaluación del modo en que esas reglas son aplicadas en la práctica judicial es, por ello, central a un estudio como el nuestro.

El pequeño análisis anterior sugiere, por ello, seguir parte de las decisiones conceptuales de la dogmática y alejarse en parte de ellas al intentar estudiar las prácticas que nos interesan. Para estos efectos, se entiende por “determinación de la pena” algo similar a lo que en inglés se designa con el concepto de *sentencing*, esto es, el conjunto de actos institucionales que realizados al momento de la sentencia y asumiendo un título de punibilidad anteriormente establecido, determinan la naturaleza y extensión de la pena que *en realidad* va a soportar el condenado. En un sistema parcialmente formalizado como el chileno⁴, ello incluye a la aplicación de las reglas de especificación del marco penal contenidas en los artículos 50 y siguientes, a las reglas mismas que definen atenuantes y agravantes (arts. 11 a 13 y 73 CP), y a las reglas de determinación de la pena nominal precisa a ser impuesta, así como obviamente a todas las decisiones sobre aplicación de penas sustitutivas. Las reglas en cuestión tienen unidad de propósitos y son aplicadas en un mismo momento procedimental. Por la mayor complejidad y doble influencia – sobre el título de punibilidad y sobre la pena – que tienen las reglas de concursos, su aplicación no es, en cambio, objeto de estudio aquí.

2. Información existente sobre el contenido de la práctica en Chile y déficits de información

2.1 Los estudios y sus resultados

En lo que alcanzamos a advertir, en Chile se han hecho dos estudios cuantitativos anteriores que atañen a la práctica de determinación de la pena. Sus resultados son, como veremos, elocuentes en dar cuenta de la existencia de una verdadera práctica convergente en lo referido al punto de individualización de la pena en el mínimo procedente en un marco, pese a que no se orientan específicamente a establecer en qué casos los jueces tienden a desviarse de esta verdadera convención. La información que entregan es así crucial para analizar el contenido de la práctica de determinación de la pena en Chile en su tendencia a la individualización de la pena, pero insuficiente para hacer un análisis algo más preciso.

El primero de estos estudios, publicado el año 2001 por Fundación Paz Ciudadana, fue elaborado por Paula Hurtado y Francisca Jünemann. En él, se estudió un total de “2990 condenas” aleatoriamente representativo del total de las sentencias condenatorias dictadas el año 1997 en ciertas zonas geográficas (Valparaíso, Concepción y la Región Metropolitana, además de Arica e Iquique en lo referido a delitos de drogas) y solo por los delitos de hurto, robo, lesiones, tráfico y consumo de drogas, homicidio, abusos deshonestos (hoy: abusos sexuales) y violación⁵.

⁴ COUSO, “Comentario previo a los arts. 50 a 69 y 76 a 78. El Sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, cit. nota n° 3, p. 511; POLITOFF, MATUS y RAMÍREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, cit. nota n° 3, pp. 495ss.

⁵ HURTADO, Paula; y JÜNEMANN, Francisca, “Estudio empírico de penas en Chile” (Santiago, 2001), disponible en http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2002-05-17_Estudio-empA-rico-de-

Tratándose de un estudio realizado por una organización enfocada en temas de seguridad pública y, hasta ese momento, con una tendencia más bien conservadora, el estudio se fijaba ante todo en la desviación respecto a las expectativas nominales establecidas por el sistema penal. Esto es obvio en aquello que se refiere a la cuantificación de la tendencia de los tribunales a fijar la pena sobre, bajo o dentro del marco legal que pretendía hacer el estudio. Dada la clara preponderancia en el reconocimiento de atenuantes respecto de las agravantes y, en particular, en el establecimiento de “irreprochable conducta anterior”⁶, el estudio estableció una mayor tendencia a fijar la pena bajo el marco (dependiendo del tipo de delito, hasta en un 60% de los casos) y una baja tendencia a fijarla sobre el marco (en general alrededor del 2-3%). Dado que los criterios utilizados para “salirse” del marco son múltiples y de distinta naturaleza (modo de realización del delito, atenuantes), la información así agregada no tiene demasiado interés.

Pese a lo anterior, el estudio sí estableció información relevante para nuestros efectos. En particular, al estudiar las tendencias en la individualización de la pena dentro del marco, Hurtado y Jünemann concluyeron que los tribunales habrían procedido individualizando la pena en el mínimo absoluto dentro del marco en entre un 75 y 90% de los casos (excluyendo casos de abusos sexuales)⁷. Asimismo, el estudio estableció una presencia relevante de sustituciones de penas privativas de libertad, ascendente a alrededor de la mitad del total de las condenas⁸.

La segunda fuente de información corresponde a una base de datos creada por el Ministerio de Justicia como insumo a ser utilizado por la comisión para la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal nombrada por el Presidente Piñera el año 2013. El autor principal tuvo acceso a estos datos pese a que, en lo que sabemos, no han sido publicados. La base de datos en cuestión contiene información sobre la pena aplicada en el período 2006-2012 a alrededor de 200 mil casos, desagregando información por tipo de delito. En todos los casos, se ingresó la información sobre (i) la pena nominal por la que se condenó, estableciendo un solo grado por cada condena, (ii) la pena individualizada en número de días, y (iii) se etiquetó por comparación de ambas cuestiones si la pena individualizada correspondía al “mínimo”, “máximo”, o ella se ubicaba “en el rango”⁹. Ejemplo: si la condena nominal por un homicidio simple era presidio mayor en su grado medio, la pena impuesta corresponde al mínimo si es de 10 años y un día, al máximo si es de 15 años y se encuentra en el rango si se encuentra entre ambos puntos.

[penas-en-Chile.pdf](#), p. 50. En el caso de los delitos de homicidio, abusos deshonestos y violación, se incluyeron además las sentencias de los años 1998 y 1999 a causa del bajo control de distorsiones por número que podía hacerse con el total de sentencias condenatorias dictadas por esos delitos solo considerando el año 1997.

⁶ HURTADO y JÜNEMANN, “Estudio empírico de penas en Chile”, cit. nota n° 5, pp. 23s.

⁷ HURTADO y JÜNEMANN, “Estudio empírico de penas en Chile”, cit. nota n° 5, p. 16.

⁸ HURTADO y JÜNEMANN, “Estudio empírico de penas en Chile”, cit. nota n° 5, p. 32.

⁹ Este modo de proceder deja ciertamente dudas respecto a la precisión de los datos, ya que en nuestro sistema jurídico la pena nominal precedente antes de la individualización puede consistir en varios grados (“presidio mayor en su grado mínimo a medio”) – algo que simplemente no puede ser expresado bajo esta metodología. Pero el impacto de esa omisión debiera ser marginal, a causa de la magnitud del número de casos considerados.

De acuerdo a la información total de los casos en cuestión, en un 51,94 % de las condenas, la pena fue determinada en el mínimo absoluto que procedía respecto de la clase de delitos en cuestión, en el 43,79% dentro del marco excluyendo el mínimo y máximo absoluto, y en el 4,23% restante en el máximo absoluto. La tendencia a la fijación en el punto mínimo parece ser sustancialmente menor que aquella detectada por Hurtado y Jünemann y haber con ello discordancia. Esa apariencia es, sin embargo, engañosa: ella se explica fácilmente por la inclusión de toda clase de condenas en la base de datos del Ministerio de Justicia. Si uno mira, en cambio, solo las condenas relativas a delitos con pena nominal elevada, los resultados son más bien similares a los de Hurtado y Jünemann.

Esto puede apreciarse fácilmente observando la Tabla 1, la que reúne la información de determinación de la pena relativa a las condenas entre presidio menor en su grado medio y presidio mayor en su grado máximo.

Tabla 1. Distribución en determinación de la pena en condenas entre presidio menor en su grado medio y presidio mayor en su grado máximo
Elaboración propia a partir de datos del Ministerio de Justicia

Presidio	Número de casos	Rango en días equivalentes	Porcentaje de determinación en el mínimo	Promedio de la condena en días equivalentes
Menor medio	26097	541-1095	73,5%	637 (15% del rango)
Menor máximo	13382	1096-1825	70%	1244 (20% del rango)
Mayor mínimo	9875	1826-3650	70,34%	2049 (12,2% del rango)
Mayor medio	2585	3651-5475	77,37%	3865 (9,5% del rango)
Mayor máximo	529	5476-7300	61,44%	5980 (27,6% del rango)
Total	52468	-	72,7 %	-

Como puede apreciarse, la consideración más de cerca de los datos del Ministerio de Justicia permite verificar continuidad con las tendencias establecidas por Hurtado y Jünemann: la pena es fijada en una muy alta proporción en el mínimo procedente dentro de un marco (72,7%) y ello impacta en que el promedio de las condenas se acerque al mínimo.

La Tabla 1 expresa buena parte de la información que puede ser extraída de la base de datos del Ministerio de Justicia en aquello que nos interesa. El único aspecto adicional relevante se refiere a las conductas en la fijación de la pena cuando los jueces no fijan la pena en el mínimo del rango. Contra lo que podría esperarse, en casos de esa clase no se aprecia una tendencia especialmente intensa a acercarse hacia el mínimo. Los jueces más bien saltan entre puntos con valor simbólico (típicamente: años convertidos en días equivalentes) en la individualización de la pena con solo una baja concentración en los más bajos de esos puntos simbólicos.

Por ejemplo: en el total de las condenas a presidio mayor en su grado mínimo, el promedio de las determinaciones de la pena no fijadas en el mínimo es de aproximadamente 2579 días equivalentes, esto es, en el 41 % del rango de penas que van entre la mínima (1826 días equivalentes) y la máxima (3650 días equivalentes). En esto ciertamente hay una desviación estadísticamente relevante respecto al promedio absoluto al que debieran tender, pero esa variación es menor.

Pese a las diferencias metodológicas existentes entre ambos estudios,¹⁰ ellos reflejan con claridad que, pese al paso del tiempo y al cambio de sistema procesal que medió entre ambos, en los períodos cubiertos existía una práctica de fijación de la pena en el punto mínimo con baja desviación en lo referido a delitos de mediana y alta gravedad.

