

REMISION CONDICIONAL DE LA PENA, RECLUSION NOCTURNA Y LIBERTAD VIGILADA

(Comentario sobre el texto legal)

TITO E. SOLARI PERALTA

Profesor Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

XIMENA TUDELA JIMÉNEZ

Ayudante Derecho Penal
Universidad Católica de Valparaíso

1. Con la publicación en el Diario Oficial N° 31.567, de fecha 14 de mayo de 1983, se ha introducido al Derecho vigente una importante modificación que conviene comentar sucintamente. En efecto, la Ley 18.216 que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, en su artículo final (art. 31) deroga la Ley 7.821 sobre remisión condicional de la pena; la Ley 17.642 y el Decreto Ley 1.969, modificatorios estos últimos del texto primitivo de la 7.821. El artículo 30 se pronuncia sobre la vigencia de este cuerpo legal, anotando que la presente ley regirá desde su publicación, lo que no constituye novedad, y que los Tribunales podrán otorgar el beneficio de la libertad vigilada, que es una de las tres alternativas que se regulan, sólo a partir del 1° de diciembre de 1983. El artículo 2° estatuye que en los casos de faltas regirá lo dispuesto en el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal o en el título III de la Ley 15.231 (sobre organización y atribuciones de los Juzgados de Policía Local), según sea el Tribunal que conozca del proceso¹.

¹ Sobre el tema que comentamos puede verse a Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno*, tomo 2, 1ª edición (Santiago,

Sabido es lo inconveniente que resulta el cumplimiento efectivo de las sentencias condenatorias que imponen penas privativas de libertad de poca duración y los argumentos que la doctrina ha ido desarrollando a fin de proponer medidas alternativas que, sin olvidar el hecho de la condena y la necesidad de que la responsabilidad criminal se extinga por la vía del cumplimiento, puedan aparejarse en sus efectos a tal cumplimiento. Dentro de estas medidas se inscribe la llamada remisión condicional de la pena a la que se conoce también como condena de ejecución condicional. Como expresa Novoa, "*la remisión condicional de la pena, a diferencia de la libertad condicional, no es una forma de cumplir la pena en libertad, sino que en ella la pena pronunciada queda en suspenso y en situación de ser remitida si el condenado cumple con las condiciones que le han sido fijadas para el período de prueba*"². Entendemos que el concepto conserva plena validez en la Ley 18.216 que comentamos, si se considera que los quebrantamientos a las medidas alternativas propuestas pueden conducir, aunque no necesariamente como se verá más adelante, a que el condenado deba y tenga que cumplir la pena en suspenso (artículo 6º, artículo 11 y artículo 19) y se visualiza con más claridad aún en el artículo 26, que trata de la revocación por el solo ministerio de la ley, la que se produce cuando el beneficiado con alguna de las medidas alternativas, durante el período de cumplimiento de ellas, comete un nuevo crimen o simple delito.

2. El texto legal se ocupa como hemos dicho de una cuestión que se inserta, al menos conceptualmente, en las

1966), p. 365 y ss.; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, tomo 2, Parte General, Carlos E. Gibbs, Editor (Santiago), p. 208 y ss.; LABATUT, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo 1, Parte General, 5ª edición (Santiago, 1968), p. 435 y ss. y PEÑA, Silvia, *La Condena Condicional en Chile* (Edeval, 1974), Legislación Comentada 2.

² Véase NOVOA, *Curso* (n. 1), p. 366.

prescripciones del párrafo v del título III del libro I del Código Penal, es decir, se trata de una cuestión relativa a la ejecución de las penas (artículos 79 y siguientes del Código Penal chileno) y también, por qué no decirlo, de una forma de extinción de responsabilidad penal como lo prescribe el número 2 del artículo 93 del mismo cuerpo de leyes al anotar que esta responsabilidad se extingue por el cumplimiento de la condena; no otra cosa puede significar el hecho de que transcurrido el tiempo de cumplimiento de algunas de las medidas alternativas que establece esta ley, sin que ella haya sido revocada, *se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta*. Que se trata de algo que alude a la ejecución de una sentencia condenatoria resulta incontestable si se considera que el título preliminar de esta ley, que sólo consta de dos artículos, en el primero de ellos, dice que la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad podrá suspenderse.

El mismo título preliminar e incluso el mismo artículo agrega que tal suspensión la decreta el tribunal, idea que se repite a lo largo de todo el articulado y que culmina en las disposiciones generales del título III (en especial su artículo 24).

3. El sistema de la pena remitida apareció en el derecho chileno en relación con las faltas con la dictación, 12 de junio de 1906, del Código de Procedimiento Penal, el que en su artículo 603, de la correlación numérica correspondiente al original del Código, hoy día artículo 564, ubicado en el libro tercero de los procedimientos especiales, al tratar del procedimiento sobre faltas, dispone: "*Si resultare mérito para condenar por faltas a un reo contra quien nunca se hubiere pronunciado condenación, el juez le impondrá la pena que corresponda; pero, si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por tres años,*

declarándolo en la sentencia misma, y apercibiendo al reo para que se enmiende.

