



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

**CONCESIÓN DE LIBERTAD CONDICIONAL A CONDENADOS POR CRIMENES
COMETIDOS EN EL CONTEXTO DE VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS EN
EL PERIODO 1973-1990 EN CHILE.**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile

Autor: Benito García Délano.
Profesor guía: Álvaro Castro Morales

Santiago de Chile
2018

Índice

Introducción	5
Justificación.....	6
Objetivos Generales.....	6
Objetivos Particulares.....	7
<u>Capítulo 1: La regulación de la libertad condicional en Chile</u>	7
1.1 Concepto y naturaleza de la Libertad Condicional.....	8
1.2 Requisitos de procedencia de la libertad condicional.....	12
1.3 Cómo se entrega la libertad condicional.....	11
1.4 Criminalidad contemplada y limitada de la Libertad Condicional.....	18
<u>Capítulo 2.- Prohibir, limitar o permitir: principales argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos</u>	26
2.1 Argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos.....	26
2.1.1 Argumentos desarrollados en contra de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos.....	27
2.1.1.1 Desde la política criminal.	27
2.1.1.2 Desde la doctrina penal sobre fines de la pena.....	30
2.1.2 Argumentos a favor de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos.....	34
2.1.2.1 Desde la doctrina penal sobre los fines de la pena.....	34
2.1.2.2 Desde la jurisprudencia.....	37
2.1.2.3. Desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos...41	
2.2 Argumentos a favor de la aplicación de libertad condicional a condenados por crímenes de violación a los derechos humanos con requisitos adicionales.....	46
2.2.1 Desde la política criminal.....	46
2.2.2 Desde la doctrina penal sobre fines de la pena.....	50
2.2.3 Desde la jurisprudencia.....	55

2.2.4 Desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos.....60

Capítulo 3: Qué requisitos debiesen integrarse y de qué manera incluirlos.....62

3.1 Regulación y problemática del tipo de crímenes cometidos en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.....62

3.2 Opinión Instituto Nacional de Derechos humanos y relación con el Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional de acuerdo a instaurar requisitos adicionales.....68

3.3 Conclusiones y propuestas de inclusión de requisitos adicionales para la concesión de Libertad Condicional en condenados por crímenes de violación de los derechos humanos en la legislación Chilena.....72

Bibliografía utilizada.....76

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo responder la interrogante sobre si es necesaria la inclusión de requisitos adicionales en la normativa vigente sobre la concesión de la libertad condicional para los casos de condenados por crímenes calificados como violaciones a los derechos humanos, en el periodo de tiempo comprendido desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990.

Con este fin, en el primer capítulo se abordará el tratamiento legal sobre la libertad condicional en Chile, analizando el concepto y naturaleza contenido en la normativa respectiva, los órganos y mecanismos contemplados para su concesión, los requisitos exigidos para ello y el tratamiento especializado considerado para una criminalidad en particular.

En el segundo capítulo se desarrollaran los argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional a los casos mencionados, tomando para ello elementos político-criminales, de la doctrina penal sobre fines de la pena, jurisprudenciales y del Instituto Nacional de Derechos humanos relacionados a la problemática planteada. Habiendo desarrollado estos argumentos, se buscará analizar las razones en atención a la concesión de la institución agregando requisitos adicionales.

En el tercer y último capítulo se analizarán qué requisitos y de qué manera se debiesen implementar, considerando la actual normativa sobre crímenes de violación a los derechos humanos y las problemáticas asociadas a ésta, la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos de acuerdo a la normativa internacional aplicable, para así terminar en las conclusiones con una propuesta de requisito adicional para los casos problematizados.

Introducción

Desde el 11 de septiembre de 1973 hasta el 10 de marzo de 1990 en Chile imperó una política estatal que buscó imponer un orden político, jurídico, legislativo y económico a través de un levantamiento militar, donde se recurrió a distintos medios de perpetuación del poder. La amenaza, persecución, detención, tortura, desaparición, homicidios y exilios contemplan solo algunos de los crímenes perpetrados por los distintos órganos estatales y organizaciones creadas con los fines de establecer de manera contraria a la democracia representativa un orden de ideas donde se buscaba excluir y erradicar grupos políticos afines a la Unidad Popular. Posteriormente, la violencia sistemática con la que actuaron los distintos órganos y grupos especializados se habrían subsumido en un perfil institucionalizado de la dictadura cívico- militar donde, sin dejar de realizar vejaciones generalizadas y sistematizadas en contra de la población civil, por medio de un proceso de instalación de una doctrina económica y política a través de la Constitución Política de la República del año 1980¹.