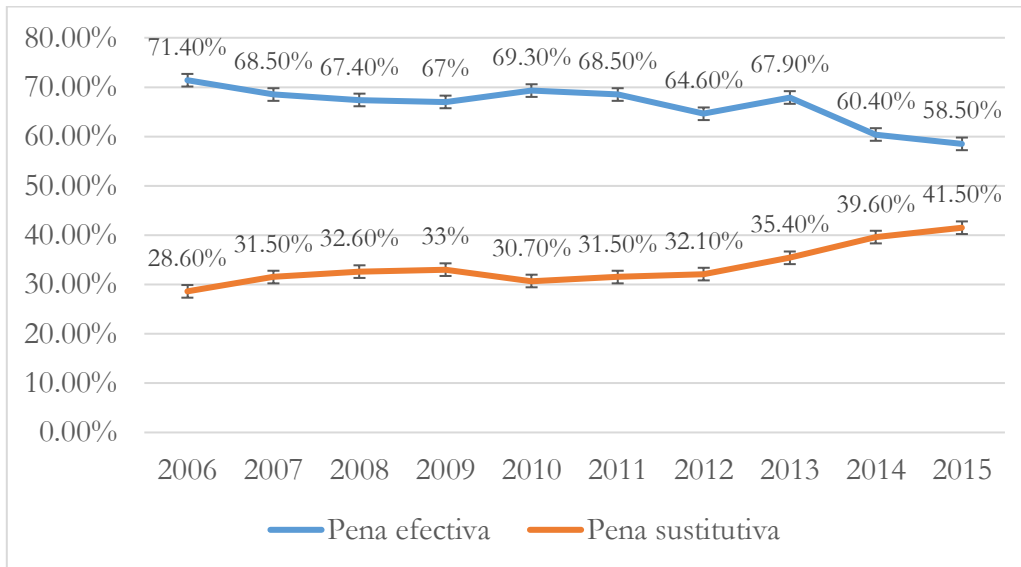
2.2 Defectos de información en el establecimiento del contenido de la práctica de determinación de la pena

En la pretensión de tener una imagen algo más fidedigna respecto al modo en que los tribunales penales determinan hoy la pena, los dos estudios antes descritos presentan, sin embargo, tres limitaciones importantes.

i) La primera limitación viene dada, obviamente, por su falta de actualidad. El estudio de Fundación Paz Ciudadana se realizó antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal. Ambos estudios tuvieron lugar, además, antes de la modificación general de la Ley 18.216 sobre sustitución de las penas a través de la Ley 20.603 del año 2012. Es, sin embargo, estadísticamente claro que ambas reformas – en una relación que no es relevante esclarecer aquí – incidieron en la producción de un cambio de conducta en aquello que se refiere a la sustitución. El siguiente gráfico muestra inmediatamente la alteración en la conducta de sustitución que se ha producido desde el año 2006.

¹⁰ En particular, la información entregada por ambos estudios no es plenamente comparable. Ello no solo es así por las dudas en el modo de elaboración de los datos por parte del Ministerio de Justicia en la construcción de los “marcos”. Ante todo, la unidad utilizada por ambos estudios para referirse al mínimo de la pena es distinta. Así, mientras en el caso del estudio de Paz Ciudadana, el “marco” considerado para determinar si se había individualizado en el mínimo era aquél fijado en la Parte Especial respecto de la clase de delito en cuestión – precisamente porque no se trata de un estudio sobre una práctica de razonamiento determinada, sino sobre desviaciones frente a las expectativas nominales del sistema –, en el caso del estudio del Ministerio de Justicia, el tipo de metodología de ingreso de información utilizada presupone que el marco al que hace referencia ya se encuentre especificado por aplicación de las reglas sobre modo de realización del delito y por aplicación de atenuantes y agravantes – algo mucho más adecuado al estudio de las prácticas de individualización de las penas.

Gráfico 1: evolución de la relación anual entre penas sustitutivas y efectivas en Chile
Fuente Centro de Políticas Públicas UC 2017¹¹



Los datos presentados aquí¹² dan cuenta de un cambio sustancial en la tendencia a sustituir la pena de presidio: en algo menos de 10 años se ha pasado de una distribución superior al 70-30% en favor de la ejecución efectiva de la pena hacia una relación inferior al 60-40%. Ese cambio no puede estar reflejado en la información contenida en los dos estudios referidos.

ii) La segunda limitación dice relación con la falta de orientación de ambos estudios a entender más precisamente la conformación de la práctica de determinación de la pena. Así, si bien los autores de ambos estudios pudieron advertir de inmediato la relevancia de la conducta de fijar la pena en el mínimo del marco, ninguno de los dos tuvo por objeto analizar los factores que explicaban la desviación frente a esa práctica. En el caso del estudio de Paz Ciudadana, la selección del marco de la Parte Especial como unidad de análisis hace que no haya contabilización de la proporción de casos totales en los que la pena se individualizaba en el punto mínimo del marco judicialmente determinado – con eso, la conformación precisa de la práctica no importaba del todo. En el caso del estudio del Ministerio de Justicia, si bien la selección de la pena nominal justo antes de la

¹¹ Véase CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC, “Sistema carcelario en Chile: Propuestas para avanzar a una mayor efectividad y reinserción,” 2017, disponible en <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Artículo-Sistema-carcelario-en-Chile.pdf>, p. 6.

¹² Por cierto, la información que entrega el estudio aquí referido no es completamente clara. En particular, no hay indicación del modo en que se contabiliza la distribución del total de condenas entre penas efectivas y sustitutivas (¿solo al momento de la dictación de la condena? ¿Solo considerando penas de presidio?). Como información de tendencia ella tiene, sin embargo, suficiente claridad para ser utilizada.

individualización como unidad de análisis evita ese problema, ella hace que no haya ninguna consideración del impacto que atenuantes y agravantes tienen en el modo de razonamiento de los jueces. Más allá de esto, en ninguno de los estudios descritos se pretende entregar información desagregada sobre las características particulares de los procesos en los que hay desviación de la práctica en cuestión.

iii) Finalmente – y esto es lo más relevante – ninguno de los dos estudios se propone realmente *analizar el impacto* de las prácticas de determinación de la pena. Esto es obvio en el caso del estudio del Ministerio de Justicia, el que no analiza del todo las decisiones de sustitución de la pena privativa de libertad – la cuestión central en el análisis de impacto de un sistema de *sentencing*. Pero también la falta de inclusión de información más detallada sobre sustitución (en ese entonces: otorgamiento de beneficios) de la pena de presidio puede ser observada en el estudio de Fundación Paz Ciudadana.

En principio, ambos estudios permiten así establecer empíricamente con relativa precisión algo que la experiencia personal de todo abogado penalista en general indica, a saber, que los jueces tienden a fijar la pena en el punto mínimo del marco. Pero para saber en qué condiciones hay convergencia sobre ello, en qué condiciones hay comportamiento divergente – y qué tiende a explicarlo –, y sobre todo para saber en qué medida hay comportamiento convergente o divergente en la sustitución de la pena, hay un importante déficit de información.

3. Un estudio empírico complementario

3.1 Diseño y objetivos¹³

Los defectos de información en cuestión que pueden apreciarse pretendieron ser atacados por medio de la realización de un estudio empírico complementario. El estudio se diseñó de modo tal de analizar dos clases de prácticas que en todo sistema de *sentencing* pueden tener un impacto central en el sistema carcelario: la práctica de individualización nominal de la pena y la práctica de determinación de la pena a ser soportada en definitiva por el condenado. Aunque la información disponible permite sospechar que existe una (i) amplia tendencia a individualizar en el punto mínimo y (ii) a sustituir penas de duración inferior a 5 años y un día de no reincidentes, no hay estudios sobre condiciones de desviación de ella. Esa información es, sin embargo, relevante para poder evaluar la práctica chilena.

Por ello, en el caso de (i) la individualización de la pena, la investigación se orientó a verificar en qué medida los tribunales continúan individualizando la pena precisa en el mínimo del marco, incluyendo además aquí una categoría de individualización de la pena en el “mínimum” – en la parte inferior del marco – para obtener información algo más detallada sobre sus comportamientos. Sobre la base de esta información, se pretendía asimismo obtener información desagregada sobre las condiciones en que se produce desviación de esa práctica.

¹³ Esta sección solo presenta de modo muy general el diseño y la metodología del análisis. Información más precisa puede ser encontrada en el Anexo Metodológico.

El estudio fue, asimismo, diseñado para (ii) analizar las prácticas de sustitución de una pena nominal de presidio por penas que no impliquen privación de libertad permanente. En particular, la investigación fue diseñada de modo tal de verificar en qué medida los tribunales sustituyen la pena de presidio cuando concurre aquello que denominaremos “condiciones formales” de la sustitución en la legislación chilena. Esas condiciones formales se reducen, en general, a que no haya reincidencia del condenado y que la cuantía de la pena sea inferior a 5 años y un día. Dado que la ley 18.216 modificada por la ley 20.603 también incluye requisitos “no formales” para otorgar una sustitución – relacionados en general con pronósticos de buen comportamiento o de adecuación de la sustitución (arts. 4 letras c) y d); 7 letra c); 15 inciso segundo número 2 ley 18.216) –, el puro cumplimiento de los requisitos formales no implica necesidad formal de sustituir la pena por parte de los jueces. Pero la existencia de una tendencia a otorgar la sustitución solo en base a cumplimiento de las condiciones formales constituye una representación extendida entre los actores del sistema de justicia penal, cuya verificación y cuantificación empírica ciertamente es crucial para nuestros efectos.

Asimismo, el estudio complementario pretendía verificar si las decisiones de los tribunales, en ambos aspectos, se encuentran sujetas a control argumentativo. Para una práctica de esta clase, ello es central: no solo forma parte del deber general de justificar las decisiones judiciales, sino que las desviaciones de una convención general aparecen arbitrarias cuando no están fundamentadas. Pese a su relevancia, no conocemos de estudios empíricos que hayan estudiado la tendencia, o ausencia de ella, a justificar la determinación de la pena en Chile. Por ello, se estudió también si los tribunales argumentaban del todo al determinar la pena, utilizando un criterio generoso de reconocimiento de “argumentación”: simple verificación de algún pasaje de justificación de la decisión de determinación.