Si dentro de ese plazo, éste reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y la que corresponda a la nueva falta, simple delito o crimen de que se le juzgue culpable”.

También se consagra esta institución en el artículo 24 de la Ley 6.827 del año 1941, sobre organización y atribuciones de los Juzgados de Policía Local, precepto que pasa al texto de esa ley en el artículo 25 de la actual 15.231. El artículo expresa: *“Si resultare mérito para condenar a un infractor que no hubiere sido antes sancionado, el juez le impondrá la pena correspondiente, pero si aparecieren antecedentes favorables, podrá dejarla en suspenso hasta por tres meses, declarándolo en la sentencia misma y apercibiendo al infractor para que se enmiende.*

Si dentro de este plazo éste reincidiere, el fallo que se dicte en el segundo proceso lo condenará a cumplir la pena suspendida y, la que corresponda a la nueva contravención o falta de que se le juzgue culpable”.

Es finalmente la Ley 7.821, de 29 de agosto de 1944, la que incorpora la remisión condicional de la pena de un modo más general, en favor del delincuente primario que ha sido condenado a una pena corta de privación o restricción de libertad. El texto legal tuvo su origen en un proyecto elaborado por el Instituto de Ciencias Penales, si bien su contenido mismo incorporó algunos conceptos que se apartaban del proyecto en referencia. Básicamente, podían ser objeto de remisión las penas restrictivas o privativas de libertad que no excedían de un año, cumpliéndose además el requisito de que el reo no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito y que pudiese presumirse que no volvería a delinquir. Dentro del plazo de observación que fluctuaba entre uno y tres años se debían cumplir las condiciones que establecía el artículo 2º de esa ley, relativas a residencia, sujeción a la vigilancia

de un Patronato de Reos, adoptar profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio en su caso, y satisfacer la responsabilidad civil, costas y multas impuestas por la condenatoria, exigencia ésta última que podía ser dispensada en caso de impedimento justificado. La ley se refería a la revocación de carácter judicial y a la revocación por su solo ministerio.

La Ley 7.821 fue modificada por la Ley 17.642, de fecha 4 de mayo de 1972. El efecto más sensible de esta modificatoria lo constituye el hecho que pueden remitirse condicionalmente penas restrictivas o privativas de libertad que no excedan de tres años; el plazo de observación será igual al doble de la pena que se hubiera impuesto, sin que pueda ser inferior a 1 año ni superior a 5; tanto la decisión que concedía como la que denegaba el beneficio debían ser fundadas; existiendo también motivos de revocación judicial y revocación por el solo ministerio de la ley. Transcurrido el período de observación sin que hubiere mediado revocación se tenía por cumplida la pena, debiendo así declararlo el tribunal que hubiere dictado la sentencia de primera instancia.

El Decreto Ley 1.969 de fecha 12 de noviembre de 1977, modificó el texto de la Ley 7.821 en el sentido que tratándose de personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros, mientras estuvieren en servicio se presumiría la concurrencia de ciertas condiciones (relativas a residencia y a tener oficio o empleo conocido) y que la vigilancia se ejercería por los jueces institucionales respectivos, además de otras modificaciones menores por vía de consecuencia.

Ciertamente con la Ley 17.642, al extenderse el marco de la pena que puede ser objeto de remisión, el instituto perdió la pureza doctrinal con que fue concebido, esto es, como un medio tendiente a reemplazar las penas cortas privativas o restrictivas de libertad, no pudiendo calificarse de tales las penas que pueden llegar hasta tres años. Como bien dice Silvia Peña, el texto primitivo "*armonizaba mejor*

dentro del contexto del ordenamiento chileno, porque establecía la condena condicional para las penas no superiores a un año, en tanto que la ley de libertad condicional instituye ésta para las penas de más de un año de duración, con la cual existía una correspondencia entre ambas instituciones, que ahora se ha roto"³. Labatut participa también de este criterio señalando que las penas cortas privativas de libertad, que producen efectos nocivos con su cumplimiento efectivo, serían aquellas no superiores a un año^{4, 5}.

4. En este contexto, ciertamente, la normativa que comentamos se aleja de lo que fuera el sentido de la remisión condicional de la pena, que reiteramos postula el reemplazo de las penas cortas de privación de libertad por haberse demostrado su ineficacia y sus efectos negativos, pues ya no se trata de penas que puedan ser calificadas de cortas si se considera que en algunos casos la medida alternativa puede favorecer a una persona condenada a una pena que llegue a 5 años (letra a) del artículo 15), la que limita con las que la ley aplica a los crímenes y que representa el máximo aplicable a un simple delito y, por otro lado, tampoco beneficia siempre a un delincuente primario, pues puede otorgarse el beneficio alternativo de la reclusión nocturna a personas que han sido anteriormente condenadas a penas privativas o restrictivas de libertad que no excedan de dos años o a más de una, siempre que en total no excedan de dicho límite (letra b) del artículo 8°).

³ PEÑA, Silvia, *La Condena* (n. 1), p. 15.

