

***Cuadernos
de análisis
jurídico***

ISSN 0716 - 727 X

21

***serie seminarios
Mayo de 1992***

**SISTEMA PENAL
Y
SEGURIDAD CIUDADANA**

María Inés Horvitz
Jorge Mera F.
Cristián Riego R.
Juan Vargas V.

LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISION

(Algunas reflexiones en torno a las medidas
previstas en la Ley 18.216)

María Inés Horvitz ()*

I.- Introducción

Resulta ya un tópico, hoy en día, hablar de la profunda crisis de la pena privativa de libertad que, para algunos, no es más que el reflejo del insatisfactorio funcionamiento del propio sistema penal⁽¹⁾ y que se manifiesta, fundamentalmente, en su reconocida incapacidad para alcanzar la finalidad resocializadora teóricamente pretendida por ella, y en la comprobación empírica de que opera, en su ejecución, como una auténtica instancia de consolidación del status criminal. Es decir, no sólo hace ilusoria toda posible reinserción social futura de los reclusos sino que ella misma resulta un factor altamente criminógeno.⁽²⁾

En este contexto, las medidas alternativas a la prisión surgen como una respuesta superadora a los fuertes cuestionamientos realizados a las penas privativas de libertad⁽³⁾, aunque -en la mayoría de los casos- coexistiendo como

* Dra. en Derecho Penal, Investigadora Asociada al Departamento de Investigación y Extensión de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

1 BERISTAIN, A.: Crisis del derecho represivo (Orientaciones de organismos nacionales e internacionales), Madrid, 1977.

2 Vid. sobre el punto, las obras de LEMERT: *Human deviance, social problems and social control*, New York, 1972 y SCHUR: *Labeling behaviour: its sociological implications*, New York, 1971, que inciden en la influencia de la de la prisión sobre el proceso de "criminalización" secundaria.

3 Sobre este punto vid., entre otros, COHEN, S. y Taylor, L: *Psychological survival (The Experience of Long-Term Imprisonment)*, Englad, 1972; ATTI DEL CONVEGNO "ENRICO DE NICOLA"; *Pene a musure alternative nell'attuale momento storico*, Milano, 1977; JESCHECK, H.H.: "Rasgos fundamentales del movimiento internacional de reforma del Derecho Penal", en *La Reforma del Derecho Penal* (a cargo de S. Mir Puig), Bellaterra, 1980, pp. 16 y ss.; DÜNKEL, F., -SPIESS, G. (a cargo de): *Alternativen zur Freiheitsstrafe, Strafaussetzung zur Bewährung und Bewährungshilfe in internationalen Vergleich*, Freiburg i, Br., 1983.

ellas. En efecto, si bien se manifiesta una tendencia a renovar el sistema sancionatorio tradicional, con la suavización del régimen penitenciario y la posibilidad de eludir la privación de libertad, ésta, no obstante, continúa siendo la sanción penal por excelencia.

A pesar de la pérdida de su función originaria⁽⁴⁾, la prisión mantiene su importancia cualitativa de primer rango dentro de los órganos de control formal del Estado debido a que es concretamente ella la que detenta el monopolio de la imagen de la reacción social contra la delincuencia⁽⁵⁾, constituye una garantía de control interno al sistema de control más general⁽⁶⁾ y sirve a la razón de Estado.⁽⁷⁾

Aunque los sustitutivos penales no dejan de constituir formas de control, implican una renuncia a parte del efecto intimidatorio y más represivo que comparta la cárcel en favor de una consideración preponderante del individuo concreto y su realidad, posibilitando, además, una mayor participación de la comunidad en las tareas de reinserción social. En tal sentido, las diversas medidas que se prevén en el Derecho comparado para evitar o suavizar el recurso generalizado a la prisión suponen un progreso sustancial en cuanto confieren a los jueces una mayor flexibilidad en la adecuación de la sanción a las distintas clases de delitos y a la situación personal de sus autores. Con ellas se pretende, por una parte, evitar los efectos gravemente desocializadores y criminógenos que la cárcel significa para los que la padecen, especialmente tratándose de delincuentes primarios y los jóvenes, y por la otra, reducir la privación completa de libertad a casos muy específicos, contribuyendo de paso con ello a resolver el problema de la descongestión penitenciaria.⁽⁸⁾ Principio básico en esta materia es, en consecuencia, el de última ratio en el recurso a la pena privativa de libertad, imponiéndola de modo excepcional cuando aparezca político-criminalmente necesaria por el rango de los bienes jurídicos afectados.

Sin embargo, no basta con la previsión en la ley de un catálogo de medidas alternativas para dar solución a los problemas planteados. Numerosos son los

4 Se trata de la función socioeconómica desempeñada en el naciente capitalismo industrial, en que se requería numerosa mano de obra barata, disciplinada para el trabajo de fábrica (vid. MELOSSI-PAVARINI: *Cárcel y fábrica: Los orígenes del sistema penitenciario (Siglos XVI-XIX)*, Madrid, 1985; en la sociedad post-industrial, la fábrica pierde su puesto preponderante en el proceso productivo, y la cárcel pierde su utilidad como mecanismo disciplinario de la fuerza de trabajo (vid. MELOSSI, D.: "Las estrategias del control social en el capitalismo" en *Papers; Revista de Sociología* 13, 1980, pp. 165 y ss).

5 DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.: *El trabajo penitenciario resocializador (teoría y regulación positiva)*, San Sebastián, 1982, p.25.

6 MELOSSI, D.: "Las estrategias del control social ...", cit., pp. 165 y ss.

7 MUÑOZ CONDE, F.: "Derecho penal y control social" en C.P.C. Nº 21, pp. 725 y ss.

8 DE SOLA, A.: "Desarrollo democrático y alternativas político-criminales" en *Papers: Revista de Sociología* 13, 1980, pp. 237 y ss.

presupuestos necesarios para que los sustitutivos penales constituyan una genuina alternativa a la prisión y no un simple retoque cosmético del ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En primer lugar, resulta antitético y esquizofrénico promover un proyecto encaminado a "humanizar" las cárceles o a sustituirla con medidas alternativas si, simultáneamente, se practica la criminalización indiscriminada, se incrementan las penas confiando en su pretendido efecto preventivo-general intimidatorio, y se construyen cárceles de máxima seguridad, todo ello para resolver el problema del "aumento de la delincuencia" y de la "inseguridad ciudadana". Mientras, por un lado, se levanta formalmente el discurso de la resocialización a través de las alternativas a la prisión -haciendo un manejo utilitario de la expresión- por el otro, se conserva y potencia el carácter represivo y vindicativo de la cárcel, su función de aseguramiento.

Por otra parte, la ausencia de una reforma penal que, entre otras condiciones, armonice el sistema punitivo con el orden de bienes jurídicos merecedores de tutela penal y adecue las sanciones a la real gravedad de los comportamientos incriminados según un criterio de proporcionalidad, relativiza fuertemente el impacto que la introducción de tales medidas pudiera suponer. En efecto, basta pensar, por ejemplo, que las medidas alternativas se plantean sobre todo en relación a las denominadas penas cortas de prisión, con lo que un sistema exasperado de penas margina de la aplicación de las medidas a supuestos en que su aplicación pudiera aparecer político-criminalmente aconsejable.