En la década de los ochenta producto del descontento social, movilizaciones e insurrecciones populares se genera la presión suficiente para que el país se organice políticamente y decante en un proceso de vuelta a la democracia, donde a través del plebiscito del año 1988 se lograría el fin del gobierno cívico-militar encabezado por Augusto Pinochet.²

En el contexto de los procesos de justicia transicional han suscitado especial atención las decisiones que se toman en la esfera del juzgamiento y castigo de los perpetradores de crímenes contra los derechos humanos cometidos en el marco de la dictadura cívico-militar ocurrida Chile en el periodo comprendido entre los años 1973 y 1990, siendo un tema especialmente controvertido lo relacionado a la ejecución de las penas impuestas debido a las condiciones en las que se desarrollan las condenas y el carácter de los delitos y sujetos que los cometen.

En específico, en los últimos años se ha presentado la situación en la que condenados por crímenes de violaciones a los derechos humanos pueden solicitar la concesión de la libertad condicional considerando el transcurso del tiempo, sin existir una diferenciación en la ley con respecto a quienes hayan cometido este tipo de delitos. En este sentido resulta problemático toda vez que no se distingue la gravedad de los crímenes de violación a los derechos humanos de la criminalidad corriente al momento de conceder o denegar la libertad condicional, sin establecer limitantes o requisitos adicionales y mostrando la falta de un tratamiento específico en estos casos.

¹ Biblioteca Nacional de Chile. Memoria Chilena. “Violaciones a los Derechos Humanos”. (Consultado el 19 de noviembre de 2017 www.memoriachilena.cl). Disponible en: <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-92415.html>.

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia Política. “Periodo 1973-1990. Régimen Militar”. (consultado el 19 de noviembre de 2017). Disponible en: https://www.bcn.cl/historiapolitica/hitos_periodo/detalle_periodo.html?per=1973-1990.

En particular, la actividad judicial que ha respondido a los reclamos presentados por los condenados por crímenes de violación a los derechos humanos cometido por agentes estatales -o como se les ha calificado en varias ocasiones, crímenes de lesa humanidad- ha logrado ilustrar la manifestación del problema, discutiendo principalmente si es que cabe tener en consideración el carácter de estos delitos al momento de conceder o rechazar la concesión de la libertad condicional, no existiendo una prohibición o limitante que lo exprese de manera patente.

Justificación

El presente ensayo buscará responder a si es necesaria la inclusión de requisitos adicionales para la concesión de la libertad condicional, expresamente sobre la normativa vigente, para los casos particulares de condenados por crímenes calificados como violaciones de derechos humanos, tomando en consideración el carácter de los sujetos como agentes o colaboradores del Estado, y además el periodo de tiempo en el cual fueron consumados, desde el 11 de septiembre de 1973 al 10 de marzo de 1990.

El análisis de la problemática comentada, y una eventual respuesta a la incógnita, entregaría directrices de cómo deben analizarse estos casos, tomando en cuenta las consideraciones de derecho nacional e internacional, doctrinal, institucional, jurisprudencial y político criminal. Más que entregar una respuesta inequívoca sobre cual debiese la respuesta, se emitirán las consideraciones que se consideraron relevantes para este fin, entregando una propuesta que sirva para dar luces sobre qué asuntos debiesen tomarse en cuenta.

Esta problemática no ha sido especialmente abordada, sino de manera titubeante por distintos sectores al considerar todas las consecuencias que trae la falta de regulación expresa sobre la materia. En este sentido el presente ensayo pretende servir para exponer qué puntos se han traído a colación para así agruparlos y poder establecer un criterio a partir de lo que se ha considerado como relevante para entregar un panorama generalizado de la situación.

Objetivos generales

Los objetivos generales del presente ensayo son analizar la institución de la libertad condicional y la norma vigente sobre la materia, dando cuenta del mecanismo actual que se utiliza para su función. Posteriormente, a partir de lo expuesto en la ley, se tomarán en consideración todos los elementos que puedan responder a la interrogante sobre si es necesario establecer requisitos adicionales para la concesión de la libertad condicional de las personas condenadas por crímenes de violación a los

derechos humanos, a partir del análisis de los argumentos a favor y en contra de su aplicación, y las razones a favor de aplicar requisitos adicionales.