⁴ Así LABATUT, *Derecho Penal* (n. 1), p. 435.

⁵ En el Código Penal para Latinoamérica, Capítulo iv, artículo 74, se regula la llamada condena de ejecución condicional, permitiéndose la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad cuando ella no excede de 2 años y siempre que se trate de un delincuente primario (además de otros requisitos que no es del caso detallar). *Código Penal Tipo para Latinoamérica*, Parte General, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile, publicado bajo la dirección del profesor Francisco Grisolia.

De lo anotado resulta, como dijimos en un comienzo, que el sentido de este cuerpo legal rebasa los límites tradicionales que sustentan la remisión condicional de la pena, para tratar más bien de aspectos relativos a modalidades de ejecución y cumplimiento, de carácter alternativo, de sentencias condenatorias que imponen penas privativas o restrictivas de libertad, es decir, como disponen los artículos 79 y 80 del Código Penal, en el sentido que la condenatoria se impone por sentencia judicial ejecutoriada y que no puede ejecutarse pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto; la ley a la que nos estamos refiriendo *fija nuevas formas de ejecución de tales penas*, por la vía de la suspensión que decreta el Tribunal que la impuso, al conceder alguno de los beneficios alternativos propuestos.

Es sabido que las penas privativas de libertad son la base de los sistemas penales actualmente vigentes, en especial por tratarse de penas perfectamente divisibles que permiten el logro de los fines por los que se imponen, es decir, intimidan, aislan al sujeto del medio social y permiten su enmienda o readaptación. Ese carácter graduable es el que las hace aplicables a los delitos más graves, crímenes, y a los más leves, faltas. Por ello Joaquín Francisco Pacheco anota: "Una de las grandes cualidades que tienen todas las penas que recaen sobre la libertad, se cifra en lo extremadamente divisibles. Por eso son tan aptas para todo género de correcciones y castigos; por eso forman sin duda alguna, la base de los Códigos modernos". Agregando. *"Rigorosamente hablando, y necesitando de optar por una sola, con ellas podríamos pasarnos sin las demás, lo cual de ninguna otra puede decirse"*⁶.

⁶ PACHECO, Joaquín Francisco, citado por NOVOA, *Curso* (n. 1), p.343.

Si la ley se refiere precisamente a estas penas, que son las de mayor y más frecuente aplicación, quiere decir que tendrá indudable importancia práctica, pero quedando claro, que ya no se trata del sistema primitivo incorporado para sustituir las penas cortas de privación de libertad respecto de delinquentes primarios, en los términos contenidos en el texto primitivo de la Ley 7.821 del año 1944, si bien en algunos casos podrá recaer el beneficio concedido en un sujeto y en una pena que reúnan esas características, con lo que, sintetizando, se trata de una ley que dice relación, en algunos casos, con cuestiones relativas a la necesidad de reemplazar las penas cortas de prisión en delinquentes primarios y, en la mayoría de las situaciones, de una normativa que establece sistemas alternativos de cumplimiento de penas —dejándolas en suspenso—, distinto naturalmente al cumplimiento real y efectivo de la condena.

5. Como se ha dicho, la ejecución de una pena privativa o restrictiva de libertad puede ser suspendida por el Tribunal que la ha aplicado, de oficio o a petición de parte, ordenándolo así en la respectiva sentencia y expresando los fundamentos en que se apoya y los antecedentes que han dado base a su convicción; tales menciones son también necesarias para denegar algunos de estos beneficios (art. 1º y art. 24).

La suspensión de tales penas contenida en la sentencia condenatoria, se verifica al concederse algunos de los beneficios alternativos siguientes:

- a) Remisión condicional de la pena,
- b) Reclusión nocturna, y
- c) Libertad vigilada.

La remisión condicional de la pena consiste en la suspensión de su cumplimiento y la discreta observación

y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo (art. 3°). La reclusión nocturna es una medida que consiste en el encierro en establecimientos especiales, desde las 22:00 horas de cada día hasta las 6:00 horas del día siguiente (art. 7°). 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. 14).

Siendo como se ha dicho, una forma de suspensión de pena restrictiva o privativa de libertad, el efecto que produce el estricto cumplimiento de algunas de estas medidas está señalado en el artículo 28, al expresar que, transcurrido el tiempo de cumplimiento de alguna de dichas medidas alternativas, sin que ellas hubieran sido revocadas, *se tendrá por cumplida la pena privativa o restrictiva de libertad inicialmente impuesta*. A su vez, el artículo 29 señala otros efectos: a) El otorgamiento por sentencia ejecutoriada de alguno de estos beneficios, siempre que se trate de reos primarios, tendrá mérito suficiente para omitir en los certificados de antecedentes las anotaciones a que dio origen la encargatoria de reo y condena, y b) El cumplimiento satisfactorio de las medidas, también por delincuentes primarios, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos de tales antecedentes prontuarios. Solamente se exceptúan de estas prescripciones los certificados que se otorgan para ingresar a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

Como ya dijimos los beneficios de remisión condicional de la pena y de reclusión nocturna han entrado a regir desde el 14 de mayo de 1983, fecha de publicación de esta ley; en cambio, el de libertad vigilada solamente entrará en vigencia a partir del 1° de diciembre de 1983, por las razones que más adelante se verán.