Desde otra perspectiva, la contemplación de medidas alternativas debe ir acompañada de una revisión profunda de la prisión preventiva y su aplicación práctica. En efecto, algunos estudios realizados en torno a esta institución procesal, en el derecho comparado y en nuestro país⁽⁹⁾ ponen de manifiesto que ella tiende a prolongarse más allá de los límites impuestos por su naturaleza especialmente cautelar y, en consecuencia, a ser utilizada como una pena más, pero al margen de las garantías propias de la sanción definitiva y de los fines atribuidos a la pena. Todo el planteamiento realizado en contra de las penas cortas privativas de libertad, y en favor de las medidas alternativas se diluye frente a la realidad inocultable de la prisión preventiva que suele ser, en el mayor de los casos, la primera etapa -decisiva- de desocialización del sujeto. En este contexto, de poco sirve entonces que después del proceso penal se suspenda condicionalmente la pena o se renuncie a la prisión.⁽¹⁰⁾

9 Vid. RIEGO, C.: "La prisión durante el proceso penal en Chile" en Cuadernos de Análisis Jurídico N°16, U. Diego Portales, Dic. 1990; GAMBERINI, A. "E la carcerazione preventiva?" en AA.VV.: Il carcere "riformato", Bologna, 1977, pp. 241 ss.

10 DE SOLA, A., GARCIA ARAN, M., HORMAZABAL, H.: Alternativas a la prisión (Penas sustitutivas y sometimiento a prueba), Barcelona, 1986, p.14.

Finalmente, cabe promover que las medidas alternativas no impliquen únicamente -como se ha observado en experiencias del derecho comparado⁽¹¹⁾- un aumento del control social, transformándose en una inaceptable intromisión en la esfera privada personal y familiar del afectado, dada la relación de subordinación que se establece entre el aparato institucional encargado de aplicarlas y ejecutarlas y la persona a la que se aplica la medida.⁽¹²⁾ Asimismo, la finalidad resocializadora no debe ser enfocada como un "tratamiento terapéutico" del sujeto desviado cual si fuera un "objeto" patológico, necesitado de asistencia y cura, que "debe ser devuelto al buen camino del que nunca debió apartarse".⁽¹³⁾ En este sentido CORDOBA RODA ha destacado un aspecto especialmente crítico de la ideología del tratamiento, esto es, la cuestión de para qué y a qué modelo de sociedad se "resocializa" al sujeto, porque entonces se abre la posibilidad de manipulación de los individuos y de la imposición coactiva de pautas de comportamiento de un sector hegemónico de la sociedad sobre el resto de ella.⁽¹⁴⁾

De modo que una propuesta superadora de los problemas que han planteado las medidas alternativas a la prisión, en relación a sus fundamentos y aplicación práctica, debe partir enfocándolas, necesariamente, como una vía de corresponsabilización social en el fenómeno de la delincuencia.⁽¹⁵⁾ El proceso de racionalización del sistema penal implica, en este sentido, una progresiva "desinstitucionalización" del control social, en el que las reacciones institucionales segregativas -la cárcel, instituciones psiquiátricas, etc.- abran paso a formas de

-
- 11 KINSEY, R.: "Risocializzazione e controllo nelle carceri inglesi" en *La Questione Criminale*, 1976, pp. 571 y ss.; GRUPO PENALISTICO DELL'UNIVERSITA DE BOLOGNA, "Sulle misure c.d. alternative" en *Il carcere 'riformato'*, cit., pp. 22 y ss. quienes señalan que "la historia de las medidas alternativas a la pena privativa de libertad, en particular la "probation", está caracterizada por la ausencia de parte del servicio social de otra perspectiva que no fuera la de simple aparato de control y de policía".
 - 12 COHEN ha descrito este proceso en el desarrollo del sistema punitivo señalando que los movimientos de descarceración, desinstitucionalización, etc. han traído como corolario un cúmulo de instituciones correctivas, asistenciales y terapéuticas -surgidas al amparo de estos movimientos- lo que ha significado: un aumento de la intervención estatal hacia comportamientos o sujetos que anteriormente escapaban a su ámbito de control; una mayor manipulación de la mente del ciudadano por los programas coercitivos de condicionamiento de conductas que rigen en los centros rehabilitadores; una acentuación de la clasificación de los propios delincuentes, entre "blandos", destinatarios de las medidas correctivas, y "duros", a quienes se reserva la pena de cárcel; un mantenimiento de la cárcel y la creación del espejismo de que está siendo paulatinamente reemplazada (Visión de control) social, Ed. PPU, Barcelona, 1988. De este modo, lo que habría es un mayor control social, más difuminado y, en consecuencia, con una mayor penetración en el cuerpo social.
 - 13 GARCIA ARAN, M.: "Alternativas a la prisión" en *Jornadas sobre "privaciones de libertad y derechos humanos"*, organizadas por Jueces para la democracia, Barcelona, 1987, 178.
 - 14 "La pena y sus fines en la Constitución española de 1978" en *Papers. Revista de Sociología Jurídica* N°13, 129 y ss.
 - 15 GARCIA ARAN, M.: "Alternativas a la prisión", cit., p. 178.

reacción diferenciada, donde la (inevitable) instancia de control se ejercita a través de la amplia y sentida participación de la sociedad y de sus diversas formas de articulación institucional, con respeto a las garantías individuales de las personas. Se trata, de esta manera, de ofrecer una respuesta alternativa a los conflictos sociales que están en la base de la gran parte de los hechos delictivos.⁽¹⁶⁾

II.- Los diferentes modelos de sustitutivos penales

Establecidos los presupuestos para que las medidas alternativas constituyan realmente una propuesta superadora de la prisión, examinaremos a grandes rasgos los diferentes modelos de medidas alternativas a la prisión que existen en la actualidad en el Derecho comparado. En este sentido, es posible establecer dos grandes grupos sustitutivos penales:

1.- Las medidas alternativas propiamente tales, que suponen la imposición de una pena distinta a la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia.

2.- Los sistemas de probation o de suspensión de la pena con sometimiento a prueba, que consiste en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad por un tiempo determinado, durante el cual el sujeto debe cumplir ciertas condiciones que implica su control y asistencia, y que en caso de incumplimiento conllevan la aplicación de la pena suspendida.

Las primeras sustituyen a la pena privativa de libertad, adquiriendo de esta manera la naturaleza de verdaderas penas alternativas, sin perjuicio que su incumplimiento pueda determinar la reconversión en privación de libertad completa. En cambio, los sistemas de suspensión de la pena con sometimiento a prueba implican tan sólo un aplazamiento en la ejecución de la pena, abriéndose un período de prueba -que es independiente de la duración de la pena suspendida- durante el cual el sujeto debe cumplir con determinadas condiciones, que en caso de incumplimiento conllevan por regla general la aplicación de la pena suspendida. En este último caso, por tanto, no hay propiamente la sustitución de una pena por otra sino tan sólo una renuncia condicionada al castigo.

1.- Entre las penas alternativas en sentido estricto se prevén las siguientes:

- La sustitución de penas cortas de prisión por pena pecuniaria impuesta según el sistema de días-multa (Alemania, países escandinavos).

16 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, Alternativas ..., cit., p. 9.

- La sustitución de penas cortas de prisión por trabajo en servicio de la comunidad (Francia, Reino Unido).

- Medidas de privación atenuada de libertad (semidetención en Italia).

El sistema de días-multa consiste en que el juez determina el número de días durante los que el sujeto deberá pagar una determinada suma de dinero por concepto de multa según la gravedad del delito y la culpabilidad y, luego, determina el importe a satisfacer cada día según las circunstancias personales y económicas del condenado. Con ello se pretende superar los reparos que se han formulado en contra de la multa tradicional, en cuanto constituye una pena esencialmente desigual, pues se trata de combinar los criterios de gravedad del delito y capacidad económica del condenado, y, por otra parte, vincular al sujeto a la ejecución de la pena durante un cierto período de tiempo.