Por último el análisis busca formular una propuesta sobre cuáles requisitos y cómo debiesen ser incluidos en la normativa vigente, dando a conocer una propuesta elaborada en consideración a todos los puntos abordados en los objetivos específicos.

Objetivos particulares.

En un primer momento se abordará el mecanismo de funcionamiento de la ley, analizando el concepto y naturaleza tratado en la legislación sobre la libertad condicional, los órganos encargados y el funcionamiento de la concesión de libertad condicional, los requisitos que contempla la norma y el tratamiento especializado que se hace en torno a una criminalidad en particular.

Posteriormente se buscará entregar argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional a condenados por crímenes de violación a los derechos humanos, y posteriormente si es necesaria la inclusión de requisitos adicionales para su concesión.

Por último con el fin de abordar qué requisitos y cómo se debiesen implementar, se hará un estudio de la actual legislación sobre crímenes de lesa humanidad y posteriormente un análisis de las problemáticas que trae la utilización de este tipo penal para el establecimiento de un requisito, para así terminar con las conclusiones recogidas en una propuesta de requisito especial para los casos de condenados por crímenes de violaciones a los derechos humanos cometidos por agentes del estado, o por grupos de personas con apoyo, ayuda, autorización o aquiescencia de éste, comprendidos en el periodo de 11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1990.

Capítulo 1.- La regulación de la libertad condicional en Chile.

Es necesario realizar un análisis sobre la norma que se abordará, toda vez que sobre esta versara el objeto del presente estudio. Tal como adujimos en la introducción, es sobre este tema en particular y su falta de regulación donde se plantea la problemática. Se comprende en este sentido que para hacer un análisis detallado sobre si es necesaria la ampliación de los requisitos para la concesión de la libertad condicional en los casos de crímenes de violaciones de los derechos humanos por parte de agentes del estado o personas con su ayuda, apoyo o aquiescencia, es fundamental comprender el funcionamiento del mecanismo que utiliza la libertad condicional para realizar dichos fines.

Así, se prestará atención a delimitar los distintos elementos que comprenden la institución de la libertad condicional en Chile, regulada a través del Decreto Ley N°321 de 1925 del Ministerio de

Justicia analizando los factores más relevantes dentro de estos y perfilando el análisis hacia el objeto del presente trabajo.

1.1.- Concepto y naturaleza de la libertad condicional en Chile

En Chile la libertad condicional se dicta en el año 1925 a través de un Decreto Ley N°321 en el cual se les concede a los condenados que hayan cumplido una cierta cantidad de tiempo y una serie de requisitos asociados a la conducta dentro de los establecimientos penitenciarios, la posibilidad de cumplir el resto de la pena en libertad, bajo una serie de condiciones y controles en el cual el incumplimiento significaría el reingreso al recinto penitenciario.

En este sentido, el artículo 1 del Decreto Ley indica en su inciso segundo: *“la libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este decreto ley y en el reglamento respectivo”*. Según lo dispuesto por el mismo texto legal, se reconoce que la libertad condicional es básicamente una pena, en donde la manera de hacerla cumplir es modificada. Así mismo lo dispone el artículo 3 del reglamento de la ley de libertad condicional del Decreto N°2.442, del Ministerio de Justicia, publicado el 26 de noviembre de 1926, el cual detalla que el periodo de libertad condicional durará todo el tiempo que le reste por cumplir al condenado.

A su vez, el mismo artículo 1, dispone en el inciso primero: *“se establece la libertad condicional, como un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”*. De dicho inciso se desprende que a su vez la libertad condicional se utiliza como un medio de control en el cual se verifica que el beneficiario de esta se encuentre dirigiendo su conducta conforme a derecho³ .

La libertad condicional se enmarca en un sistema penitenciario de carácter progresivo, en el cual se busca readaptar a la libertad al condenado, a partir de una serie de incentivos que busquen dar muestra de su rehabilitación, en la cual pueda optar a una liberación anticipada del recinto penitenciario⁴.

Así se puede ver, en el artículo 2 del Decreto Ley 321, el cual indica: *“Todo individuo condenado a una pena privativa de libertad, de más de un año de duración, tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional, siempre que cumpla con los requisitos”*. A su vez el Decreto N°2.442, del Ministerio de Justicia, publicado el 26 de noviembre de 1926, reglamento de la ley de

³ Ana María Morales Peillard. “Redescubriendo la libertad condicional”, *Revista Razonamiento penal*, número 8 (2012): P.8.