6. La remisión condicional de la pena se puede decretar: a) si la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la sentencia condenatoria no excede de tres años; b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito; c) si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir, y d) si las circunstancias indicadas en las letras b) y c) precedentes hacen innecesario un tratamiento o la ejecución efectiva de la pena.

Como puede observarse, los dos primeros requisitos de procedencia son esencialmente iguales a los que contenía la Ley 7.821, con sus modificaciones. Existe una leve diferencia en cuanto al tercer requisito, en el sentido que pide considerar la conducta posterior al hecho punible. La última exigencia es enteramente novedosa, aunque nos parece en cierto modo reiterativa, sin embargo, del texto aparece claro que no basta la concurrencia de los tres primeros requisitos siendo menester que en concepto del sentenciador sea innecesario ejecutar efectivamente la pena o imponer un tratamiento (no queda enteramente claro cuál es dicho tratamiento, pudiendo pensarse que se trata de la libertad vigilada, que es la única de las tres medidas que se define como un tratamiento, no obstante que ésta supone una condenatoria superior a dos años y que no exceda de cinco, por lo que su aplicación sólo tendría cabida tratándose de penas que se encontraran entre dos y tres años).

El Tribunal que concede la remisión de la pena fija un plazo de observación no inferior a la duración de la misma, con un mínimo de un año y un máximo de tres. En el texto antiguo el plazo de observación era igual al doble del tiempo de la pena, sin que pudiera ser inferior a uno ni superior a cinco años. Se imponen al reo una serie de condiciones que debe cumplir: a) residencia en un lugar determinado que puede proponer, agregándose que dicha

residencia puede ser cambiada según calificación efectuada por la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile; b) sujeción al control administrativo y asistencia a la sección correspondiente de Gendarmería de Chile, en la forma que precisará el reglamento; c) ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determinará la sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante, y d) satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia. No obstante el Tribunal en caso de impedimento justificado, puede prescindir de esta exigencia, quedando a salvo la persecución de estas obligaciones de acuerdo a las reglas generales.

Si el beneficiado con la remisión condicional de la pena quebranta dentro del período de observación alguna de las condiciones ya señaladas, la sección de tratamiento en el medio libre tiene que pedir que se revoque la suspensión de la pena. Sin embargo, el Tribunal puede disponer el cumplimiento de la pena inicial o su conversión en reclusión nocturna, *según fuere aconsejable*; de lo anterior se desprende que el quebrantamiento no obliga, necesariamente, a imponer el cumplimiento efectivo. Fluye también de tal alternativa que la reclusión nocturna es una medida más grave que la remisión de la pena, toda vez que el quebrantamiento de esta última puede llevar a ella.

7. La reclusión nocturna, que desde ya supone una modalidad de cumplimiento parcial, pero efectivo de la pena, puede disponerse por el tribunal bajo los siguientes supuestos: a) que la pena privativa o restrictiva no exceda de tres años; b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito o lo ha sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no exceda de dos años o a más de una, siempre que en total no exceda ese

límite, y c) si los antecedentes personales del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos delitos.

A la luz de estas exigencias surge la posibilidad (cuando el sujeto carece de antecedentes penales) que esta medida sea alternativa para el juez respecto de la remisión condicional de la pena, sin perjuicio de la exigencia de la letra d) del artículo 4°.

El texto legal establece una regla de conversión de la pena privativa o restrictiva inicialmente impuesta indicando que *se computará una noche por cada día de duración de esa pena.*

El tribunal puede suspender el cumplimiento de la reclusión nocturna, de oficio, a petición de parte o de Gendarmería de Chile en los casos de enfermedad, invalidez, embarazo y puerperio que tengan lugar dentro de los períodos señalados en el inciso 1° del artículo 95 del Decreto Ley 2.200, de 1978, esto es, las seis semanas anteriores al parto y las doce posteriores a él. También puede suspenderse en presencia de circunstancias extraordinarias que impidan cumplir con la reclusión nocturna o la transformen en extremadamente grave. La ley señala expresamente que la suspensión subsiste mientras dure la causa que la motiva.

Los condenados a reclusión nocturna deben satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas por la condenatoria en los mismos términos señalados en la letra d) del artículo 5°, lo que significa que el tribunal en caso de impedimento justificado puede prescindir de esta exigencia, sin perjuicio de su persecución en conformidad a las reglas generales.

Si hubiera quebrantamiento grave o reiterado y sin causa justificada de esta medida, el tribunal de oficio o a petición de Gendarmería de Chile *procederá a revocarla,*

disponiendo la ejecución de la pena privativa o restrictiva de libertad por el lapso no cumplido. Esto es una nueva demostración de que esta medida de reclusión nocturna es la de mayor gravedad, pues su quebrantamiento conduce a la ejecución efectiva de la pena privativa o restrictiva pendiente, lo que no ocurría con el quebrantamiento de la remisión condicional de la pena según ya vimos.