Sin embargo, plantean el problema de que siempre existirá un amplio sector de sujetos a quienes no podrá imponerse la multa como sustitutivo de la prisión en razón de que no cuenten con ingresos fijos o, simplemente, carezcan de recursos. Frente a tales casos, y en los supuestos de quebrantamiento por no pago de la multa, la legislación comparada (Alemania) prevé el retorno a la pena privativa de libertad por sustitución, lo que no resulta satisfactorio. Como señala HASSEMER, se presenta nuevamente a la institución de la multa el límite infranqueable determinado por las diferencias entre ricos y pobres.⁽¹⁷⁾

Por otra parte, se plantea la dificultad de introducirla en países como el nuestro pues requiere de una compleja y costosa red de información y organización administrativa que puede proporcionar al juez todos los antecedentes económicos y patrimoniales del condenado a fin de fijar la multa, so pena de perder toda su eficacia.⁽¹⁸⁾

En cuanto al trabajo en servicio de la comunidad, se trata de una experiencia de origen anglosajón incorporada posteriormente a otras legislaciones europeas. Se le denomina "Community Service Order" (sistema legal británico), "Travail d'Interet General (T.I.G. francés) o "Lavoro sustitutivo" (derecho italiano).

De acuerdo con su configuración en el sistema británico puede definirse como aquella medida que consiste en la prestación de un determinado número de horas de trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad por quien ha sido declarado culpable de un delito castigado con pena de prisión y que, una vez informado por el tribunal sentenciador, presta su consentimiento a la medida, de modo que si no lleva a cabo el trabajo señalado, sin causa razonable, se retrotrae el procedimiento penal al momento en que se acordó la medida.⁽¹⁹⁾

17 Fundamentos del derecho penal, Barcelona, 1984, p. 369.

18 CURY, E.: Derecho Penal, P.G., T. II, 1985, p. 388.

19 DOÑATE, A.: "La 'suspensión con puesta a prueba' y 'el trabajo social al servicio de la comunidad' en III Jomada penitenciarias andaluzas, Sevilla, 1987, p. 273.

Esta medida se proyecta como una de las político-criminalmente más atractivas a que reúne una serie de condiciones que la configuran como una alternativa apta para evitar la desocialización del sujeto condenado, en cuanto lo mantienen conectado con la comunidad en lugar de segregarlo de ella.⁽²⁰⁾ Las características básicas de esta institución son: la gratuidad y el consentimiento del condenado a la medida. La adopción de la medida debe llevarse a cabo con audiencia del interesado, informándosele la obligación a que se somete, la duración del trabajo y su derecho a renunciar al sustitutivo. Generalmente se exige un informe-pronóstico previo que se pronuncie sobre la idoneidad de esta pena alternativa en el caso concreto. Además, su imposición presupone que haya trabajo disponible.⁽²¹⁾

En Francia, la ejecución de esta pena recae en el Juez de Aplicación de Penas, el que establece la lista de trabajos de interés general susceptibles de cumplirse dentro del territorio de su competencia, dentro de las condiciones establecidas por un decreto del Consejo de Estado y previa opinión del Ministerio Público y de todo organismos público competente en materia de prevención de la delincuencia.⁽²²⁾ El mayor problema radica en la organización de la prestación y en la selección de los establecimientos que ofrecen puestos de trabajo según su condición de utilidad social. La experiencia francesa muestra que los organismos que proporcionan trabajo son fundamentalmente colectivos y asociaciones de carácter público (mantenimiento de residencias de ancianos o minusválidos, asociaciones ecológicas, culturales o deportivas). La gratuidad de este servicio ha originado denuncias por abusos, planteándose como única forma de evitar la explotación que se trate **realmente** de una prestación en beneficio de la comunidad, para lo cual resultan apropiadas aquellas asociaciones con fines benéficos y sociales que cuentan con escasos ingresos y con dificultades de mantenimiento.

En caso de quebrantamiento de la sanción sustitutiva se prevé generalmente la vuelta a la pena privativa de libertad, previa revocación del sustitutivo de trabajo comunitario. En Francia se consulta la posibilidad de reemplazar la pena de prisión por multa, y en el sistema inglés, en caso de que el condenado infrinja el mandamiento de servicios a la comunidad, el Organizador del trabajo debe

20 Sobre el particular, vid.: HUBER, B.: "Community Service Order' como alternativa a la pena privativa de libertad en Inglaterra", en ADPCP, 1983, pp. 34 y ss.; LEROY-KRAMER: "La travail au profit de la communauté comme substitut aux courtes peines d'emprisonnement" en Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé, 1983, pp. 37 y ss.

21 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, Alternativas ..., cit., pp. 42 y ss.; DOÑATE, "La 'suspensión ...', cit., 273 y ss.

22 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, cit., p. 32.

elaborar un informe en el que puede recomendar la revocación del mandamiento, la imposición de una multa o la sustitución del trabajo comunitario por un sometimiento a probation.

En cuanto a las medidas de privación atenuada de la libertad, podemos mencionar la "semidetención" y "libertad controlada" existentes en Italia, la propuesta española del "arresto de fin de semana" (contenida en el Proyecto de Código Penal español de 1980 y la P.A.N.C.P. de 1983) o "la reclusión nocturna", contenida en la Ley 18.216 de nuestro ordenamiento positivo.

En general, se prevén como sustitutivos de penas cortas privativas de libertad: de hasta seis meses, en el caso de la semidetención, y de hasta tres meses, tratándose de la libertad controlada. El arresto de fin de semana se plantea como alternativa a la prisión inferior a seis meses. La reclusión nocturna, como gran excepción a esta tendencia, procede respecto de penas privativas o restrictivas de libertad de hasta tres años. Estas penas pretenden evitar los aspectos más negativos de las penas completas privativas de libertad, manteniendo al condenado vinculado a su ámbito normal de desenvolvimiento, tanto laboral como familiar. En este sentido, el arresto de fin de semana pareciera conllevar una menor alteración de las costumbres que las medidas consistentes en pasar un número determinado de horas al día o la noche en un establecimiento penitenciario.

2.- En cuanto al segundo grupo de medidas alternativas a que hemos hecho referencia, que se corresponde con los sistemas de probation o de suspensión condicional de la pena, el derecho comparado presenta, entre otras, las siguientes modalidades:

- La probation del sistema anglosajón, consistente en que, declara culpabilidad de una persona por un tribunal, se suspende provisionalmente el pronunciamiento de la condena, y se le asigna al sometido a prueba un agente de probation encargado de controlar su conducta y de prestarle asistencia durante un determinado lapso de que si se supera en forma satisfactoria, impide definitivamente la fijación de la pena correspondiente al delito cometido.

Este modelo de probation opera sobre la base de un procedimiento penal y un sistema de determinación de penas muy diferente al continental. En efecto, el proceso penal anglosajón está estructurado en dos fases: una que culmina con la declaración de inocencia o culpabilidad del procesado y otra que, tras la declaración de culpabilidad, está encaminada a individualizar la reacción penal más adecuada al caso concreto, es decir, la clase y cantidad de la sanción. La probation, en consecuencia, supone detener el procedimiento en la segunda fase descrita, suspendiendo la dictación de la condena y aplicando especiales medidas de control y asistencia. Tiene el carácter de una medida independiente de la pena, aspecto que cobra especial significación si se piensa que el sistema penal anglosajón no se asienta en unas bases tan estrictas de medición de las

penas dentro de rígidos marcos prefijados por la ley como ocurre en el sistema penal continental seguido por nuestro ordenamiento punitivo.