⁴ Francisca Muñoz San Martín y Fernando Andrés Rodríguez Corrales. “Fines de la Pena y Libertad Condicional.” (tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2009). P.61, http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110990/de-munoz_f.pdf;sequence=1

libertad condicional, en su artículo 2 menciona: “*se establece la libertad condicional como una recompensa para el delincuente condenado a una pena privativa de libertad por más de e un año, que, por su conducta y comportamiento intachables en el establecimiento penal en el que cumple su pena, por su interés en instruirse y por su empeño en adquirir un oficio o los medios de ganarse la vida honradamente, haya demostrado que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social*”. Es posible desprender de los artículos mencionados que la libertad condicional es una institución que busca readaptar al condenado, pudiéndose ver los conceptos de rehabilitación y corrección utilizados en la redacción de la norma⁵.

A su vez, al hacer una lectura sistemática de las normas mencionadas no existe claridad con respecto a si la libertad condicional opera como un derecho subjetivo que se integra al patrimonio del condenado a partir del cumplimiento de una serie de requisitos, o bien como una recompensa que se entrega desde el poder ejecutivo haciendo uso de sus facultades discrecionales. En la delimitación del concepto de libertad condicional que se busca elaborar, se ha discutido sobre su naturaleza, encontrándose distintas posiciones dentro de la doctrina que se ha referido a este tema.

SEPÚLVEDA y SEPÚLVEDA entienden que la medida no sería una medida de gracia otorgada por la administración sino que sería la “*concreción de la última fase de un sistema progresivo*”, por lo que al estar inserto en un tratamiento y cumpliendo los requisitos exigidos, pasaría a entenderse como un derecho incorporado⁶. Así hacen referencia a la Corte de Apelaciones de Santiago que avala la posición al entender en uno de sus fallos que al rechazar la concesión de la libertad condicional, habiendo cumplido los requisitos para ello, sin justificación (“*sin más*”), significaría un acto “*contrario a la idea de derecho*”⁷

Por otro lado, distintos autores entienden que la concesión de la libertad condicional se trataría de una recompensa entregada por el poder ejecutivo haciendo uso de sus facultades discrecionales. POLITOFF, MATUS Y RAMIREZ la concesión de la libertad condicional se entendería sujeta a la facultad discrecional de las comisiones de libertad condicional al someter a votación la decisión de concederla⁸⁹. Aun así, la promulgación de la ley 20.587 del año 2012 reforma estos órganos otorgando el funcionamiento a las cortes de apelaciones respectivas, buscando reducir la discrecionalidad de la ejecución de estos actos¹⁰, cuestión que se desarrollará en el siguiente punto

⁵ Morales, “Redescubriendo la libertad condicional”, p.8

⁶ Eduardo Sepúlveda y Paulina Sepúlveda. “A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?” Revista de estudios criminológicos y penitenciarios, n° 13, Gendarmería de Chile, (2008): P.88 y 89.

⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso. Recurso de Protección. Rol N° 612–2008. 22 de abril de 2009.

⁸ Sergio Politoff, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, “Lecciones de derecho penal chileno” (Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, reimpresión 2016), PP.565-567.

⁹ Revisar Artículo 19, inciso tercero. Decreto Supremo N° 2.442 del Ministerio de Justicia, Santiago, 30 de octubre de 1926. Reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

¹⁰ Sepúlveda y Sepúlveda. “A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?”, p.102.

FONCEA en este sentido comprende que la institución sería una recompensa en la cual la concesión se otorgaría a los sujetos que den muestra de haberse rehabilitado a la vida en sociedad. Entiende que la libertad condicional se enmarca dentro de un sistema penitenciario progresivo por lo que la decisión no podría ser una mera revisión del cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación actual¹¹, sino que debiese ser una evaluación producto de un proceso de readaptación integral y no solo el cumplimiento de tareas que muestren un aprendizaje parcial¹². En este sentido apunta a que la autoridad encargada de conceder la libertad condicional debe tener un pronóstico futuro favorable sobre su conducta a través de un seguimiento especializado y asistencia post penitenciaria¹³. A su vez entiende que si bien no existen las condiciones para que los seguimientos y procesos de rehabilitación se lleven a cabalidad, la legislación actual contempla un mecanismo evaluación de conducta¹⁴, en el cual a partir de informes pedidos según lo facultado en el artículo 20 del reglamento¹⁵, debe clasificar la conducta de los condenados teniendo en cuenta, entre otros elementos, las manifestaciones del carácter, tendencias, educación y moralidad según lo dispuesto en el artículo 19 del reglamento¹⁶.