8. La libertad vigilada, que tiende a un tratamiento intensivo e individualizado puede decretarse por el tribunal: a) si la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta por la condenatoria es superior a dos años y no excede de cinco; b) si el reo no ha sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y c) si los informes sobre antecedentes sociales y características de personalidad del reo, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten concluir que un tratamiento en libertad aparece eficaz y necesario, en el caso específico, para una efectiva readaptación y resocialización del beneficiado. Si dichos informes no hubieren sido agregados a los autos durante la tramitación del proceso, el juez de la causa o el Tribunal de Alzada los solicitarán como medida para mejor resolver. Estos informes serán evacuados por el organismo técnico que determine el reglamento.

El Tribunal debe establecer un plazo de tratamiento y observación que no será inferior al de duración de la pena, con un mínimo de tres años y un máximo de seis.

Esta medida se lleva a efecto bajo la vigilancia y orientación permanente de un delegado de libertad vigilada que tendrá las siguientes funciones: 1) Proponer al juez la prórroga del período de observación y tratamiento fijado, hasta por seis meses siempre que con ello no se pase del máximo de seis años; 2) Puede proponer la reducción del plazo siempre que ello no suponga bajar del mínimo de tres años; 3) Puede pedir que se egrese al

reo del sistema de libertad vigilada cuando haya cumplido el período mínimo de observación; 4) Deben vigilar, controlar, orientar y asistir a los condenados que obtienen este beneficio a fin de evitar la reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad; 5) Deben también, informar al respectivo Tribunal, al menos semestralmente, sobre el comportamiento de las personas sometidas a su vigilancia y orientación y emitir esos mismos informes cada vez que se lo solicite el Tribunal, y 6) Poner en conocimiento del Tribunal todo quebrantamiento grave o reiterado de las condiciones de la libertad vigilada.

Al conceder el beneficio el Tribunal debe imponer el cumplimiento de determinadas condiciones: a) Residencia en un lugar determinado la que podrá ser propuesta por el reo, pero que, en todo caso, deberá corresponder a una ciudad en que preste funciones un delegado de libertad vigilada. La residencia podrá ser cambiada en casos especiales calificados por el tribunal y previo informe del delegado respectivo; b) Sujeción a la vigilancia y orientación permanentes de un delegado por el 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; c) Ejercer, dentro del plazo y bajo las modalidades que determine el delegado de libertad vigilada, una profesión, oficio, empleo, arte, industria o comercio, si el reo carece de medios conocidos y honestos de subsistencia y no posee calidad de estudiante; d) Satisfacción de la indemnización civil, costas y multas impuestas por la sentencia, de acuerdo con lo establecido en la letra d) del artículo 5º, y e) Reparación, si procediere, en proporción racional de los daños causados por el delito. En el evento de que el reo no la haya efectuado con anterioridad a la dictación del fallo, el tribunal hará en él, para este solo efecto, una regulación

prudencial sobre el particular. En tal caso, concederá para el pago un término que no excederá del plazo de observación y determinará, si ello fuere aconsejable, su cancelación por cuotas, que fijará en número y monto al igual que las modalidades de reajustes e intereses. El ofendido conservará, con todo, su derecho al cobro de los daños en conformidad a las normas generales, imputándose a la indemnización que proceda lo que el reo haya pagado de acuerdo con la norma anterior.

Asimismo, durante el período de libertad vigilada, el juez podrá ordenar que el beneficiado sea sometido a los exámenes médicos, psicológicos o de otra naturaleza que aparezcan necesarios.

Si se compara la condición de la letra d), que supone satisfacer la indemnización civil, costas y multas, con la de la letra e), que habla de reparar, si procediere, en proporción racional, los daños causados por el delito, surge una duda interpretativa que podemos resumir así:

Se trataría de una condición superflua, que ya se había expresado al imponer la obligación de satisfacer la responsabilidad civil, con lo que esa parte del precepto no tendría sentido; interpretación no satisfactoria a partir del principio según el cual las normas deben ser útiles, es decir, se dictan para producir un efecto debiendo despreciarse otra interpretación que las deje sin sentido.

Se trataría de una alternativa, para el caso de que el Tribunal comprobare que el condenado a satisfacer esa responsabilidad civil carece de bienes en cantidad suficiente; por ello se habla de reparación en *proporción racional* de los daños causados por el delito. Si el juez puede en caso de impedimento justificado prescindir de la obligación de satisfacer esa responsabilidad civil, tendrá que poder, con mayor razón, imponer una obligación de monto menor (en proporción racional). De allí que el Tribunal hace una estimación prudencial de esa obligación y concede

un plazo para el pago el que no excederá del plazo de observación y puede determinar su cancelación en cuotas, todo ello sin perjuicio de los derechos del ofendido para perseguir su cobro de acuerdo a las reglas generales.