- La "suspensión condicional de la pena" o sursis que puede ser simple o con sometimiento a prueba. Este sistema de probation, originaria del derecho franco-belga, consiste en que, tras el pronunciamiento de la condena, se suspende la ejecución de la pena impuesta en la sentencia por un determinado espacio de tiempo, durante el cual el condenado debe cumplir ciertas condiciones. Una vez transcurrido el plazo de prueba, sin que la medida le haya sido revocada, se evita definitivamente la ejecución de la pena inicialmente impuesta.

En su modalidad simple, como ocurre en Francia (sursis simple) o en España (condena condicional), se establece como única condición de la prueba el que el condenado no vuelva a delinquir durante el período de suspensión de la pena. La segunda modalidad de suspensión condicional implica un mayor número de condiciones a cumplir por el condenado, más allá de la básica de no delinquir de nuevo, y tiene como elemento esencial de la prueba la prestación de asistencia por parte del órgano encargado de ejecutarla, amén que conlleva medidas de control. Esta medida se aplica a supuestos más graves que los previstos para la modalidad simple y para sujetos especialmente necesitados de asistencia. En este sentido, resulta más individualizadora, pues a través de la ayuda social, se ocupa de la situación particular del sujeto y de remover los factores criminógenos que incidieron en su conducta antijurídica.

La remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, medidas alternativas contempladas en la Ley 18.216, se encuadran fundamentalmente dentro de estas dos modalidades de suspensión condicional de la pena.

III.- La situación en Chile: las medidas alternativas contempladas en la Ley 18.216

Revisando el panorama existente en el derecho comparado en relación a las medidas alternativas a la prisión, nos ocuparemos a continuación de la situación existente en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

La Ley 18.216, publicada en el Diario Oficial el 14 de Mayo de 1983, sobre medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad constituye un hito importante en nuestra historia legislativa en la búsqueda y profundización de nuevas alternativas a la prisión.

Hasta entonces, sólo existía la remisión condicional de la pena, denominada también impropriamente "condena condicional", institución que fue introducida, de forma general, en nuestro ordenamiento jurídico en 1944 por la Ley 7.821 y modificada por la Ley 17.642, de 1972. Y en el ámbito penitenciario se contemplaban los recursos más tradicionales encaminados a atenuar en ciertos

supuestos los efectos de una condena a pena privativa de libertad, como la "libertad condicional" (D.L. N° 321, de 1925) y algunos beneficios establecidos en el Reglamento Carcelario de 1928 (permisos dominicales bajo palabra de honor y sin custodia y las salidas diarias). Estos beneficios penitenciarios, a diferencia de las medidas alternativas, inciden tan sólo en el ámbito del régimen de cumplimiento o ejecución de la respectiva pena privativa de libertad, aunque sus efectos determinan en la práctica un acortamiento del período de privación de libertad o una suavización del mismo.

Como es sabido, el Código Penal chileno de 1874, al igual que la mayor parte de los Códigos latinoamericanos,⁽²³⁾ exhibe un predominio absoluto de la pena privativa de libertad en relación a las demás penas que se prevén en el Título III del Libro I, y establece estrictas reglas de determinación de la pena. Pocos delitos merecen sólo sanción pecuniaria y el no pago de la multa acarrea -por conversión- la cárcel (art. 44 C.P.). Por su parte, las penas restrictivas de libertad, cuyos efectos en la persona no son tan devastadores como la prisión, son de infrecuente previsión y escasamente aplicadas por los tribunales.

Una opción político-criminal encaminada a superar el esquema rígido del ordenamiento punitivo chileno debe partir ampliando el marco de instrumentos penales dándole asimismo una mayor flexibilidad al juez para elegir el más adecuado al caso concreto y a su autor. En definitiva, se trata que para un vasto sector de la delincuencia, especialmente la que se podría denominar "menos grave", el recurso a la prisión sea excepcional facultándose al tribunal para que pueda elegir entre la aplicación de la pena privativa de libertad, su suspensión -ya sea simple o con sometimiento a prueba, o una pena distinta de la prisión, como la multa o el trabajo en beneficio de la comunidad.⁽²⁴⁾

Es importante destacar, como una formulación general del sistema de medidas alternativas existentes en nuestro país, que ellas no se contemplan como reacciones autónomas a determinados supuestos delictivos -como sería político-criminalmente deseables dentro del esquema de un sistema sancionatorio diferenciado- sino tan sólo como posibilidad alternativa a determinadas penas privativas o restrictivas de libertad, en ningún caso superiores a 5 años.

Las medidas alternativas previstas en la Ley 18.216 importan ya la suspensión o ya la atenuación de la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta en la sentencia condenatoria. La decisión de su otorgamiento o denegación es adoptada por el juez de la causa al momento de dictar el fallo y, por lo tanto, antes de la etapa de ejecución misma de la pena. Esta es la diferencia fundamental

23 SANDOVAL HUERTAS, E.: Sistema penal y criminología crítica, Temis, 1989, pp. 55 y ss.

24 GARCIA ARAN, M.: "Responsabilidad y arbitrio judicial en la decisión sobre medidas alternativas a la privación de libertad" en III Jornadas penitenciarias ..., p. 283.

con la institución de la libertad condicional que supone, asimismo, una mitigación de la pena privativa de libertad pero que sólo puede concederse cuando ya se ha cumplido o ejecutado parte de ésta. La ventaja fundamental que suponen las medias adoptadas al momento de la decisión judicial en relación a los denominados beneficios penitenciarios es su pretensión de evitar todo contacto con la cárcel o, en el caso de la reclusión nocturna, mitigar desde un principio los efectos más graves del encierro completo.

La remisión condicional de la pena consiste en "la suspensión de su cumplimiento y en la discreta observancia y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo" (art. 3º Ley), mientras que la libertad vigilada consiste en "someter al reo a un régimen de libertad a prueba que tenderá a su tratamiento intensivo e individualizado, bajo la vigilancia y orientación permanentes de un delegado" (art. 14º Ley). Por su parte, la reclusión nocturna "consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22 horas de cada día hasta las 6 horas del día siguiente" (art. 7º Ley).

Las medidas deben otorgarse por el juez en la respectiva sentencia condenatoria, ya sea de oficio -cuando estime concurrentes los requisitos legales para su concesión- o a petición de parte, "expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción" (art. 24º Ley). También ha de ser motivada la resolución que deniega alguno de los beneficios previstos en la Ley 18.216, con lo cual se trata de evitar la concesión o denegación mecanicista de las medidas.

Un importante efecto que produce la concesión de alguna de las medidas se contiene en el artículo 29 de la Ley; el simple otorgamiento, por sentencia ejecutoriada, de alguno de los beneficios alternativos a reos que no hayan sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que dieron origen el auto de procesamiento y la condena, salvo los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal. Esta norma constituye un encomiable esfuerzo en orden a evitar la estigmatización que provocan los antecedentes prontuarios y supone un estímulo positivo para los beneficiados con las medidas.⁽²⁵⁾

25 Aspecto que supone además un avance en relación a otras legislaciones, como la española, en que la "condena condicional" se inscribe en el Registro Central de Penados y Rebeldes de modo que el condenado con la pena suspendida cuenta con antecedentes penales.

IV.- Aspectos comunes a las medidas alternativas contenidas en la Ley 18.216

a.- Requisitos exigidos por la ley para la concesión de las medidas.

La primera exigencia establecida por la ley para poder acceder a las medidas está referida a la gravedad de la pena impuesta por la sentencia cuya ejecución puede ser suspendida o sustituida. En otras palabras, el legislador ha considerado necesario establecer un límite en las penas privativas o restrictivas de libertad que pueden ser objeto de un cumplimiento alternativo.