Ahora bien, el utilizar criterios del artículo 19 del reglamento implica necesariamente la discrecionalidad de los funcionarios encargados al clasificar las conductas de los condenados a partir de criterios subjetivos. Así lo entiende TEBAR¹⁷, y señala: *“los requisitos de libertad condicional remiten a conceptos jurídicos indeterminados de difícil concreción, sobre todo en el caso del requisito que exige un juicio sobre el comportamiento humano futuro”*¹⁸. Considerando lo anterior, se exige como control mayor a la discrecionalidad el deber de motivar las decisiones, según los marcos

¹¹ María Isabel Foncea Flores. “Revisión del instituto de la libertad condicional”. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XV (1993-1994). P.463.

¹² Foncea, “Revisión del instituto de la libertad condicional”. p.463. Cita a Bergalli, ¿Readaptación Social por medio de la Ejecución Penal? (Madrid, 1976). PP.37-38.

¹³ Foncea, “Revisión del instituto de la libertad condicional”. p.464.

¹⁴ Foncea, “Revisión del instituto de la libertad condicional”. pp.463-464.

¹⁵ Decreto Supremo N° 2.442. Artículo 20: El Tribunal de Conducta podrá requerir en todo momento, de los empleados del establecimiento, los informes que considere necesarios para el mejor desempeño de sus funciones.

¹⁶ Decreto Supremo N° 2.442 del Ministerio de Justicia, Santiago, 30 de octubre de 1926. Reglamento de la Ley de Libertad Condicional. Artículo 19: Para establecer la clasificación de la conducta de cada penado, las autoridades que correspondan tomarán en cuenta los siguientes elementos de juicio:

- a) Su conducta en el patio o calle, en el taller y en la escuela;
- b) Su asistencia al taller y a la escuela;
- c) El aseo personal de su celda y útiles;
- d) Las manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación y moralidad.

Para pronunciarse sobre la aplicación y el aprovechamiento, tomarán en cuenta especialmente sus progresos como obrero y como alumno y causas de sus inasistencias al taller y a la escuela.

¹⁷ Beatriz Tébar Vilchez, “el Modelo de libertad condicional español” (tesis doctoral, 2004) p.116. <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5079/btv1de1.pdf?sequence=1>

¹⁸ Ídem.

constitucionales y legales de la institucionalidad, en la cual se ponderen los derechos del recluso y la sociedad¹⁹.

Se puede ver el deber de motivación²⁰ en la legislación actual sobre libertad condicional contemplada en el artículo 25 del reglamento, inciso segundo, donde se manifiesta que en caso de rechazar o conceder excepcionalmente la libertad condicional, se exige fundar aquella decisión. En ese sentido Morales comprende que sería una recompensa ya que en primer lugar los actos serían potestativos de la autoridad al encontrarse en una relación de sujeción especial²¹, y segundo, porque al utilizar la voz “merecer”²³ en el artículo 25 del reglamento deja entrever el carácter discrecional de la decisión al dar espacio a un juicio de mérito en la concesión.

La Corte Suprema ha hecho mención a que sería una facultad discrecional, pero que al ser una actividad administrativa esta debe corresponderse con su respectiva motivación²⁴.

Ahora bien el entender la concesión de la libertad condicional como una recompensa otorgada a partir de un acto discrecional de las autoridades, debe matizarse y comprender que la clasificación de la conducta responde a criterios objetivos sobre conductas desplegadas, sin evaluar si efectivamente existe una rehabilitación. Sobre esto FONCEA menciona que los requisitos no mostrarían la verdadera rehabilitación, sino que estos serían puramente empíricos y objetivos, pudiendo el condenado “*perfectamente cumplir con todos estos requisitos y aun así continuar empeñado en una vida delictual*”²⁵. Así lo ha reconocido la Corte Suprema al referirse que los elementos a considerar se refieren a la conducta desplegada y no a lo correspondiente a su fuero interno²⁶.