Por último, dada la relevancia del marco en la determinación de si proceden, o no, penas sustitutivas y dado que en el sistema chileno la verificación de atenuantes y agravantes permite incidir en el marco de penalidad, la investigación se refirió también a la recurrencia en el reconocimiento de unas y otras.

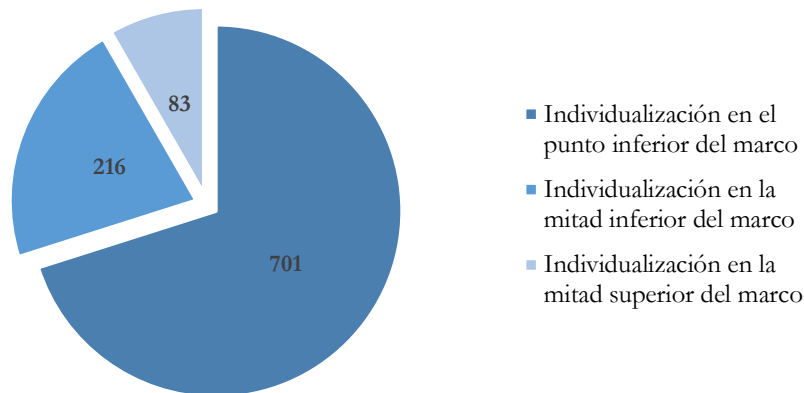
Los resultados que se describen en la próxima sub-sección reproducen la información obtenida por medio de este estudio. En particular, los resultados cuantifican las prácticas de individualización y sustitución de la pena verificables en 1000 sentencias condenatorias dictadas por TOPs en capitales de provincias durante el 2016. El modo preciso de su producción es explicado con mayor detalle en el Anexo Metodológico.

3.2 Resultados

a) Individualización de la pena

El estudio permitió verificar, en primer lugar, la tendencia general de los tribunales chilenos a fijar la pena en el punto más bajo dentro del marco. Ello se encuentra reflejado en el Gráfico 2.

Gráfico 2: Individualización de la pena



De acuerdo a estos datos, en alrededor de un 70% de los casos revisados, la pena fue fijada en el punto mínimo formalmente procedente, y en alrededor de un 92% de los casos dentro de la mitad inferior del marco. Esto es concordante con los resultados de los estudios anterior a los que hicimos referencia y muestra la permanencia en el tiempo de este aspecto de la cultura judicial.

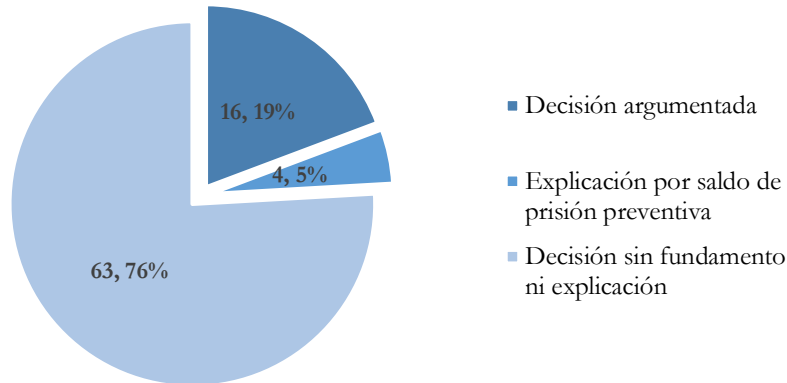
Por cierto, aunque menor, la desviación cuantitativamente aguda – paso del mínimo a una condena en el rango del máximo – de la práctica en algo así como un 8% de los casos sigue siendo significativa y necesitada de explicación y justificación. Mirada en términos desagregados, hay tres clases de situaciones que deben ser valoradas de modo distinto al analizar estas desviaciones agudas: (i) que la decisión se encuentre al menos en apariencia fundamentada; (ii) que la decisión tenga una explicación comprensible por necesidad institucional, aunque sea deficiente en su fundamentación; y (iii) que la desviación no tenga ni apariencia de estar fundada ni explicación plausible (arbitrariedad).

Las tres situaciones pueden ser operacionalizadas para su cuantificación distinguiendo (i) casos de desviación en los que la decisión de individualización pretende ser sustentada en base a argumentos – fundamentación¹⁴; (ii) casos en que la desviación se explica por la

¹⁴ Como hemos señalado, el criterio de codificación de un caso como “argumentado” en lo que dice relación con la individualización de la pena fue generoso: no se trata de evaluar la plausibilidad de los argumentos, sino simplemente su presencia. Para graficar el punto, aquí se presentan algunos ejemplos de argumentos utilizados para justificar la individualización de la pena: (1) sentencia de 5 de octubre de 2016 del 3° TOP de Santiago en causa RUC 1501092567-0 (robo con intimidación), considerando décimo cuarto: mayor

necesidad de saldar el tiempo en que el imputado pasó privado de libertad; y (iii) casos en que no hay ni fundamentación ni una explicación de esa clase. Desagregado de ese modo, el total de 83 casos en que hay desviación puede ser dividido del modo en que muestra el Gráfico 3.

Gráfico 3: Desviaciones de la práctica de individualizar la pena en el punto mínimo



Como puede verse, la desagregación refleja una incapacidad general de los tribunales para dar cuenta de las desviaciones de la práctica que ha sido definida como común: 76% de los casos son decisiones arbitrarias, ya que no hay ni fundamentación de la decisión de individualización ni necesidad institucional de individualizar en ese punto.

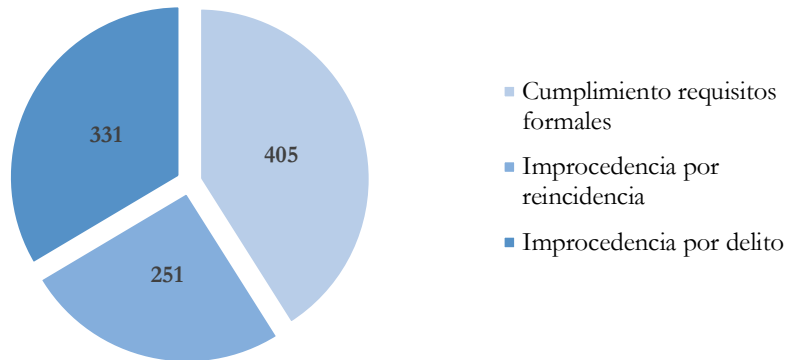
b) Determinación de la pena a ser ejecutada

En materia de prácticas de selección de la pena precisa a ser aplicada, los resultados son especialmente elocuentes. Para valorarlo, es importante tener en primer lugar en cuenta el número de casos revisados en que había alguna decisión de imposición (aunque fuera nominal) de pena privativa de libertad. No entran así dentro del universo total de casos relevantes las condenas a una pura pena de multa. Como se trataba aquí de sentencias en juicios orales y en Chile la multa penal no es una sanción pensada para casos de alta relevancia, el número es ciertamente muy bajo: 13 casos.

extensión del mal causado ya que el autor huyó en el vehículo robado con un niño de 4 años en el asiento de atrás y no respetando las luces rojas; (2) sentencia de 25 de octubre de 2016 del 6° TOP de Santiago, causa RUC 1500613068-K (receptación de vehículos motorizados, considerando décimo quinto letra b): mayor extensión del mal causado por afectación de varios vehículos (con citas doctrinales para justificar la concesión de ese valor); (3) sentencia del 7 de octubre de 2016 del 7° TOP de Santiago, causa RUC 1500672440-7 (violación de morada), considerando duodécimo: utilización de una artimaña para perpetrar el delito al simular una situación de necesidad; (4) sentencia de 14 de junio de 2016 del TOP de Puerto Montt, causa RUC 1401040694-4 (homicidio simple), considerando vigésimo tercero: individualización en el punto más alto del marco (15 años) por el daño que supone en sí el homicidio para la víctima y los familiares; (5) sentencia de 28 de octubre de 2016 del TOP Arica, causa RUC 1300809920-5, (cuasidelito de homicidio), considerando décimo cuarto: individualización de la pena en el punto máximo por el carácter irreparable de la pérdida de la vida. Como se puede ver, concurren algunos casos de justificaciones plausibles (1 y 2) y otros derechamente incorrectos (4 y 5).

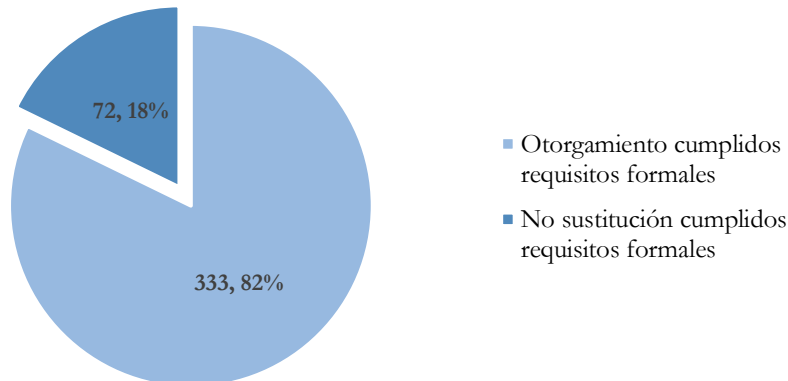
Dentro del universo total de casos en que hay condenas a penas privativas de libertad (987), la distribución de casos en que procedía sustitución en base a los requisitos formales y de casos en que no procedía por consideraciones formales relativas al delito (cuantía superior a aquella fijada en la ley de penas sustitutivas o exclusión ad hoc de ciertas clases de delitos) o por consideraciones formales relativas al autor (reincidencia) sigue la distribución establecida en el Gráfico 4.