En la ponderación de la elección legislativa resultan de indudable importancia dos órdenes de reflexiones: la necesidad de que las sanciones sean proporcionadas a la gravedad de los hechos cometidos, de manera que las medidas puedan ser aplicables a supuestos análogos y no aparezca como discriminatoria su procedencia o improcedencia; y por otro lado, abrir la posibilidad para que la medida resulte aplicable en todos aquellos casos en que, por las características del procesado, la ejecución de la pena privativa de libertad acarree perjuicios irreparables en su individualidad haciendo posteriormente imposible su reincorporación a la comunidad.⁽²⁶⁾

La remisión condicional de la pena y la reclusión nocturna exigen que la pena privativa o restrictiva de libertad que imponga la sentencia condenatoria no exceda de tres años (art. 4º letra a) y art. 8º letra a) de la Ley) mientras que la libertad vigilada requiere que la pena de referencia sea superior a dos años y no exceda de 5 años (art. 15 letra a) Ley). Como se aprecia, las medidas resultan aplicables, en general, respecto de las faltas y simples delitos y para sustituir o suspender las penas de presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento y relegación menores y la pena de destierro.

El marco elegido, en definitiva, por el legislador no puede valorarse en abstracto, aunque al ser fijo siempre aparece como discutible. En primer lugar, hay que atender, al tipo de medida de que se trate. En este sentido, pareciera acertado que la libertad vigilada, al imponer un mayor número de condiciones al condenado que la remisión condicional de la pena y contener la asistencia como su elemento esencial, resulte aplicable a supuestos más graves y permita la suspensión condicional de penas superiores a las que se prevén para la segunda de las medidas mencionadas.

En segundo lugar, habrá que examinar si los comportamientos típicos que tienen asignada algunas de las penas comprendidas dentro del límite son de similar entidad y si esa pena se corresponde con su gravedad. Es sabido que

26 GARCIA ARAN, "Alternativas a la prisión", cit., p. 179.

nuestro Código Penal decimonónico, que se mantiene prácticamente intacto desde su origen y contempla ciertas figuras cuya penalización actualmente no se justifica, no cumple con este criterio de proporcionalidad a que hemos hecho referencia (como ejemplo paradigmático están las penas asignadas a los delitos de robo y de homicidio). Esta situación se ve aún más agravada si se extiende a la legislación especial posterior al Código, dictada en muchos casos con criterio puramente preventivo general intimidatorio. En este sentido, baste señalar que el delito de tráfico ilícito de drogas (p. ej. portar 100 grs. de clorhidrato de cocaína) tiene asignada la **misma** pena que el homicidio simple, **más** una multa de veinte a cien ingresos mínimos mensuales.

No hay que olvidar, sin embargo, que mediante el juego de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, el juez dispone de una importante herramienta para acomodar la pena de modo que se encuadre dentro del límite establecido para el otorgamiento de alguna de las medidas alternativas. De esta manera, el juez que desee concederla lo tendrá normalmente en cuenta al momento de estimar o no circunstancias agravantes o atenuantes, o por el contrario, si entiende que el procesado debe ir a prisión le bastará con imponer una pena superior al límite prefijado para su otorgamiento, sin necesidad de pronunciarse sobre su procedencia o improcedencia.

En la decisión político-criminal y legislativa de elevar el límite de la pena de referencia, para ampliar el radio de aplicación de las medidas alternativas, hay que tener en cuenta que si los jueces quieren que se ejecute la pena privativa o restrictiva de libertad pueden tender a imponer penas más graves que las que pueden ser suspendidas o sustituidas, consiguiéndose de este modo el efecto contrario al perseguido. Por ello, tal decisión supone necesariamente la concienciación en la magistratura y en la propia colectividad sobre el valor "alternativo" de las medidas y su eficacia e idoneidad como instrumento como instrumento en la lucha contra el fenómeno de la delincuencia.

Otro requisito establecido por la ley para poder acceder a las medidas dice relación con la circunstancia de que el reo no haya delinquido anteriormente, es decir, que se trate de un "delincuente primario". En efecto, tanto para la remisión condicional de la pena como para la libertad vigilada la ley exige que "el reo no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito" (art. 4 b) y 15 b) de la Ley 18.216). Las condenas por falta son, en estos casos, irrelevantes. La reclusión nocturna, por excepción, admite -para su concesión- que el reo haya sido condenado anteriormente a una pena privativa o restrictiva de libertad no superior a dos años o a más de una pena, siempre que en total no excedan de dicho límite (art. 8 b) Ley 18.216). Es decir, la reclusión nocturna es la única medida -pena- alternativa a la cual tienen acceso los reincidentes.

Esta exigencia, tal como se plantea en la ley, resulta sumamente criticable. Como observa la doctrina comparada, establecer legalmente la condición de que

el reo no sea reincidente para otorgar la suspensión significa presumir automáticamente que es un delincuente "incurregible" o irrecuperable" y que no tiene ninguna posibilidad de llevar una vida en libertad sin delito. De este modo, aún con un pronóstico favorable le estaría vedado al reincidente el acceso a una institución basada en la prestación de asistencia, con lo que -como señala DOÑATE- "el marginado queda así doblemente marginado".⁽²⁷⁾

En este punto, parece pertinente recordar dos cuestiones fundamentales relacionadas con esta materia: en primer lugar, la comprobación empírica -ampliamente aceptada- de que la propia cárcel actúa como un factor determinante de la criminalización secundaria y, en segundo lugar, los fundamentos y fines de las medidas alternativas: evitar la desocialización y los graves perjuicios que acarrea la prisión. Por ello, la reincidencia no debería ser un obstáculo expresamente establecido en la ley para la decisión sobre la concesión de la medida por los fuertes reparos doctrinales que ha recibido el fundamento de esta circunstancia como motivo de agravación de la pena que la sitúa dentro del campo del derecho penal de autor y, además, porque las circunstancias personales del sujeto pueden haber cambiado entre un delito y otro, o bien las circunstancias del hecho puedan revestir ciertas características que hicieran aconsejable la suspensión de la pena o sus sustitución por otra, lo que puede resultar más eficaz que el cumplimiento de la pena impuesta en la sentencia.⁽²⁸⁾

Inciendo en la problemática planteada, a nuestro juicio favorece al procesado la norma sobre prescripción a que se refiere el artículo 104 del Código Penal de modo que, transcurridos los plazos que allí se señalan, el condenado podrá acceder, según el caso, a las distintas medidas alternativas de la Ley 18.216, siempre que se trate de los supuestos de reincidencia contemplados en los N^{os}. 15 y 16 del artículo 12 del citado cuerpo punitivo. No compartimos, por tanto, la opinión de CURY⁽²⁹⁾ quien sostiene la posición contraria a la aquí señalada en base a que el artículo 104 del Código Penal estaría referido únicamente al carácter agravante de la reincidencia, no sólo porque entendemos que la existencia de antecedentes penales no debe -como se ha dicho- constituir un impedimento formal para la concesión de las medidas, sino porque dicho precepto resulta plenamente aplicable a nuestro caso en virtud del principio interpretativo de la analogía "in bonam partem".⁽³⁰⁾

27 III Jornadas Penitenciarias Andaluzas, cit., p. 269.

28 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, Alternativas, cit., p. 170.

29 Derecho Penal, P.G., T. II, cit., p. 363.

30 Existe al menos una sentencia de la Corte Suprema que acoge este criterio, aunque sin fundamentarlo mayormente: vid. Recurso de queja de Marcelino Burgos Pardo, C. S. (1982), RDJ LXXIX, 4-211.

La Ley 18.216 también establece como requisito común a las tres medias la exigencia de un juicio de prognosis favorable de que el reo no volverá a delinquir basado en la ponderación de "los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito" (art. 4º letra c); art. 8º letra c) y art. 15 letra c) de la Ley).