Finalmente, creemos que la interpretación que mejor se aviene con el texto de la ley, es la de considerar que esta obligación de reparar los daños en proporción racional, se refiere a aquellos casos en que el ofendido no ha deducido la acción indemnizatoria y, por ello, el fallo condenatorio nada dice sobre este particular; por eso se permite que el Tribunal haga en el fallo, para este solo efecto, una regulación prudencial sobre dicho punto, concediendo plazo para el pago y otorgando si es aconsejable, su cancelación en cuotas. De allí que se diga que el ofendido conserva su derecho al cobro de los daños de acuerdo a las reglas generales, pero imputándose a la indemnización que proceda lo que el reo haya pagado de acuerdo a este procedimiento, es decir, que a la indemnización decretada por sentencia se le deduce este pago prudencial y provisional. Así se evita que la falta de ejercicio de la acción indemnizatoria prive al condenado de la posibilidad de acceder a este beneficio.

El quebrantamiento de algunas de las condiciones impuestas por el Tribunal, o la desobediencia grave o reiterada y sin causa justa a las normas de conducta impartidas por el delegado, facultan al Tribunal para revocar el beneficio en resolución fundada. En ese evento el Tribunal debe ordenar el cumplimiento de las penas suspendidas o su conversión, *si procediere*, en reclusión nocturna, lo que vuelve a confirmar la idea que la reclusión nocturna es la medida alternativa más grave. Tal conversión solamente puede darse respecto de penas que fluctúen entre dos y tres años.

9. La ley contiene una serie de disposiciones que podemos resumir del siguiente modo:

a) Cuando la medida recae en personal de las Fuerzas Armadas y Carabineros de Chile y se trata de una remisión condicional de la pena, el control administrativo se ejerce por el juez institucional. Si la medida es de reclusión nocturna se cumple en la unidad militar o policial, según el caso. Se debe también satisfacer la indemnización civil, costas y multas impuestas en los mismos términos del artículo 5º, letra d). Se presume la concurrencia de las condiciones señaladas en las letras a) y c) del artículo 5º (relativas a residencia y actividad laboral), por el solo hecho de permanecer el beneficiado en servicio. Si el beneficiado deja de pertenecer a estas instituciones el tiempo que lleva cumplido se computará y deducirá respecto del que deba cumplir conforme a las reglas generales. Se repite la idea, adaptada a la nueva institución que estaba contenida en el Decreto Ley 1.969 al que nos hemos referido, tanto es así que la eliminación definitiva de los antecedentes prontuarios previsto para el caso del inciso 2º del artículo 29, será aplicable también a los que hubieren obtenido los beneficios de ese Decreto Ley.

b) Las solicitudes que los delegados de libertad vigilada formulen para el adecuado tratamiento de las personas sometidas a su orientación y vigilancia, deberán ser especialmente consideradas por los organismos estatales y comunitarios que otorguen servicios relativos a salud, educación, capacitación profesional, empleo, vivienda, recreación y otras similares.

c) Los delegados de libertad vigilada son funcionarios dependientes de Gendarmería de Chile; la habilitación para ejercer las funciones de tales será otorgada por el Ministerio de Justicia a quienes acrediten idoneidad moral y conocimiento, en la forma que determine el reglamento.

d) El Ministerio de Justicia está autorizado para celebrar convenios con personas naturales o jurídicas, estatales o privadas para el control de la libertad vigilada.

e) Un reglamento establecerá las normas relacionadas con la organización del sistema de libertad vigilada.

f) En los lugares donde no exista una sección de tratamiento en el medio libre de Gendarmería de Chile, las funciones señaladas en las letras a), b) y c) del artículo 5º serán cumplidas por el Patronato de Reos respectivo.

g) La decisión del tribunal que concede o deniega algunos de los beneficios establecidos en esta ley debe ser fundada. El reo puede apelar de la decisión denegatoria o revocatoria de los beneficios establecidos, caso en el cual el Tribunal de Alzada sólo se pronunciará sobre este punto sin perjuicio de las reglas generales sobre apelación y consulta.

10. Hemos visto los casos de revocación judicial que pueden presentarse cuando se produce quebrantamiento de alguna de las medidas (artículos 6º, 11 y 19), y las alternativas que la ley proporciona al sentenciador.

Por el solo ministerio de la ley se revoca cualquiera de las medidas que ella establece cuando el beneficiario comete un nuevo crimen o simple delito, lo que naturalmente significa que la revocación opera si es condenado por tal hecho delictuoso. Si acontece el hecho que provoca la revocación respecto de medidas de remisión condicional o de libertad vigilada, el reo debe cumplir el total de la pena inicialmente impuesta o, si procediere, una medida alternativa *equivalente a toda su duración*.

Si la revocación por nuevo delinquiramiento afecta a la reclusión nocturna, el reo debe cumplir *el resto* de la pena inicial, abonándose el tiempo de cumplimiento de la reclusión nocturna. Procede aplicar la regla de conversión del artículo 9º —computar una noche por cada día— para efectuar las sustituciones previstas en el artículo 27.