Gráfico 4: Procedencia formal sustitución



Como puede verse, en 405 casos (alrededor del 41%) se planteaba del todo al tribunal la pregunta por la pena que debe ser ejecutada; en los demás casos simplemente no podía sustituir. Ello solo reproduce información relativa a la frecuencia de presentación de ciertas clases de casos, pero todavía no nos dice nada sobre el comportamiento de los tribunales frente a esos escenarios. Esa información es, en cambio, entregada por el Gráfico 5, el que distingue de modo en principio sencillo entre casos en que cumpliéndose los requisitos de la sustitución formal ella fue concedida y casos en que el tribunal se desvió de la práctica.

Gráfico 5: Comportamiento en materia de sustitución

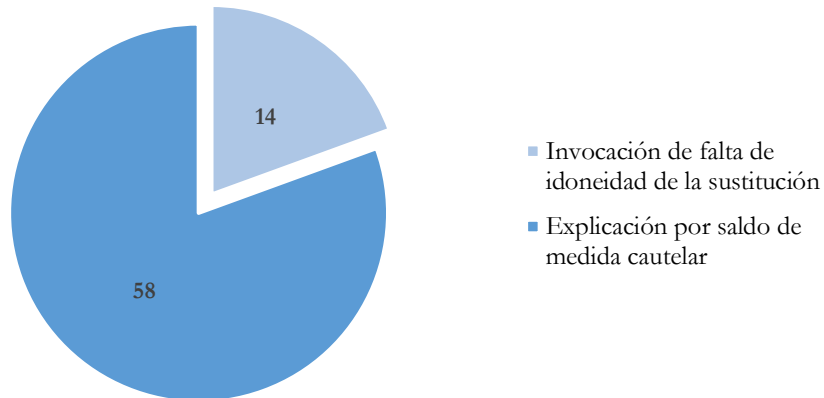


Como puede verse, los tribunales muestran alta disciplina en mantener la práctica de sustituir allí donde es formalmente procedente: en alrededor un 82% de los casos ello tuvo lugar.

Todavía más: si uno desagrega los datos referidos a la desviación de la práctica, puede verse que la disciplina a este respecto es mucho más alta de lo que parece. El Gráfico 6

refleja esta información: en 59 casos de un total de 72, la razón por la que no se concedió la sustitución era por falta de necesidad. El imputado ya había cumplido con la pena nominal por haber estado privado o restringido de libertad por una medida cautelar. En esa clase de casos, sustituir es innecesario y, en cambio, condenar a pena efectiva permite “explicar retroactivamente” el tiempo de privación o restricción de libertad como cumplimiento de la pena de prisión.

Gráfico 6: Desviación de la práctica de conceder sustitución



En los hechos ello implica que solo en 14 casos de un total de 405, esto es, alrededor del 3% de los casos relevantes, hay desviación buscada de la práctica de sustituir. La desviación intencional es extraordinariamente marginal.

Por supuesto, al igual que en la desviación de la práctica de individualizar en el mínimo, la generación de excepciones no es bien manejada por los tribunales. Si uno mira el pequeño universo de casos relevantes aquí (14), en ellos se advierte dispersión de motivos y precariedad argumentativa e institucional. Así, en ellos se argumenta, de algún modo, que la pena sustitutiva no es idónea para cumplir con sus fines por consideración al condenado. Como por hipótesis no se trata de reincidentes, la apreciación requiere de fundamentación diferenciada en antecedentes que no son formales y que permitan realizar un pronóstico de riesgo. En general, el procesamiento de esa información debiera ser realizado por especialistas que cuenten además con más información que el juez; ese es el objeto de los informes técnicos¹⁵. Sin embargo, solo en uno de los casos hay del todo presencia de un

¹⁵ Una pregunta distinta es, por cierto, qué tan probable y confiable es que se cuente con información suficiente para realizar un pronóstico *al momento del juicio* y así justificar la decisión de sustituir o no la prisión (*probation*), por oposición a la información disponible *ya en la ejecución de la pena* para justificar decisiones de prolongamiento o interrupción de la privación de libertad (*parole*). Es obvio que la *parole* es, en ese sentido, en abstracto una mejor institución en su capacidad de ser justificada en base a pronósticos. Así, por ejemplo, FRISCH, Wolfgang, *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, Heidelberg/Hamburg: R.v.Decker's Verlag, G. Schenck, 1983, pp. 23ss; 50ss.; EL MISMO, “Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung”, cit. nota n° 1, pp. 7ss.; HÖRNLE, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1999, pp. 85ss.; HART-HÖNIG, Kai, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992, pp. 52ss. Pero aquí no se trata por una pregunta de diseño institucional, sino de funcionamiento institucional. Desde el momento en que el sistema chileno de la Ley 18.216 exige positivamente la realización de pronósticos, la argumentación debe basarse en

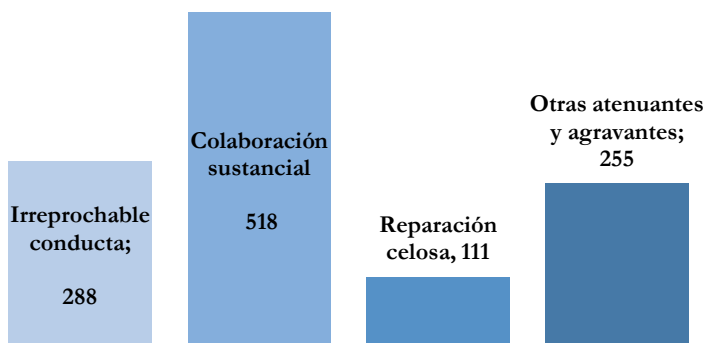
informe. En los otros trece, el argumento es más bien el inverso: que no hay información que determine la idoneidad de la pena sustitutiva y que, por ello, no se debe sustituir la pena.

La precariedad institucional y argumentativa aquí es doble. Por cierto, ella deriva del diseño y de la ejecución del diseño chileno: como no se producen en general informes y cuando ellos se producen son puras testificaciones formales, el sistema opera en general *a ciegas* en la realización de pronósticos al momento de la sentencia. Esto puede parecer inconcebible bajo la lógica misma de la sustitución (*probation*): como ella se basa en pronósticos, en la experiencia comparada el reporte para la toma de decisión (*Presentence Investigation Report: PSIR*, en los Estados Unidos) es determinante de la práctica¹⁶. Asumida que sea, sin embargo, la precariedad institucional chilena, el problema es, sin embargo, más bien de valoración argumentativa. En los casos en que se niegan a sustituir por no contar con un pronóstico favorable (pero tampoco uno desfavorable, los tribunales asumen que solo la presencia de un informe favorable justifica la sustitución de la pena, en condiciones que el sistema funciona en general con la asunción exactamente contraria: un pronóstico positivo es innecesario. Así, la información estadística que obtuvimos muestra que de los 331 casos en que se concedió sustitución, solo en 28 casos (8,5%) había presencia de algún informe del todo. Las nueve decisiones son así arbitrarias desde el punto de vista del funcionamiento del propio sistema; la desviación de la regla general de la práctica es injustificable bajo sus propias asunciones.

c) *Invocación de atenuantes y agravantes*

El último resultado relevante que muestra el estudio se refiere a la práctica de reconocimiento de atenuantes y agravantes y, con ello, indirectamente a la práctica de litigación en materia de determinación de la pena. Como aquí los criterios no son alternativos (i.e.: es posible que coincidan), solo es posible juzgar la relevancia total de cada clase de atenuante o agravante. El Gráfico 7 muestra esta información.

Gráfico 7: Reconocimiento de atenuantes y agravantes



ellos y los tribunales están en una mala posición y hacen mal uso de esa posición cuando se trata de tomar decisiones basadas en pronósticos.

¹⁶ PETERSILIA, Joan, "Probation in the United States", *Crime and Justice* 22 (1997), pp. 149-252, 161s.

El estudio muestra de este modo una enorme concentración en la relevancia de la litigación de atenuantes y agravantes en la cuestión litigiosa y administrativamente barata de la colaboración sustancial y la irreprochable conducta anterior y una baja atención en todos los demás casos. Ensayar razones que expliquen esto no es difícil: casi toda la litigación penal estadísticamente relevante es conducida por fiscales y defensores públicos con una importante carga de causas; hay filtros producidos por negociaciones de procedimientos abreviados que no pueden ser apreciados aquí, etc. Es probable así que en la litigación que involucre defensores privados, ante todo defensores caros, el otorgamiento de relevancia a otras atenuantes o agravantes sea mucho mayor cuando llegan a juicios. Pero en la litigación masiva, ella tiene un rol marginal pese a su enorme relevancia para la decisión central de sustitución o no sustitución de la pena. Tomando como proxy de la complejidad de la práctica de argumentación litigiosa de determinación de la pena la variedad de atenuantes y agravantes reconocidas, uno puede sospechar en que ella también es precaria.

4. Análisis del cumplimiento de fines del diseño y funcionamiento institucional

4.1 Introducción

A partir de la información con la que contamos, es posible dar cuenta de la configuración general del sistema de determinación en la práctica judicial (de juicios orales) chilena. Las dos convenciones brutas más relevantes son:

- (i) la pena se fija en el punto más bajo del marco concreto; y
- (ii) la pena de prisión se sustituye en la medida en que la ley lo permita en relación con el tipo de hecho punible (cuantía inferior a cinco años, no exclusión especial de la posibilidad de sustituir)¹⁷ y con la evaluación formal del condenado (ausencia de reincidencia).

La práctica tiene además una baja densidad litigiosa y argumentativa-judicial en lo relativo a la decisión de determinación de la pena, lo que se traduce en

- (iii) una concentración de invocación de atenuantes y agravantes de baja complejidad en su producción (irreprochable conducta anterior y colaboración sustancial); y
- (iv) falta de argumentación tanto en lo relativo a las decisiones de individualizar la pena como de sustituir el presidio¹⁸.