El legislador recurre a una fórmula pleonástica para exigir, en definitiva, que no se trate de un sujeto peligroso, expresión de la que prefirió prescindir por su negativa connotación doctrinaria.⁽³¹⁾ Para que realmente este requisito no se transforme en un juicio sobre la peligrosidad del sujeto ha de implicar una tarea individualizadora del caso concreto y su autor por parte del juez con el fin de procurarse un pronóstico **lo más objetivo posible** sobre el comportamiento futuro del reo, y así determinar la conveniencia o inconveniencia de suspender o sustituir la pena de prisión al procesado de que se trate.

Tratándose de la medida de libertad vigilada, el juicio de prognosis favorable se confía a un organismo técnico, el que debe evacuar un informe que permita "concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiario". La inconveniencia de recurrir a informes técnicos de especialistas para la formulación de la prognosis ya ha sido destacada en la doctrina comparada pues se resuelven inevitablemente en generalizaciones apoyadas en métodos con pretensiones de cientificidad, que pueden resultar sumamente peligrosas en la medida que se legitime, "con la coartada de la objetividad científica una serie de presunciones contrarias al reo que se encontrara incluido en una de esas situaciones".⁽³²⁾ Por otra parte, se corre el riesgo de que los técnicos asuman funciones judiciales que no les corresponden y que el juez deniegue o conceda las medidas automáticamente en base a dichos informes, sin examinar los criterios utilizados ni valorar sus conclusiones. A las dificultades planteadas, se añade el problema de la burocratización que puede sufrir el trámite de emitir dichos informes por el órgano correspondiente en la medida que tienden a generalizarse y tornarse habituales. Este problema unido a la mecanización de la decisión judicial en base a tales informes conspiran contra la consecución de un resultado eficaz de la medida, amén de que se puede dejar al margen de ella a individuos que realmente la hubieran necesitado.

A la hora de precisar el requisito señalado, que exige ponderar las características personales del autor y las circunstancias con que aparece revestido el hecho delictivo, se plantea el problema de deslindar este concepto de las

31 NOVOA, Curso de Derecho Penal Chileno, T. II, Santiago de Chile, 1960-1966, p. 369.

32 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, Alternativas, cit., p. 166.

llamadas circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal, que también dicen relación con el hecho y su autor, y que deben ser tenidas en cuenta por el juez al momento de determinar la pena aplicable.

Las circunstancias atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal que, como se ha dicho, son valoradas con el objeto de decidir la cantidad de pena pueden tener una fundamentación diferente que aquéllas que han de servir de base para acordar una determinada medida.⁽³³⁾ Así, siguiendo el ejemplo propuesto por algunos autores,⁽³⁴⁾ si el juez, al calificar los hechos, ha estimado la concurrencia de alguna circunstancia agravante, como "cometer el delito mediante precio, recompensa o promesa" (art. 12 N° 2 C.P.) o "con abuso de confianza" (art. N° 7 C.P.), que necesariamente ha de tener influencia en la magnitud de la pena, no debe entenderse automáticamente que el sujeto no merece la suspensión o la sustitución de la pena por la "bajeza del móvil"⁽³⁵⁾ en el caso del que actúa por precio o por la "personalidad censurable"⁽³⁶⁾ del que lo hace con abuso de confianza, que es la fundamentación que normalmente se atribuye a tales agravantes. Puede ocurrir, sin embargo, que dichas circunstancias concurren en un contexto especial de la comisión del delito que, sin embargo, no lleguen a atenuar la pena (v.gr. una acuciante situación económica) o como un hecho aislado o excepcional en la vida del sujeto, haciendo aconsejable la suspensión de la pena.

En relación a los criterios vinculados a la persona del condenado o su conducta anterior al delito, los antecedentes que revelen fuertes deficiencias en su proceso de socialización no deben servir para marginarlos de la medida, como suele ocurrir con frecuencia, sino por el contrario, para adoptar aquélla que resulte más adecuada para el caso concreto. En el fallo contra Manuel Bastías Riquelme, la Corte de Temuco,⁽³⁷⁾ refiriéndose al requisito de los "antecedentes personales" en relación a la remisión condicional de la pena, dice que ellos están

33 Estas contradicciones, disfuncionalidades o "antinomias", como se ha dado en llamarlas en doctrina, se manifiestan especialmente en relación a las fases de medición y ejecución de la pena, por las tensiones que se generan entre las exigencias de prevención especial y las de prevención general y la crisis de ciertos principios básicos, como el que proclama la culpabilidad como único fundamento de la pena. Sobre este punto, vid., entre otros, LUZON PEÑA, D. "Medición de la pena y substitivos penales", Madrid, 1979; GOMEZ BENITEZ, J.M. "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena; estudio sobre las ideas de prevención general y culpabilidad en la reforma penal española", RFDUC, monográfico N° 2, 1980; STRATENWERTH, G.: "Culpabilidad por el hecho y medida de la pena" en El futuro del principio jurídico-penal de culpabilidad", Madrid, 1980.

34 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, Alternativas ..., cit., p. 168.

35 CURY, Derecho Penal, T. II, cit., p. 158.

36 CURY, CIT., p. 135.

37 Revista de Derecho y Jurisprudencia LXX, 4-85.

constituidos por "su edad, estado civil, familia, hijos, capacidad laboral, profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio y medios conocidos y honestos de subsistencia, etc. porque ellos permitirán deducir sus posibilidades de rehabilitación, que es en definitiva el objeto de la institución". Una "familia bien constituida" o un "trabajo honesto y estable" son criterios que comúnmente se utilizan para favorecer el otorgamiento de la remisión condicional de la pena; sin embargo, por el factor asistencial involucrado en la medida de libertad vigilada, se hace la más indicada para aquellos casos que revelan falta de oportunidades o problemas de socialización.

Otro antecedente importante a considerar positivamente es el de la conducta posterior al hecho punible revelador de un cambio favorable en las circunstancias de vida del autor (v.gr. estabilización de la vida laboral y familiar durante el período de libertad provisional). En este punto, la doctrina ha señalado que la lentitud de los procesos penales "es un argumento más en favor de la consideración de las circunstancias del autor en el momento del juicio, en orden a decidir la suficiencia de la suspensión de la pena",⁽³⁸⁾ la que también puede justificarse desde la perspectiva del principio de necesidad de la pena.

En definitiva, en la valoración de los datos que han de incidir en la prognosis favorable o no para el otorgamiento de la medida el juez ha de tener especialmente en consideración el grado de probabilidad de que con la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad se incrementen los factores que llevaron al sujeto a cometer un delito o consolide definitivamente una carrera criminal.⁽³⁹⁾

b.- Sobre las condiciones impuestas al reo durante el período de suspensión de la pena y el control de su cumplimiento (en la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada).

Como sabemos, tanto la remisión condicional de la pena como la libertad vigilada implican la suspensión condicional de la pena por un determinado período de tiempo, que en el primer caso es denominado por el legislador "plazo de observación" y en el segundo, "plazo de tratamiento y observación", y durante el cual el reo se encuentra sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones que varían según la medida de que se trate, y que si son satisfechas por el sometido a prueba, conducirán a dar por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta. Se excluye de este régimen la reclusión nocturna que no se inscribe -como se ha dicho repetidamente- dentro del sistema de suspensión condicional de la pena sino que constituye una medida sustitutiva propiamente tal; por ello, en este apartado nos referiremos fundamentalmente a la remisión condicional de la pena y a la libertad vigilada.

38 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, cit., p. 170.

39 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, cit., p. 170.