¹⁹ Ídem. Acá analiza la doctrina del TC español a partir del artículo 24.1 CE en la cual menciona que los actos administrativos relacionados a la libertad de las personas presentaba una mayor observancia a su deber de motivación, ya que llevaba a una eventual ponderación de derechos entre el reo y su cumplimiento de la pena en libertad y la sociedad.

²⁰ Ley N° 19.880, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 19 de mayo de 2003 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado. Revisar artículo 41 referido al deber de motivación.

²¹ Morales, “Redescubriendo la libertad condicional”, p.8.

²² La unidad de defensa penitenciaria define la relación de sujeción especial como “*aquella construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o disminución de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos*”. Unidad de Defensa Penitenciaria. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia” Documento de trabajo N° 1/2011. Defensoría Penal Pública. 2011. Pp.2-3. <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6021.pdf>

²³ Morales, “Redescubriendo la libertad condicional”, p16.

²⁴ “*Ha referido que dicha facultad es discrecional, por lo cual no se trata de un beneficio que opere automáticamente y a todo evento, siendo siempre necesario que la Comisión de Libertad Condicional pondere cada caso en particular, si el condenado se ha corregido y rehabilitado, o si no lo ha hecho, exigencias que se han cumplido en la especie (...) que tratándose de actividad administrativa, que es la que la Comisión de Libertad Condicional ejerce pues no es de carácter jurisdiccional, la motivación es siempre necesaria y constituye un principio esencial del derecho administrativo, como lo han dicho reiteradamente los tribunales de justicia. La motivación es la única forma de permitir el control de la legalidad de la actividad discrecional mediante el examen de la concurrencia de los motivos invocados*”. Corte Suprema. Apelación Amparo fallo Rol N° 101.391-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 16042 del 7 de junio de 2016.

²⁵ Foncea, “Revisión del instituto de la libertad condicional”. p.463.

²⁶ “*Si bien lo dispuesto en el artículo 19 letra d) del reglamento de la libertad condicional se desprende que elementos psicológicos o morales con los enunciados en el citado artículo 19 letra d) pueden tomarse en cuenta para calificar la conducta del interno, ello está condicionado a que dichos elementos se hayan <<manifestado>> o evidenciado durante el cumplimiento de la condena, a través de, por ejemplo, conductas impropias, inmorales, u otras análogas, puesto que lo que*

1.2.- Quién concede la libertad condicional en el sistema Chileno

El reglamento del Decreto Ley N°321, el Decreto N°2.442, del Ministerio de Justicia, del año 1926, detalla entre otras cosas el procedimiento para la obtención de la libertad condicional. Dentro de este se mencionan los Tribunales de Conducta, a quienes se les concede una serie de atribuciones y deberes asociados a las actividades del recinto penal. Dentro de estos se encuentran el citar a sesiones – debiendo tomar acta de ellas-, comunicar y hacer cumplir los acuerdos del tribunal a través del alcaide o jefe respectivo. Dentro de sus funciones a su vez se encuentran las de llevar acta de los acuerdos de discusión y un libro de vida de los privados de libertad donde irán las calificaciones de conducta, aplicación y aprovechamiento fijadas por acuerdo del tribunal, además de las observaciones y anotaciones que se estimen pertinentes. El contenido de las anotaciones serán relativas a las notas de conducta, inasistencias a la escuela y taller, infracciones al reglamento, información recibida por la policía y todas las demás que estime conveniente²⁷. Para quien pretenda obtener el beneficio en cuestión es necesario que reúna los requisitos correspondientes tanto al condenado como la condena y los relativos a la conducta dentro del establecimiento penitenciario detallados en el artículo 3 del Decreto Ley 321 y 4 del reglamento sobre libertad condicional, a través del procedimiento establecido en los artículos 14 y siguientes del reglamento que detalla de qué manera se entenderán por cumplidos estos requisitos, cuestión que será desarrollada en el punto siguiente al analizar en profundidad los requisitos que son exigidos.