¹⁷ Es posible afirmar incluso que la segunda excepción en realidad no tiene lugar. El Tribunal Constitucional ha en los hechos constitucionalizado la cuantía de 5 años como baremo de procedencia formal de sustitución y considerado incompatible con la constitución la fijación de excepciones no relativas a la cuantía de la pena por parte del legislador. Al respecto WILENMANN, Javier, “Control institucional de decisiones legislativas político criminales”, *Estudios Constitucionales* 15, no. 2 (2017), pp. 398-445, pp. 412–14. La cuestión no es determinante aquí.

¹⁸ En la literatura es posible encontrar, sin embargo, una gran variedad de descripciones sobre el modo en que debe argumentarse conforme al artículo 69 CP. Véase COUSO, Jaime, “Artículo 69”, en EL MISMO y

Estas últimas características se ven con seguridad favorecidas no solo por transmisión informal de una cultura judicial, sino también por un diseño institucional en que la determinación de la pena tiene un lugar secundario: ella se encuentra reducida a una audiencia en general más bien simbólica, artículo 343 CPP, y no hay regulación específica de los efectos del recurso de nulidad en lo referido exclusivamente a la determinación de la pena.

¿Qué aciertos y defectos tiene una configuración de esta clase del sistema real de *sentencing* existente en Chile? Para analizar los aciertos y defectos de este sistema, un modo sencillo de proceder consiste en evaluar los fines vinculados a las prácticas de determinación que pueden ser satisfechos con esta configuración y los fines que no se ven satisfechos o que se ven satisfechos en una medida baja. La Tabla 2 contrasta ambas cuestiones.

Tabla 2
Fines institucionales satisfechos y defraudados en la configuración chilena

Tema	Aciertos sistema chileno	Déficits sistema chileno
1) Dar trato igual a condenados en situaciones equivalentes ¹⁹	Alta igualdad formal	-Estandarización demasiado sencilla para conseguir igualdad: Total falta de relevancia de particularidades del hecho y del condenado -Sumisión a la irrelevancia del marco legal: en realidad se trata del punto mínimo ²⁰

HERNÁNDEZ (eds.), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 611-618, 614ss.; ETCHEBERRY, *Derecho Penal Parte General. Tomo II*, cit. nota n° 3, p. 191. La literatura afirma además que se trata de una regla de aplicación obligatoria (= establece una obligación de fundamentación) cuya omisión de aplicación sería recurrible de nulidad. Con ulteriores referencias COUSO, “Artículo 69”, pp. 617s. En los hechos, sin embargo, el artículo 69 CP prácticamente no juega ningún rol en la praxis judicial.

¹⁹ En general véase solo LUNA, “Sentencing”, cit. nota n° 1, pp. 972ss. Sobre la relevancia política de la apelación a la disminución de la disparidad en las reformas norteamericanas desde los 70, véase KLEIN y STEIKER, “The Search for Equality in Criminal Sentencing”, cit. nota n° 1, pp. 229ss.; SCOTT, Ryan, “Inter-Judge Sentencing Disparity After Booker: A First Look,” *Stanford Law Review* 63, no. 1 (2010), pp. 1–66; y LUNA, “Sentencing”, pp. 974ss.

²⁰ Sobre el otorgamiento de relevancia individualizadora a la concreción final de la pena aplicando el artículo 69 CP por la doctrina nacional, véase solo VAN WEEZEL, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición de la pena”, cit. nota n° 2.

2) Procesar racionalmente factores relevantes en decisiones de determinación de la pena	Alta estandarización; Bajo costo de producción de información necesaria a la decisión (inherente a título de punibilidad salvo información estandarizada relativa al autor)	Nula capacidad de procesamiento de particularidades del hecho o del autor distintas de aquellas altamente estandarizadas
3) Mantener disciplina judicial en la práctica	Altamente eficaz por sencillez de la configuración	Incapacidad de justificar decisiones divergentes de la práctica general
4) Racionalidad en la influencia del ingreso de población carcelaria	Mantenimiento de tasas de ingreso a la prisión tan bajas como es formalmente posible	Ceguera a particularidades en distribución de prisión
5) Racionalidad en el impacto en población carcelaria por incidencia en la salida	Mantenimiento de tasas potenciales de egreso de prisión tan bajas como es formalmente posible	Ceguera a particularidades del hecho

Los temas 1 a 3 son internos al sistema de justicia penal y no requieren de mayor explicación, ya que ya han sido analizados. Los temas 4 y 5 se refieren a la relación entre el sistema de justicia penal y el sistema carcelario o, lo que es lo mismo, al modo en que decisiones de los jueces al momento de la condena impactan en la población carcelaria y en la toma de decisiones administrativas. Como la cuestión no ha sido explicada, ella será tratada con algo más de detalle en la próxima sub-sección.

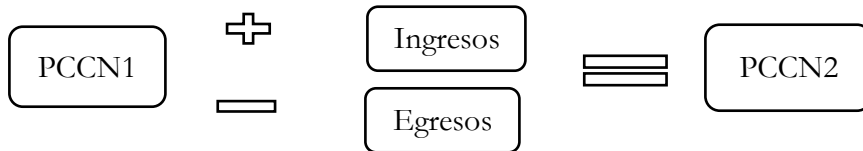
4.2 Consideración de consecuencias: el impacto de la configuración en el sistema carcelario

Para la apreciación del impacto que la configuración del sistema de determinación de la pena tiene sobre la población carcelaria *de condenados*,²¹ basta con representarse su

²¹ La especificación es central. En general, las estadísticas sobre tasas de encarcelamiento y población carcelaria se construyen sumando a personas privadas cautelarmente y sancionatoriamente de libertad. Si bien ello puede tener sentido con el objeto de medir costos asociados a la privación de libertad y cuantificar de mejor modo el total de población que tiende a estar bajo vigilancia en un momento determinado, no distinguir entre condenados e imputados sujetos a prisión preventiva impide apreciar el impacto que tienen instituciones divergentes: persecución y medidas cautelares, por una parte, y condena y determinación de la pena, por el otro.

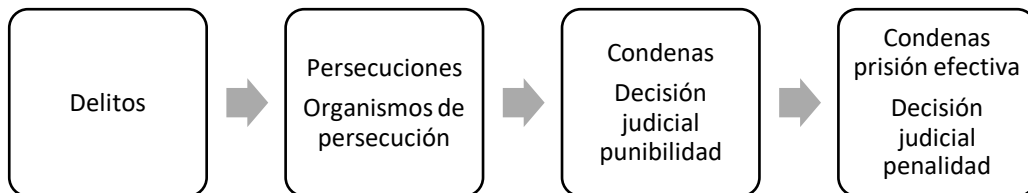
magnitud en un momento determinado como el resultado de un flujo: la población carcelaria de condenados en el momento N2 (PCCN2) es el resultado de la adición de aquella presente en N1 (PCCN1) y el total de ingresos menos el total de las salidas de la cárcel por parte de condenados entre N1 y N2. El flujo puede ser representado sencillamente como muestra la Figura 1.

Figura 1: Flujo carcelario de condenados



La Figura 1, por cierto, concentra toda la información relevante en los ítems básicos “Ingresos” y “Egresos” (a la prisión por parte de condenados). Pero el flujo de ingresos y egresos depende a su vez de un conjunto de decisiones tomadas por actores siguiendo lógicas de decisión divergentes entre sí. Esto es especialmente fácil de graficar en el caso de las entradas, las que dependen de un proceso de filtración por actores sucesivos no coordinados. La Figura 2 muestra esto.

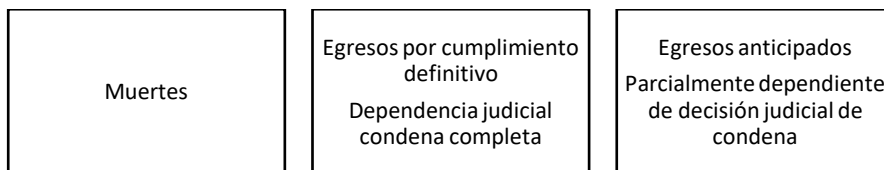
Figura 2: Proceso de selección de ingresos a la cárcel



La fuente roja muestra aquellas decisiones que dependen derechamente de la administración de justicia penal y que tienen incidencia en los ingresos de condenados a prisión. En aquello que se refiere al último cuadro – y esto en general quiere decir: en decisiones de sustitución -, la configuración del sistema de determinación de la pena tiene influencia directa sobre el flujo carcelario.

En el caso de los egresos, el proceso no tiene lugar por una filtración progresiva de un universo inicial de unidades, sino por la suma de tres clases de factores independientes.

Figura 3: Factores de egresos de condenados de la cárcel



En general, los egresos asociados a muerte tienen una extensión menor a aquellos asociados a cumplimiento. Y estos últimos están casi siempre condicionados por decisiones de determinación de la pena: (i) los condenados van a tender a salir antes por cumplimiento en la medida en que la cuantía de la pena sea inferior y (ii) los egresos anticipados (libertad condicional) se ven posibilitados antes en la medida en que la pena sea determinada en una medida inferior, ya que la ley hace depender la procedencia de la libertad condicional del cumplimiento de una proporción (la mitad) de la condena²².