En primer lugar, resulta necesario hacer una breve referencia a la dimensión temporal de la suspensión o "período de prueba" y a las condiciones que la ley impone al reo durante dicho período.

El período de prueba es generalmente independiente de la duración de la pena suspendida, aunque lógicamente ella puede operar como punto de referencia. Tal fue el camino optado por el legislador chileno al establecer como plazo mínimo de prueba el de duración de la pena impuesta en la sentencia, con límites máximo y mínimo en ambas medidas. En la fijación de los límites hay que tener en cuenta que un plazo de suspensión demasiado prolongado puede resultar contraproducente en la medida que aumenta la tensión del sujeto ante la amenaza de tener que sufrir la pena suspendida.⁽⁴⁰⁾

En lo que se refiere a las condiciones impuestas al reo durante el período de suspensión, ellas varían según la medida de que se trate. Existen diversos sistemas legales que prevén desde la condición básica de no cometer un nuevo delito durante el período de prueba (como en el caso de la sursis simple francesa o la condena condicional española, que tampoco establece un control especial), hasta la imposición de medidas de control y asistencia, de cuyo cumplimiento se hace depender el éxito de la prueba (sistema de probation anglosajón, y sistemas continentales de suspensión condicional con sometimiento a prueba). La remisión condicional de la pena y la libertad vigilada se encuadran, con algunos matices, en estas dos clases de modelo de probation.

Como una formulación general previa al estudio de ambas instituciones, hay que señalar que la imposición de exigencias adicionales a la básica de no volver a delinquir no deben traducirse en obligaciones puramente formales de control rutinario y burocratizado, que la experimentarse sólo de forma aflictiva por el sujeto, sólo le crean mecanismos de resistencia. Como ha puesto de relieve la doctrina comparada, si el individuo sólo tiene que acreditar su "buena conducta" o el cumplimiento "regular" de ciertos deberes ante órganos policiales o institucionales afines, so pena de perder el beneficio concedido, tales medidas difícilmente podrán remover o eliminar los factores criminógenos que incidieron en la conducta delictiva del sujeto y, con ello, ahuyentar la amenaza carcelaria.⁽⁴¹⁾ Sin embargo, las deficiencias estructurales y la falta de recursos humanos y materiales pueden transformar también la asistencia en medidas de puro control. Esta circunstancia, unida al hecho de que la libertad vigilada impone el cumplimiento de un mayor número de condiciones al condenado, puede entonces resultar mucho más gravosa para el individuo que la medida de remisión condicional de la pena.

40 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, cit., p. 175.

41 GRUPO PENALISTICO DEL' UNIVERSITA DE BOLOGNA, "Sulle misure...", cit, pp. 19 y ss. BRICOLA F. "Le misure alternative alla pena nel quadro di una "nuova" politica criminale" en Atti del convegno "Enrico de Nicola", cit., pp. 400 y ss.

Si bien es cierto -como afirma NUÑEZ BARBERO⁽⁴²⁾ que toda "forma de sometimiento a prueba", incluso la que consista en la mera condición de no delinquir nuevamente, conlleva el ejercicio de un cierto control, éste debe ser racionalizado y, en tal sentido, encaminarse únicamente al objetivo de facilitar al sujeto las oportunidades para su participación real en la sociedad. En esta perspectiva, se plantea como propuesta la constitución de una infraestructura de servicios sociales vinculada, por una parte, al órgano encargado de la ejecución de las medidas y por otra, a la comunidad, en un esquema de distribución de las tareas de "resocialización", de manera de promover el control de carácter más bien asistencial y no limitado a la mera vigilancia.⁽⁴³⁾

El legislador chileno fija condiciones durante el período de prueba que no siempre observa los lineamientos planteados. Así, en relación a la remisión condicional de la pena, además de la condición implícita de no cometer un nuevo delito, establece una serie de condiciones, mayoritariamente de control o de orden meramente formal que no se justifican, tratándose de una medida prevista para delitos menos graves y delincuentes primarios (art. 4º letras a) y b) de la Ley).

Por su parte, la condición común a la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada de "ejercer" una profesión, oficio, empleo, etc. en el plazo y con las modalidades que fije el órgano encargado de la ejecución de la medida "si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante" resulta, a nuestro juicio, rechazable. En efecto, se trata de una condición que no depende de la voluntad del beneficiado sino de la oferta del mercado de trabajo; en un país como el nuestro, con altas tasas de desempleo, resulta cuando menos paradójico exigir a un individuo que "carece de medios conocidos y 'honestos' de subsistencia" que "ejerza" un oficio, empleo, etc. Por otra parte, si la finalidad de las medidas es proporcionarle alternativas al sujeto para que evite la reincidencia y se reincorpore nuevamente al medio social, pareciera más lógico que las condiciones estuvieran relacionadas con la adquisición de cualificación profesional, a través de la asistencia a centros educativos o de formación profesional o técnica, entregándosele posibilidades al efecto.

Tampoco resulta aceptable la condición, prevista para las tres medidas contempladas en la ley, constituida por la obligación de satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia (art. 5º d), 12, y 17 d) Ley 18.216), así como la obligación reparatoria prevista solamente para la libertad vigilada (art. 17 letra e)). En efecto, estas condiciones de carácter pecunario se alejan del fundamento y sentido propio de las medidas alternativas, resultan ajenas al propósito primordial de resocialización o de evitar el contacto con la

42 "Suspensión condicional de la pena y probation", Salamanca, 1970, pp. 40 y ss.

43 BRICOLA F. "Le misure alternative...", cit. pp. 400 y ss.

cárcel por parte del condenado y suponen, además, confundir dos instituciones vinculadas pero autónomas, como son la responsabilidad penal y la responsabilidad civil derivada del delito.⁽⁴⁴⁾ Y por otra parte pueden resultar discriminantes en cuanto la pena de prisión se impone o se evita según la capacidad económica que presente el autor. Sin embargo, debe destacarse que, el tribunal dispone de la facultad, "en caso de impedimento justificado", de prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de que se persigan estas obligaciones en conformidad a las reglas generales.

Por su parte, la medida de libertad vigilada impone al procesado una condición, considerada esencial de este modelo, y que está encaminada, al menos teóricamente, a superar las dificultades de socialización y evitar los estímulos delictivos. Se trata de la "sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el término del período fijado, debiendo el reo cumplir todas las normas de conducta e instrucciones que aquél imparta respecto a educación, trabajo, morada, cuidado del núcleo familiar, empleo del tiempo libre y cualquiera otra que sea pertinente para un eficaz tratamiento en libertad" (letra b) del art. 17 de la Ley). Sin embargo, la asistencia pareciera hacerse consistir en el simple acatamiento de normas e instrucciones impartidas por el agente de libertad vigilada, y el "eficaz tratamiento en libertad" parece traducirse en el grado de obediencia y disciplina observado por el reo en el cumplimiento de tales instrucciones. Un modelo de asistencia basado en relaciones paternalistas o autoritarias entre delegado y sometido a prueba puede derivarse en una inaceptable intromisión en la vida privada del sujeto receptor de la asistencia o en la imposición coercitiva de cambios en la conducta o valores del sujeto en todos los ámbitos de su vida diaria. Este último aspecto puede verse acentuado por la circunstancia de que la medida puede ser revocada por el juez en caso de quebrantamiento de las condiciones de la libertad vigilada, según informe del delegado de libertad vigilada, si bien se prevé la posibilidad de apelar de dicha resolución revocatoria (art. 25 Ley).