11. Al publicarse esta ley el 14 de mayo de 1983, disponiendo su artículo 30 una vigencia a partir de esa publi-

cación, excepto respecto del beneficio de libertad vigilada que sólo se podrá conceder a partir del 1º de diciembre de 1983, se plantearán necesariamente algunas cuestiones en relación con la aplicación temporal de este texto, toda vez que es principio constitucional el de la retroactividad de la ley penal posterior que favorece al afectado según el inciso 7º del Nº 3 del artículo 19 de la Constitución Política, idea que ya estaba expresada en el Código Penal en los incisos 2º y 3º del artículo 18, precepto que, desde la dictación de la Ley 17.727 del año 1972, carece de límite temporal permitiendo la modificación de sentencias que se encuentren ejecutoriadas aun cuando la pena esté cumplida.

En conformidad a este principio penal, estimamos que deben y pueden aplicarse las medidas contenidas en esta ley aun a personas ya condenadas por resolución judicial ejecutoriada cuando resulte manifiesto que en conformidad a esta normativa podrían haber obtenido alguno de los beneficios que ella regula, y que, por supuesto, no obtuvieron en el fallo que se debe revisar. Tal situación se puede dar con frecuencia, por ejemplo, respecto de la reclusión nocturna que puede concederse, según sabemos, a personas que hubieren sido condenadas anteriormente a penas no superiores a dos años de privación o restricción de libertad.

No puede interpretarse el artículo 18 del Código Penal como solamente aplicable a situaciones en que la ley nueva exime lo que la ley antigua penaba, o sanciona menos rigurosamente un hecho que antes se sancionaba más rigurosamente; no es sólo la pena o la ausencia de pena lo que hace aplicable el principio de retroactividad de la ley más favorable al afectado. La doctrina nacional de modo uniforme y también la jurisprudencia sostienen que aparte de la sanción, deben considerarse todas las consecuencias penales de la ley, es decir, el tipo, sus elementos, las calificantes, las atenuantes, las causas de extinción de responsabilidad criminal y, en general, todo elemento que influya

en la determinación de un tratamiento penal más favorable⁷. La idea ha sido perfectamente expuesta por Jiménez de Asúa, cuando expresa: *"Ha de estimarse como ley más benigna la que haga imposible la penalidad del acusado o dé lugar a una pena menos grave, ya porque modifique los elementos constitutivos del tipo de delito, las circunstancias calificativas o las condiciones objetivas de punibilidad o, porque introduzca nuevas causas eximentes o atenuantes o suprima algunas agravantes o, porque modifique favorablemente la definición de tentativa o los grados de codelinuencia o, porque aumente el número de las causas extintivas de la responsabilidad criminal o acorte los plazos de prescripción, o altere, en sentido más benigno, la graduación de las penas, su número, su entidad o su duración o el número y naturaleza de las penas accesorias; ya porque señale a un concreto delito un género de pena más benigna o de duración más breve, o bien, en caso de leyes procesales penales, cuando éstas hagan imposible —por ejemplo— la punición del acusado o aumenten las garantías de su defensa"*⁸. En este mismo sentido Cousiño señala que son varios los criterios rectores para determinar la ley más favorable: 1: que lo favorable u odioso de una ley debe decidirse en el caso concreto, y cita a Maurach, quien dice: *"Más benigna es la ley más favorable en el caso concreto"*; 2º que la decisión acerca de la ley que es más favorable corresponde a los jueces; 3º que debe atenderse especialmente a la naturaleza intrínseca de la pena, antes que a su duración, y 4º la gravedad del delito, las exigencias del

⁷ Así LABATUT, *Derecho Penal* (n. 1); ETCHEBERRY, *Derecho Penal*, tomo 1 y NOVOA, *Curso*, tomo 1. Otro tanto se observa en las obras de COUSIÑO, Luis, *Derecho Penal chileno*, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1975), p. 119 y ss. y CURY, Enrique, *Derecho Penal*, Parte General, tomo 1, Editorial Jurídica de Chile (Santiago, 1982), p. 187 y ss.

⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo 2, 2ª edición (1958), p. 633.

tipo, las modificatorias de uno y otro caso, los plazos de prescripción de la acción o de la pena⁹. El mencionado criterio es aceptado por la jurisprudencia, con los mismos argumentos¹⁰.

Resulta obvio, como lo dijéramos al expresar que esta ley dice relación con alternativas de cumplimiento de penas y que se trata, pues de normas sobre ejecución y cumplimiento de determinadas condenas, que es más benigna en ese aspecto que la normativa existente, porque ésta imponía a veces el cumplimiento real y efectivo de la sentencia que penaba el hecho delictuoso, en cambio ahora, en algunos casos, el condenado puede obtener la suspensión del cumplimiento y su reemplazo por las medidas que hemos analizado; la aplicación de esta ley, al amparo del principio de retroactividad de la norma penal más benigna, aparece así de manifiesto y, sin olvidar, que hoy día este principio no tiene limitación y puede aplicarse aún existiendo sentencia condenatoria firme.

12. Ya hemos dicho que el texto legal que comentamos fija nuevas formas de ejecución respecto de penas privativas o restrictivas de libertad; se inserta de ese modo con lo que muchos llaman las tendencias modernas en materia criminológica, en el sentido que tales penas resultan negativas en relación con la posterior rehabilitación de quien

⁹ Cousiño, Luis, *Derecho Penal chileno* (n. 7), p. 129-130.