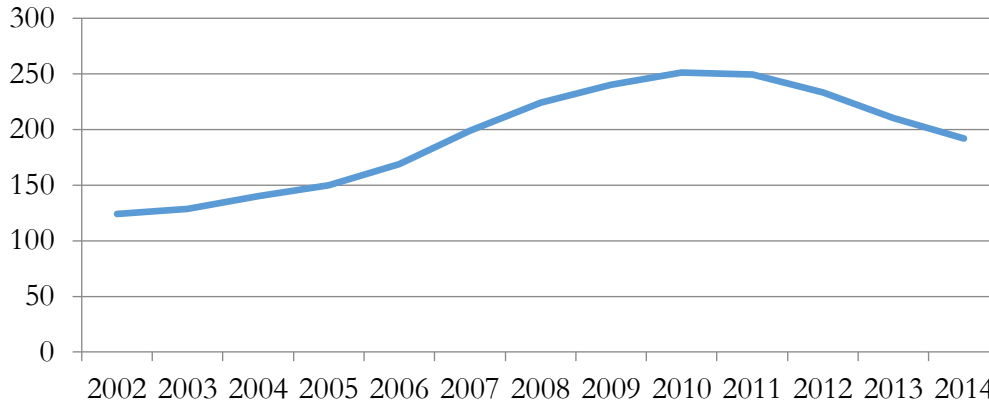
Lo anterior muestra que el impacto del sistema de determinación de la pena en la población carcelaria puede ser expresado así: mientras mayor sea la propensión a sustituir condenas a presidio o reclusión, menores son los ingresos; mientras las penas sean fijadas en una cuantía más baja, mayores son los egresos u oportunidades para egreso. Así, la práctica de determinación de la pena contribuye a evitar inflación carcelaria en la mayor medida posible, de acuerdo a las competencias de los jueces que imponen la pena, al fijar la cuantía más baja formalmente procedente (aumentando los egresos y oportunidades de egreso) y al sustituir siempre que ello sea formalmente procedente (filtrando los ingresos). Y la práctica judicial actual chilena hace precisamente esto en la mayor medida posible: filtra todo lo que puede y crea tantas oportunidades de egreso como puede dentro de los límites formales definidos por la ley.

Aquí no es posible cuantificar con precisión el impacto carcelario que tendría una configuración alternativa, ya que ello requeriría información complementaria (sobre duración de las penas, sobre comportamiento administrativo y judicial al otorgar libertad condicional) que no poseemos. Lo único seguro es que la práctica tiene incidencia y que dado que es la más benigna posible, cualquier variación tendría impacto negativo. Esto es claro si se considera la correlación entre cambios en las prácticas de determinación de la pena (reflejadas por ejemplo en el Gráfico 1) y la evolución de la tasa de encarcelamiento de condenado que muestra el Gráfico 8.

²² La excepción viene dada por los indultos, a cuyo respecto no hay condicionamiento judicial.

Gráfico 8: Evolución de la tasa de encarcelamiento de condenados²³
por cada cien mil habitantes

Fuente: elaboración propia a partir de información población penitenciaria GENCHI 2015 y población general INE 2014



El Gráfico 8 muestra un aumento sustancial de la tasa de condenados entre 2002 y 2010. En parte, ese aumento es el resultado del efecto de la reforma procesal penal: ella sustituyó encarcelamiento centrado en procesados por encarcelamiento centrado en condenados²⁴. El descenso marcado que ha tenido la tasa desde el 2011, en cambio, es probablemente el resultado de dos factores que han contrapesado recientemente el aumento de la actividad persecutoria y condenatoria vinculada a la reforma: el indulto presidencial general otorgado en el gobierno de Sebastián Piñera para hacer frente al hacinamiento denunciado por el incendio de la cárcel de San Miguel, por una parte, y la tendencia al aumento de las sustituciones que puede apreciarse en el Gráfico 1 y que fue consolidada por la Ley 20.603 en 2012.

En los hechos, esta configuración ha producido un caso de dependencia sistemática del sistema carcelario de esta configuración de la práctica de determinación de la pena: manteniéndose el sistema de determinación de la pena actual, la producción de variaciones internas a éste tendientes a aumentos en ingresos (por menor tendencia a la sustitución) o a disminuciones en salidas (por fijación de penas más altas) tendría impacto negativo en inflación carcelaria.

La idea puede ser expresada de modo más diferenciado a partir del concepto tradicional de *path dependence* de las ciencias sociales²⁵: una vez que una configuración institucional determinada es puesta en marcha, su cambio puede pasar a ser improbable y/o indeseable por causa de los costos asociados a ese cambio. En lo que se refiere al sistema de justicia penal en la determinación de la pena, esos costos pueden ser considerados tanto desde el

²³ La población carcelaria es aquí construida tomando como base el total de la población adulta recluida.

²⁴ Véase exhaustivamente SALINERO, Sebastián, “¿Por qué aumenta la población carcelaria en Chile?”, *Revista Ius et Praxis* 18, no. 1 (2012), pp. 113–50.

²⁵ Una explicación sintética del concepto puede encontrarse en HATHAWAY, Oona A., “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”, *Iowa Law Review* 86 (2001): pp. 101-165, 106–22; PIERSON, Paul, “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics A”, *The American Political Science Review* 94, no. 2 (2000), pp. 251-267, pp. 252ss.

punto de vista de los actores con competencias de modificación del sistema (i.e. el sistema político) como, en lo que nos interesa más directamente a nosotros, de los actores internos a la práctica (i.e. tribunales con competencia penal).

En la literatura, la *path dependency* del sistema de justicia penal es estudiada principalmente en relación con actores con competencia de modificación. Ello ha sido usado, ante todo, para explicar “tendencias punitivistas” de algunos sistemas contemporáneos. La generación de una expectativa de castigo establecida en un punto determinado, asociada a la defraudación social inherente a la delincuencia y, con ello, a una tendencia al incremento de las expectativas de castigo, generaría costos políticos insostenibles a la racionalización del sistema. En un sistema que cae así en una configuración de esta clase, los políticos se ven constreñidos a seguir un camino constante de inflación: la satisfacción de las expectativas de aumento genera un beneficio político (*positive feedback*), mientras que su defraudación tiene un costo político (*negative feedback*)²⁶. El camino pasa así a auto-reforzarse.

En Chile con seguridad hay algo de eso, pero ese no es el punto aquí. Aquí de lo que se trata es de la configuración de la práctica misma y no de la motivación al comportamiento individual de actores situados en algún plano de acción – el punto central considerado por la metodología individualista de la literatura sobre *path dependence*. La metáfora del camino puede ser mucho más fácilmente utilizada aquí por referencia a la configuración misma: de modo paulatino, la práctica judicial chilena fue tomando el camino de configuración más benigna posible de la determinación de la pena. Una vez tomado ese camino, su modificación sin reforma sistemática tendría costos secundarios (=inflación carcelaria) que la hacen indeseable e improbable, con independencia de los costos individuales que la decisión generaría para actores individuales que quisieran cambiarla²⁷.

Todo esto no es más que un rasgo de los sistemas institucionales con impacto social: precisamente porque tienen impacto social, ellos tienden a estabilizarse en la producción de ese impacto. Una vez producida esa estabilización, el sistema político pasa a ser dependiente de ese resultado y requiere mantener una configuración que lo posibilite. El

²⁶ Véase solo LARASON SCHNEIDER, Anne, “Patterns of Change in the Use of Imprisonment in America”, *Political Research Quarterly* 59, no. 3 (2006), pp. 457–70.

²⁷ Por supuesto, una pregunta crucial relativa al sistema de justicia penal chileno dice relación con el modo en que los dos caminos descritos confluyen entre sí. En los hechos, el camino de auto-reforzamiento “punitivista” del sistema político y el camino de auto-reforzamiento de la práctica de determinación de la pena parecen estar en tensión: la configuración del sistema de justicia penal es un obstáculo para obtener resultados punitivos mayores. No me interesa explorar en detalle el punto aquí, pero mi impresión es que esa tensión es aparente o es tratada como aparente por el sistema político salvo en aquello que no ha podido evitar comunicacionalmente (presión a un aumento en la imposición de prisión preventiva). El mecanismo es sencillo: el refuerzo positivo político se obtiene en un momento político comunicacional (discusión legislativa, aprobación legislativa), con lo que la generación de apariencia de incremento es suficiente. Sobre mecanismos comparados similares véase ZIMRING, Franklin, “Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience”, *Stanford Law Review* 58, no. 1 (2005), pp. 323-338, p. 329 (“low cost symbolism”); DOOB Anthony, y WEBSTER, Cheryl Marie, “Countering Punitiveness: Understanding Stability in Canada’s Imprisonment Rates”, *Law & Society Review* 40, no. 2 (2006), pp. 325-367, p. 332 (“talk tough - act softly”). En los hechos, la resistencia al cambio del sistema de justicia penal permite precisamente “hablar duro y no hacer mucho”, esto es, obtener el *feedback* positivo de hacer como que se satisface la expectativa de endurecimiento sin producir los costos asociados a ello.

resultado pasa a ser determinante por su propia urgencia y magnitud y el contenido de la práctica que produce ese resultado pasa a ser estable por la urgencia que tiene su incidencia en el resultado.

Conclusión: ¿Cómo hacer frente a los defectos en una situación de dependencia sistemática?

La configuración de la práctica de determinación de la pena en Chile permite cumplir ciertos objetivos relevantes para una práctica de esta clase: ella posibilita una alta dosis de igualdad de tratamiento de casos similares (de acuerdo a los estándares formales fijados por el propio sistema) y es altamente eficaz en el mantenimiento de disciplina interna. A su vez, ella tiene la incidencia más benigna posible sobre el sistema carcelario, lo que ha generado una situación de dependencia sistemática que hace improbable e indeseable todo cambio radical sin sustitución de sistema.

El funcionamiento bajo este sistema es, en algunos casos, además racional en relación con la configuración de la (precaria) burocracia que conduce la práctica. Esto es especialmente relevante en lo que dice relación con la sustitución: sin aparato burocrático auxiliar de apoyo a la toma de decisiones judiciales basadas en pronósticos, la complejidad administrativa que ello supone hace inevitable e incluso deseable un funcionamiento como el que tiene lugar en Chile. Esto es: dada la escasez de funcionarios orientados a la realización de pronósticos es esperable que estos requisitos no jueguen ningún rol en la práctica cotidiana de los tribunales.

Lo anterior no implica, sin embargo, que el modo de funcionamiento de la práctica judicial en lo relativo tanto a la individualización de las penas como a la sustitución del presidio y de la reclusión no sea problemático. En particular, hay dos aspectos del funcionamiento de la práctica que son altamente conflictivos.

En primer lugar, la alta eficacia disciplinaria de la praxis puede implicar exceso de toma de decisiones individualmente ciegas. La existencia de marcos extensos y el condicionamiento de la sustitución a ciertos pronósticos – dos cuestiones hechas irrelevantes por la praxis – implica reconocimiento de ciertas competencias a cuyo respecto no hay claridad de condiciones de uso. La configuración actual hace de estas potestades una excepción; esa es una interpretación a estas alturas inevitable del sistema chileno. Pero no hay ninguna claridad sobre el modo de producción de esas excepciones.