Las medidas asistenciales que pueden ser ofrecidas al sometido a prueba van desde la asistencia médica -v. gr. desintoxicación de toxicómanos y alcohólicos- hasta medidas de carácter educacional a impartir en centros de educación general básica, formación técnica o profesional, etc. En este marco cobra sentido la declaración constitucional contenida en el párrafo 4º del art. 1º de la Carta de 1980 que establece que: "El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a **todos y a cada uno** de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con **pleno respeto a los derechos y garantías** que esta Constitución

44 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, Alternativas, cit., p. 67-68.

establece" (subrayado nuestro). El artículo 18 de la Ley 18.216 puede constituirse en una importante base para el desarrollo de este objetivo cuando establece que "los organismos estatales y comunitarios que otorguen servicios pertinentes a salud, educación, capacitación profesional, empleo, vivienda, recreación y otros similares deberán considerar especialmente toda solicitud que los delegados de libertad vigilada formulen para el adecuado tratamiento de las personas sometidas a su orientación y vigilancia".

c.- El control de la prueba

Como último punto dentro de este apartado, cabe realizar algunas consideraciones sobre el control del cumplimiento de estas condiciones. La cuestión del control, en este punto, ha de ser enfocado desde una doble perspectiva: en relación al beneficiado con la medida alternativa, quien debe cumplir con las condiciones que se le han impuesto en el período de prueba, y por otro lado, significa un control del órgano encargado de la ejecución material de la medida, en el sentido de que dicha ejecución ha de mantenerse dentro del marco de legalidad.

En efecto, las medidas alternativas conllevan restricciones a los derechos individuales y, en este sentido, se aproximan a las penas en sentido material; por lo tanto, su cumplimiento debe sujetarse al principio de legalidad en su vertiente de garantía de ejecución que en nuestro ordenamiento punitivo se recoge en el inciso 1º del artículo 80 del Código Penal, cuando establece que: "Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto".

El órgano administrativo encargado legalmente de la ejecución material de la medida y del control sobre el beneficiado es Gendarmería de Chile, a través de las Secciones de Tratamiento en el Medio Libre. La fiscalización de las medidas y, en general, del funcionamiento del sistema, se encarga al Ministerio de Justicia, a través de la División de Defensa Social, el que puede, en el ejercicio de su cometido, "efectuar las visitas y controles que estime pertinentes" (art. 36 del Reglamento de la Ley Nº 18.216).

Más allá de las críticas que puedan hacerse a la elección del legislador en nuestro sistema,⁽⁴⁵⁾ están las consideraciones hechas por la doctrina comparada en orden a la necesidad de que el control no sea ejercido por un órgano de la misma naturaleza que el órgano encargado de la ejecución material, so pena de que el control se vuelva una mera ficción y se vulnera la garantía de ejecución

45 CURY, cit., T.II, p. 374, quien señala que "es desalentador...que la ley confíe sustancialmente a Gendarmería de Chile la manipulación de las medidas, pues es claro que esta institución no cuenta con el personal debidamente calificado para ello, y por la índole de sus restantes actividades, no se encuentra en una actitud general que favorezca sus progresos".

legal. Por eso, si el órgano encargado de la ejecución material es un órgano administrativo, el control se suele encomendar a un órgano de la Administración de Justicia, que en Francia es el Juez de Aplicación de Penas; en Italia, el Magistrado de Vigilancia; en Alemania, el Juez de Ejecución de Penas, etc. y que, en la mayoría de los casos no tiene otra función principal que la de supervigilancia de los órganos de ejecución material de las penas y medidas alternativas.⁽⁴⁶⁾

La institución del Juez de Vigilancia (así denominado en España, arts. 76 y ss. de la Ley General Penitenciaria) o Juez de Aplicación de Penas resulta de indudable importancia para el respeto del principio de ejecución legal en el ámbito penitenciario, pues no sólo cumple funciones de fiscalización de la actividad penitenciaria (en el sentido de asegurar, a través de sus resoluciones, que el cumplimiento de las penas se realiza de la manera establecida en la sentencia, los reglamentos y las leyes), sino que también funciones de carácter jurisdiccional en relación con las eventuales infracciones, por parte de la administración penitenciaria, a los derechos que asisten a todo condenado y que no se han visto afectados por la pena. Como destaca RUIZ VADILLO, la actividad principal del Juez de Vigilancia es la de garantizar los derechos humanos a través de una vía exclusivamente judicial".⁽⁴⁷⁾

La introducción de esta institución a nuestro ordenamiento jurídico es, a todas luces, aconsejable y debería encuadrarse en una propuesta orgánica de reforma penitenciaria, de rango legal, que implicara una revalorización del principio de legalidad en esta materia; en esta perspectiva, el control de la ejecución material de las medidas alternativas, así como el resto de los beneficios penitenciarios, debería estar dentro del catálogo de sus atribuciones.

d.- Efectos del cumplimiento y quebrantamiento de las medidas

El artículo 28 de la Ley dispone que: "Transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de las medidas alternativas, sin que ella haya sido revocada, se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta". Se evita así, definitivamente, la ejecución de las penas impuestas en la sentencia condenatoria, circunstancia que tiene "mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios" (art. 29 inc. 2º Ley).

46 DE SOLA/GARCIA/HORMAZABAL, cit., pp. 194 y ss.

47 "La ejecución de las penas privativas de libertad bajo la intervención judicial", A.D.P.C.P. 1979, p. 17.

La Ley prevé dos casos en que procede la revocación de la medida:

a) Por la comisión de un nuevo crimen o simple delito durante el período de cumplimiento de las medidas. En este caso la medida se entenderá revocada "por el solo ministerio de la ley" (art. 26 Ley).

b) En caso de quebrantamiento de las condiciones impuestas al beneficiado durante el período de prueba (caso de la remisión condicional de la pena y libertad vigilada) o por el quebrantamiento de la medida propiamente tal (caso de la reclusión nocturna).

Los efectos que produce la revocación de las medidas variarán fundamentalmente según se trate de las medidas que consisten en la suspensión condicional de la pena, como la remisión condicional de la pena o la libertad vigilada, o de una pena alternativa, como es la reclusión nocturna. En el primer caso, la revocación de la medida trae aparejada, en principio, el cumplimiento del **total** de la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta en la sentencia condenatoria con todas sus consecuencias, como sería, por ejemplo, la inscripción de antecedentes penales. En cambio, tratándose de la reclusión nocturna, la revocación "someterá al reo al cumplimiento del resto de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha medida" (art. 27 inc. 2º Ley), para lo cual se computa una noche por cada día de privación o restricción de libertad (art. 9º Ley), rigiendo la misma regla en relación a la anotación de los antecedentes prontuarios.

En una decisión político-criminal que nos parece acertada, el legislador dejó abierta la posibilidad de no ejecutar necesariamente la pena inicialmente impuesta y aplicar al reo otra medida alternativa de las contempladas en la ley, cuestión que debe ser decidida, en resolución fundada, por el juez de la causa (art. 27 Ley). En tal decisión el juez ha de tener presente, por las razones ya destacadas en la primera parte de nuestro trabajo, el principio de ultima ratio de la pena privativa de libertad y recurrir a ella sólo cuando sea absolutamente imprescindible.

En cuanto a la revocación por el incumplimiento insatisfactorio de las condiciones o quebrantamiento grave de la medida (arts. 6, 11 y 19 Ley), el juez, antes de decidirla, debe tener la certeza de que se han agotado todas las posibilidades de adecuar la configuración práctica de la condición legal de que se trate a las características y circunstancias concretas del sujeto. No basta la mera comprobación del incumplimiento de la condición o el informe negativo del órgano encargado de la ejecución de la medida, pues no debe olvidarse que, en este caso, el sujeto está respetando la condición básica de todas las medidas alternativas, cual es la de no cometer un nuevo delito.