¹⁰ Corte Suprema, Gaceta (1875), 329-159; Corte Apelaciones de Santiago, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo LI, sección 4ª, p. 8; Corte Suprema (1945), Gaceta 1945-1, 29-150; Corte Suprema (1875), Gaceta 1875, 174-91; Corte Suprema (1875), 249-120; Corte Suprema (1875), Gaceta, 251-121; Corte Suprema (1875), Gaceta, 241-118; Corte Suprema (1890), Gaceta, 1890-3, 5094-138; Corte Suprema (1875), Gaceta, 1252-565. Estos fallos aparecen resumidos en ETCHEBERRY, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*, tomo I, p. 121 a 124, en especial los N.ºs. 139 a 148.

las debe soportar. Además, tiene la ventaja que el individuo mantiene su fuente de trabajo y conserva, casi plenamente, el contacto diario con su círculo familiar, evitándose de paso el llamado "*contagio criminológico entre los reos*".

El proyecto que ahora se traduce en esta ley fue gestado por el criminólogo Marco A. González Berendique y sirvió de base, hace algunos años, a una normativa análoga aplicada en Venezuela. El profesor González Berendique sostiene que las penas privativas de libertad se desarrollan a partir del siglo XVI y hasta el siglo XIX, representando o concretando la idea de la retribución (al mal del delito corresponde el mal de la pena), pero estando ausente toda idea de tratamiento y rehabilitación del condenado. El autor citado sostiene enfáticamente que las penas privativas de libertad poseen defectos imposibles de soslayar cualquiera sea la cantidad de recursos con que se cuente, llegando a decir que "*ha llegado el momento de ir reemplazando los barrotes y destruir el mito, que todavía persiste en algunos países, de creer que la prisión constituye la panacea universal contra el delito*", pues en su concepto "*la prisión ha fracasado como sistema en sus cuatro siglos de funcionamiento*"¹¹.

A pesar de lo ya anotado, no podemos olvidar que dentro de la estructura de nuestro Código Penal y analizando las penas que él impone para cada uno de los delitos que tipifica, la pena privativa de libertad es la pena por excelencia; sin lugar a dudas la de más frecuente aplicación, debido ello a la notable influencia clásica acerca del fundamento de la responsabilidad criminal sustentada sobre la base del libre albedrío y, como contrapartida, la privación de tal libertad en los casos de mal uso de este atributo. En este entendido, el proyecto no puede cumplir la meta visualizada por su autor en la medida que es sólo

¹¹ GONZÁLEZ BERENDIQUE, Marco, versiones de prensa del autor del proyecto que comentamos (Ercilla 2469, junio 1983).

una alternativa de reemplazo respecto de algo —pena privativa de libertad— que sigue subsistiendo. De este modo, la ley debe considerarse tan sólo como un paliativo a los inconvenientes de tales penas, pero en ningún caso significa una alteración radical del sistema.

Séanos permitido, además, expresar alguna reserva respecto de la experiencia frente a la aplicación práctica de la ley sobre remisión condicional de la pena que hoy día se ha derogado. No nos cabe duda que ninguno de los fines asignados a una pena cumplida en esas condiciones ha resultado logrado con esa institución, entre otras razones, porque en la práctica, sólo se traducía en una obligación administrativa de concurrir al Patronato de Reos una vez al mes, no existiendo en el hecho ningún elemento positivo conducente a un tratamiento, ni menos a una rehabilitación.

Cabe esperar pues, que la remisión condicional de la pena conforme al nuevo texto cumpla efectivamente con la idea de concretar *“la discreta observación y asistencia del condenado por la autoridad administrativa durante cierto tiempo”*. Lo mismo puede decirse de la reclusión nocturna y, con mayor razón respecto de la libertad vigilada que, de acuerdo al propio texto legal, tiende al tratamiento intensivo e individualizado del reo, bajo vigilancia y orientación permanentes de un delegado, con todas las funciones que este posee según lo hemos detallado. Será el reglamento que se dicte conforme al artículo 22 y, en especial, la idoneidad de los delegados que deben vigilar, controlar, orientar y asistir a los condenados, a fin de evitar su reincidencia, protegerlos y lograr su readaptación e integración a la sociedad, lo que determinará un posible éxito en tan ambiciosa misión.

Como expresa Etcheberry —refiriéndose a materias análogas—, *“El éxito estará subordinado a la asistencia efectiva que se preste al penado fuera de la prisión por un organismo con personal especializado para resolver los*

*numerosos problemas que naturalmente aquejan al preso que recobra la libertad*¹².

En definitiva, será el tiempo, seguido de una evaluación de los resultados que se obtengan, lo que determinará el éxito o fracaso de este sistema de suspensión de penas. También cabe esperar que los tribunales apliquen estos beneficios respetando la relación de mayor o menor gravedad que existe entre uno y otro de los métodos alternativos propuestos por la ley.

¹² ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal* (n. 1), p. 222.