En segundo lugar, la falta de estándares y condiciones de argumentación aumenta el problema anterior. Dado que precisamente la generación de claridad en las exigencias argumentativas para el uso de las potestades excepcionales permitiría privarlas de su carácter arbitrario, la cuestión se vuelve insalvable sin claridad a este respecto.

En este contexto solo puede esbozarse un modo de organización administrativa que debiera hacer posible corregir este defecto central del sistema penal chileno al interior de su configuración actual. Si de lo que se trata es de establecer una práctica de justificación de excepciones que afectan al condenado, el administrador primario natural de la decisión de

intentar producir la excepción debiera ser el Ministerio Público y los jueces solo debieran juzgar sobre el mérito de la pretensión del Ministerio Público. Esto es, asumiendo la realidad del sistema penal chileno, en relación a que en general se sustituyen las penas cuando ello es formalmente procedente y se individualiza la pena en el mínimo posible, el Ministerio Público debiera tener la carga de identificar excepciones plausiblemente construibles.

De este modo, en el caso de la decisión de individualización, le corresponde al Ministerio Público construir excepcionalmente argumentos de desviación de la práctica de fijación en el mínimo por consideración a los factores del artículo 69 CP – pero asumiendo esa realidad – y a los tribunales cuidar por su aceptación excepcional.

En el caso de la decisión de sustitución, le corresponde (o debiera corresponder) al Ministerio Público producir la información necesaria para justificar desviaciones, esto es, denegaciones excepcionales de sustitución por consideración a pronósticos. Con ello, el Ministerio Público debiera tener una organización interna que incluya recursos limitados para producir informes serios al respecto. La limitación de recursos, de hacerse seriamente los informes, lo forzaría a solo realizar estas solicitudes excepcionalmente.

Por supuesto, una modificación del sistema legal mismo de determinación de la pena permitiría, al menos como posibilidad, romper con el camino que marca a la determinación de la pena en Chile y cumplir tal vez de mejor modo los fines institucionales de adecuación en la determinación de la pena, control en el impacto en el sistema carcelario y distribución racional de las plazas en prisión vinculado a un sistema de *sentencing*. Sin reforma sistemática, sin embargo, es probable que efectos benignos solo puedan conseguirse con estas pequeñas modificaciones.

Bibliografía

- ASHWORTH, Andrew, “Prisons, Proportionality and Recent Penal History”, *Modern Law Review* 80, no. 3 (2017), pp. 473–88.
- CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC, “Sistema carcelario en Chile: Propuestas para Avanzar a una mayor efectividad y reinserción”, 2017, en: <https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2017/05/Artículo-Sistema-carcelario-en-Chile.pdf>.
- COUSO, Jaime, “Artículo 69”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (eds.), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 611–18.
- COUSO, Jaime. “Comentario previo a los Arts. 50 a 69 y 76 a 78. El sistema de determinación de penas en el derecho chileno”, en COUSO, Jaime y HERNÁNDEZ, Héctor (eds.), *Código Penal Comentado. Parte General*, Santiago: Legal Publishing, 2011, pp. 510–24.
- DOOB, Anthony; WEBSTER, Cheryl Marie, “Countering Punitiveness: Understanding Stability in Canada’s Imprisonment Rates”, *Law & Society Review* 40, no. 2 (2006), pp. 325–67.
- ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal Parte General. Tomo II*, 3. Edición, Santiago: Editorial Jurídica, 1997.
- FRISCH, Wolfgang. *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*, Heidelberg/Hamburg: R.v.Decker’s Verlag, G. Schenck, 1983.
- FRISCH, Wolfgang “Straftatsystem Und Strafzumessung”, en WOLTER, Jürgen (ed.), *140 Jahre Goldammer’s Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: R.v.Decker’s Verlag, G. Schenck, 1993, pp. 1–38,
- FRISCH, Wolfgang, “Zur Bedeutung von Schuld, Gefährlichkeit und Prävention im Rahmen der Strafzumessung”, en FRISCH, Wolfgang, *Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 3–26,
- GARLAND, David, *The Culture of Control*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2001.
- GENDARMERÍA DE CHILE (GENCHI), “Compendios Estadísticos Penitenciarios 2001 2015”, Santiago, 2015, en: http://www.gendarmeria.gob.cl/estadisticas_general_historica.jsp.
- HART-HÖNIG, Kai, *Gerechte und zweckmäßige Strafzumessung*, Berlin: Duncker & Humblot, 1992.
- HATHAWAY, Oona A., “Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System”, *Iowa Law Review* 86 (2001): 101–65.
- HÖRNLE, Tatjana, “Moderate and Non-Arbitrary Sentencing Without Guidelines: The German Experience”, *Law and Contemporary Problems* 76, no. 1 (2013): 189–210.
- HÖRNLE, Tatjana, *Tatproportionale Strafzumessung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- HURTADO, Paula; JÜNEMANN, Francisca, “Estudio empírico de penas en Chile.” Santiago, 2001, en: http://www.pazciudadana.cl/wp-content/uploads/2013/07/2002-05-17_Estudio-empírico-de-penas-en-Chile.pdf.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS (INE), “Proyección de Población 2002 2013”, 2014, en: <http://www.ine.cl/estadisticas/demograficas-y-vitales>.

- JOHNSON, Brian, “Sentencing”, en *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, en TONRY, Michael (ed.), New York: Oxford University Press, 2014, pp. 696–729.
- KLEIN, Carol; STEIKER, Jordan, “The Search for Equality in Criminal Sentencing”, *The Supreme Court Review* 2002 (2002): 223–72.
- LACEY, Nicola; PICKARD, Hanna, “The Chimera of Proportionality: Institutionalising Limits on Punishment in Contemporary Social and Political Systems”, *Modern Law Review* 78, no. 2 (2015): 216–40.
- LARASON SCHNEIDER, Anne, “Patterns of Change in the Use of Imprisonment in America”, *Political Research Quarterly* 59, no. 3 (2006): 457–70.
- LUNA, Erik, “Sentencing”, en *The Oxford Handbook of Criminal Law*, en DUBBER, Markus Dirk y HÖRNLE, Tatjana (eds.), Oxford/New York: Oxford University Press, 2014, pp. 964–87.
- MAÑALICH, Juan Pablo, “¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de responsabilidad penal?”, en CENTRO DE DOCUMENTACIÓN DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA, *Informes en Derecho*, 2009, pp. 41-67.
- MINISTERIO PÚBLICO, “Boletín anual Enero Diciembre 2016”, Santiago, 2017, disponible en <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Algunos problemas de aplicación de las reglas de determinación legal de la pena”, *Politica Criminal* 11 (2016), pp. 766–93.
- PETERSILIA, Joan, “Probation in the United States”, *Crime and Justice* 22 (1997), pp. 149–252.
- PFAFF, John, *The Continued Vitality of Structured Sentencing Following Blakely: The Effectiveness of Voluntary Guidelines*, Ann Arbor: UMI Dissertation Services, 2005.
- PIERSON, Paul, “Increasing Returns, Path Dependence, and the Study of Politics”, *The American Political Science Review* 94, no. 2 (2000), pp. 251–67.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Segunda edición, Santiago: Editorial Jurídica, 2003.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal”, en *Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 36 (2011), pp. 397–428.
- SALINERO, Sebastián, “¿Por qué aumenta la población carcelaria en Chile?”, *Revista Ius et Praxis* 18, no. 1 (2012), pp. 113–50.
- SCOTT, Ryan, “Inter-Judge Sentencing Disparity After Booker: A First Look”, *Stanford Law Review* 63, no. 1 (2010), pp. 1–66.
- TONRY, Michael, *Sentencing Fragments*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2016.
- VAN WEEZEL, Alex, “Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición de la pena”, *Revista Chilena de Derecho* 24, no. 3 (1997), pp. 459–502.
- VAN WINGERDEN, S.G.C., “Introduction”, en VAN WINGERDEN, S.G.C. (ed.), *Sentencing in the Netherlands*, The Hague: Eleven International Publishing, 2014, pp. 1–22.
- VON HIRSCH, Andrew, *Deserved Criminal Sentences*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew, *Proportionate Sentencing*, Oxford/New York: Oxford University Press, 2005.

VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew, *Sentencing and Criminal Justice*, 2nd ed. London: Weidenfeld & Nicholson, 1995.

WILENMANN, Javier, “Control institucional de decisiones legislativas político criminales”, *Estudios Constitucionales* 15, no. 2 (2017), pp. 389–445.

ZIMRING, Franklin, “Penal Policy and Penal Legislation in Recent American Experience”, *Stanford Law Review* 58, no. 1 (2005), pp. 323–38.

Anexo metodológico

El estudio cuantitativo complementario tenía por objeto verificar (i) el mantenimiento de la configuración de la práctica de individualización de la pena en el mínimo y las condiciones en que hay desviación de ella, (ii) la tendencia a sustituir la pena de presidio al cumplirse los requisitos formales establecidos en la Ley 18.216, y (iii) la recurrencia en el otorgamiento de atenuantes y agravantes como proxy de las tendencias a litigar a su respecto.

El estudio empírico fue diseñado con el objeto de entregar información actualizada sobre las prácticas de individualización, sustitución, reconocimiento de atenuantes y agravantes, y argumentación en lo relativo a individualización y sustitución en la determinación de la pena.

En parte, los criterios de selección y levantamiento de datos utilizados se explican por necesidad lógica dado el tipo de estudio de que se trata. Así, dado que la determinación de la pena solo puede tener lugar en *sentencias definitivas condenatorias en materia penal*, solo fueron consideradas sentencias de esta clase dictadas durante el año 2016.

En segundo lugar, la selección respondió a una necesidad práctica: debía tratarse de *sentencias públicamente accesibles*. Ello implicó excluir por completo sentencias condenatorias en delitos sexuales, lo que podría implicar alguna distorsión en caso de que los jueces apliquen criterios ad-hoc allí.

En tercer lugar, con el objeto de contar con un volumen suficientemente alto de casos que permitiera controlar distorsiones, se fijó en mil el número de sentencias a considerar – un número suficientemente alto para ser estadísticamente relevante y abordable en un estudio complementario.²⁸

Más allá de estos tres criterios de diseño, se tomaron otras dos decisiones al momento de seleccionar las sentencias particulares que, dentro del universo total, serían consideradas: considerar solo sentencias de Tribunales Orales en lo Penal (TOPS) y no utilizar mecanismos de selección aleatoria sino, más bien, revisar un número idéntico de sentencias idóneas en cada TOP ubicado en cada capital regional, seleccionando las primeras sentencias idóneas en orden cronológico decreciente desde el 29 de octubre de 2016 hasta considerar 45 sentencias por tribunal.

La decisión de solo analizar sentencias condenatorias dictadas por TOPs fue tomada por considerar que la inclusión de sentencias dictadas por Jueces de Garantía podría introducir distorsiones y pérdida de comparabilidad. En particular, es mucho más probable que la fijación de la pena se viera mediada por negociaciones estratégicas entre las partes en el caso de sanciones dictadas por Jueces de Garantía – el procedimiento abreviado, después de

²⁸ De conformidad con las estadísticas que lleva el Ministerio Público (MINISTERIO PÚBLICO, “Boletín anual Enero Diciembre 2016”, Santiago, 2017, disponible en <http://www.fiscalia.dechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>, Tabla 6 p. 17), el año 2016 se dictaron 220.935 sentencias condenatorias a nivel nacional.

todo, depende de negociaciones de esta clase. Por supuesto, el costo de esta decisión es que nada asegura que los resultados de esta investigación sean aplicables a las prácticas de determinación de la pena de Jueces de Garantía o a la incidencia que los tribunales superiores tienen cuando revisan decisiones de esta clase.

La decisión de consideración de sentencias dictadas por TOPs ubicados en capitales regionales se tomó con el objeto de evitar sesgos regionales intensos al concentrarse solo en tribunales ubicados en una misma zona. La distribución de sentencias en definitiva consideradas tuvo lugar del siguiente modo:

Tabla 2: Distribución de sentencias consideradas en el estudio

Tribunal Oral en lo Penal	Número de sentencias consideradas
Arica	48
Iquique	48
Antofagasta	49
La Serena	49
Viña del Mar	49
Valparaíso	49
Primero de Santiago	49
Segundo de Santiago	49
Tercero de Santiago	48
Cuarto de Santiago	48
Quinto de Santiago	48
Sexto de Santiago	49
Séptimo de Santiago	48
Rancagua	49
Talca	49
Concepción	48
Temuco	49
Valdivia	49
Puerto Montt	49
Coyhaique	28
Punta Arenas	48
Total	1000

Aquí es importante dar cuenta de las limitaciones de este modo de proceder. Dado que la selección se hizo de modo uniforme en cada capital regional, los resultados no son representativos de la distribución de casos entre regiones. Esta falta de representatividad aparece de modo más claro en la Tabla 3.

Tabla 3: Contraposición de proporción de sentencias condenatorias por región con la proporción de casos considerados por región en el estudio

Región	Participación real de sentencias condenatorias (aprox.)	Proporción en el estudio complementario
Metropolitana	31,7%	33,9%
I	4%	4,8%
II	7,3%	4,9%
III	2,3%	0%
IV	4,8%	4,9%
V	10,6%	9,8%
VI	6%	4,9%
VII	5,5%	4,9%
VIII	9,5%	4,8%
IX	6%	4,9%
X	6,2%	4,9%
XI	1%	2,8%
XII	0,9%	4,8%
XIV	2,9%	4,9%
XV	1,7%	4,8%

Del mismo modo, al habernos concentrado en decisiones tomadas en capitales regionales, el resultado probablemente no son representativos de prácticas en zonas rurales. Pese a ello, el tipo de información con el que contábamos hacía difícil acudir a un modo distinto de distribución de causas por tribunal a considerar.

La última decisión adicional que fue tomada ciertamente debe ser la más problemática por no corresponderse con los modos de selección aleatoria generalmente utilizados, pero era inevitable dado el tipo de información con la que contábamos. Así, habiendo recibido una lista de sentencias producidas durante el año 2016 por cada TOP de capital regional (excluyendo Copiapó, a la que no tuvimos acceso por un error en la entrega de información) hasta el 29 de octubre y ordenadas cronológicamente empezando por la más reciente, se analizaron las primeras sentencias que cumplieran los requisitos iniciales (ser condenatorias y accesibles) hasta completar el número correspondiente por cada tribunal. Bajo ese criterio, debieran haber sido revisadas 45 sentencias por cada TOP de capital regional. La falta de sentencias suficiente en Coyhaique hizo que el número tuviera que aumentar proporcionalmente en los demás tribunales, dando lugar a la distribución que aparece arriba en la tabla 2.

La toma de la decisión de utilizar este criterio de selección “cronológico” respondió a consideraciones prácticas, junto con la evaluación de ausencia de distorsiones específicas ligadas a ella. Como la lista solo contemplaba información de causas terminadas, la aplicación de un mecanismo de randomización estandarizado habría requerido revisar antes

todas las sentencias del año para dividir sentencias idóneas o no idóneas y sobre esa pre-selección de un universo mucho más amplio aplicar el mecanismo aleatorio. Ello habría hecho necesaria una inversión tiempo inmensamente superior, sin que pudiera advertirse un riesgo específico de distorsión siguiendo el mecanismo práctico de selección cronológica invertida aplicado aquí. Por supuesto, el costo de esto es que no es posible afirmar que el estudio sea representativo conforme a criterios estandarizados.

(ii) Respecto de cada sentencia analizada, la investigación fue diseñada de modo tal de poder verificar el grado de realización de las hipótesis antes explicadas. Para ello, se utilizaron criterios alternativos de clasificación de las decisiones:

-En el caso de la tendencia de los tribunales a fijar la pena en el punto mínimo dentro del marco establecido en aplicación de las reglas contenidas en los artículos 50 a 68 CP, las sentencias fueron clasificadas en tres grupos: aquellas que hicieran precisamente esto (= fijar en el punto mínimo); aquellas que fijaban la pena dentro de la mitad inferior del marco legal; y aquellas que fijaban la pena dentro de la mitad superior del marco legal.

-En el caso de la tendencia de los tribunales a no argumentar del todo en la determinación precisa de la pena, se clasificó binariamente a las decisiones entre aquellas en que sí había una argumentación mínima a este respecto y aquellas en que no había argumentación del todo. Pese a que aquí la clasificación necesitaba de valoración externa, ella no es especialmente problemática a causa del criterio generoso en el reconocimiento de argumentación que utilizamos.

-En relación con el estudio de las prácticas de sustitución de la pena, la cuestión era algo más compleja. Para poder controlar en qué medida los tribunales sustituyen siempre que se cumple con los “requisitos formales” de las penas sustitutivas de la Ley 18.216, las sentencias fueron clasificadas en una secuencia de tres pasos. En primer lugar se distinguió entre decisiones en que se cumplieran los “requisitos formales” de la sustitución (a saber: en general ausencia de reincidencia, en las condiciones definidas por cada pena sustitutiva, y condena inferior o igual a cinco años de privación de libertad y no excluida legislativamente de la posibilidad de sustituir) y decisiones en que ello no tenía lugar.

Dentro del grupo que cumplía con los requisitos en cuestión, se distinguió binariamente entre los casos en que se sustituía y casos en que no se sustituía. Finalmente, en un tercer paso, se contabilizó el número de casos en que había un informe de adecuación de la pena sustitutiva o de riesgo de reincidencia producida por alguna institución. Esta última variable permitía así controlar el modo de funcionamiento administrativo en la aplicación de los requisitos de la sustitución que no son sencillos de verificar y el grado de arbitrariedad judicial que, por lo mismo, es posible de verificar.

-Finalmente, para efectos de dar cuenta de las estructuras de litigación vinculadas a atenuantes y agravantes, se contabilizaron todos los casos en que había reconocimiento de una atenuante de irreprochable conducta anterior (art. 11 número 6 CP); los casos en que había reconocimiento de la atenuante de haber procurado reparar celosamente el mal causado (art. 11 número 7 CP); aquellos en que se reconocía colaboración sustancial (art.

11 número 9 CP) y, finalmente, aquellos en que se reconocía cualquier otra atenuante o agravante.

La razón de la utilización de estos últimos criterios se tomó en la etapa (iii), esto es, después de que el investigador principal revisara alrededor de veinte casos tomados del TOP La Serena, siguiendo el criterio de selección cronológico ya explicado. Esa revisión preliminar permitió verificar que las prácticas de litigación en torno a atenuantes y agravantes en general se limitaban a alegar alguna de las tres atenuantes antes señaladas²⁹. Todas ellas, y ante todo la irreprochable conducta anterior³⁰, al menos aparecen como atenuantes de baja complejidad litigiosa y, por lo mismo, otorgable de modo más o menos estandarizado por los tribunales. Su sencillez administrativa es así demostrativa de baja inversión de los abogados en litigación sobre atenuantes y agravantes. Por ello, el porcentaje de reconocimiento de otras atenuantes o agravantes podía ser indicativo de la tendencia de la práctica a concentrarse en litigar en torno a atenuantes o agravantes y, ante todo, de la apertura judicial a considerar esta clase de cuestiones.

²⁹ En el caso de la reparación celosa del mal causado, no era completamente inusual que los defensores le pidieran al imputado poco tiempo antes del juicio que depositara una cantidad no completamente insignificante de dinero en la cuenta de la víctima – desde alrededor de 30 mil pesos -, para luego poder alegar el cumplimiento de la atenuante en cuestión. En general, en la investigación se pudo verificar que la estrategia en cuestión no producía efectos, no siendo reconocida la atenuante. Esto no fue, sin embargo, cuantificado.

³⁰ El punto es advertido ya por POLITOFF, MATUS, RÁMIREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, cit. nota n° 3, pp. 508s.