Según lo dispuesto en el artículo 24 del reglamento, los días 25 de marzo y 25 de septiembre de cada año, estos Tribunales de conducta deben confeccionar un listado de los sujetos que, a criterio del Tribunal,²⁸ agrupan todos los requisitos necesarios para su concesión. Por otro lado, el mismo elaborará un segundo listado que detalle una lista con los internos que si bien cumplen con los requisitos legales, no reúnen así los requisitos relativos a la conducta dentro del penal desarrollados en los artículos 19, 20 y 21 del reglamento referidos al establecimiento de clasificación de conductas, informes requeridos por el tribunal y el sistema de clasificación a utilizarse. En la práctica a estos listados se les llaman “lista 1” y “lista 2” respectivamente.

debe ponderarse es la conducta “observada” o <<desplegada>> en el establecimiento penal y no aquello que, aunque pueda estimarse reprochable o inconveniente, se mantiene en su fuero interno sin alguna manifestación que afecte su convivencia con terceros. Es decir, lo que debe sopesar el Tribunal de Conducta y, luego la Comisión de Libertad Condicional para calificar la conducta del interno postulante, son precisamente, las manifestaciones o expresiones de dicho comportamiento desarrolladas y, por ende, observables y constatables, en su desenvolvimiento al interior del recinto penal y durante su participación en las distintas actividades que se llevan a cabo a lo largo del respectivo periodo de reclusión objeto de calificación”. Corte Suprema. Apelación Amparo fallo Rol N° 11-2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 4785-2017 del 15 de febrero de 2017.

²⁸ Corte de apelaciones de Santiago. Fallo Acción de Protección Rol N° 49.153-15 del 11 de septiembre de 2017 el criterio para las actuaciones del tribunal son determinados por la Gendarmería de Chile, quien entrega las instrucciones para la clasificación de las listas.

Posteriormente el listado de los reclusos elaborado por los Tribunales de Conducta, los cuales evaluarán el cumplimiento de los requisitos segundo, tercero y cuartos exigidos en el artículo 4 del Decreto Ley²⁹, deberá ser entregado a las Comisiones de libertad condicional, los cuales según el artículo 25 del reglamento solicitarán al supremo gobierno la libertad condicional de los condenados que se encuentren en la lista uno, y que en su concepto junto a la mayoría de votos, lo merezcan, y de manera unánime y fundadamente, casos excepcionales contenidos en la lista 2. El inciso final indica por último que en caso de no considerar procedente la concesión del beneficio en cuestión, este rechazo debiese ser fundado por la comisión³⁰.

Hasta antes de la reforma introducida por la ley N° 20.587 del año 2012, que modifica el régimen de libertad condicional, se detecta un funcionamiento de la institución acorde a las políticas penales del poder ejecutivo encargado de concederlas hasta ese entonces. En este sentido Sepúlveda y Sepúlveda detectan una “*señal de orientación más rigurosa en el ámbito de la política criminal en el sector penitenciario*” a raíz de que el órgano encargado de esto era eran las Secretarías Regionales Ministeriales de Justicia (de ahora en adelante SEREMIS de Justicia) y el Ministerio de Justicia, que a través de un decreto supremo podían rechazar sin mayor fundamento la entrega de la libertad condicional, utilizándose a la postre como una herramienta para reafirmar sus políticas penales, cuestión que observa a través de un seguimiento de las concesiones y mostrando su clara reducción a partir desde el año 2000.³¹

La ley N° 20.587 reforma a través de su artículo 1 los artículos 4 y 5 del decreto ley sobre libertad condicional, estableciendo que las comisiones de libertad condicional funcionaran en las cortes de apelaciones respectivas previo informe del establecimiento del condenado, prescindiendo del SEREMI de Justicia, recayendo en ellas la concesión y revocación de la libertad condicional, la cual se realizará por resolución de la comisión habiendo hecho los trámites correspondientes. Del mismo modo modifica la voz “*pedir*” por “*conceder*” y los SEREMIS y Ministerio de Justicia por comisión de libertad condicional.

El artículo 4 del Decreto Ley sobre libertad condicional establece que la comisión será compuesta por los funcionarios encargados de la visita de los reductos penitenciarios de la ciudad asiento de la respectiva Corte de Apelaciones y por dos jueces de garantía o de juicio oral en lo penal de las comunas asientos de la mencionada corte. En el caso de la ciudad de Santiago serán diez jueces que ellos elijan los que integrarán la comisión.

²⁹ Revisar artículo 17 del Decreto N° 2.442 de Reglamento de la ley de libertad condicional.

³⁰ Artículo 41 Ley N° 19.880 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado.

³¹ Sepúlveda y Sepúlveda. “A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?”, p.101.

La finalidad que se buscaba a través de la promulgación de esta ley era hacer que el proceso de concesión de libertad condicional fuese más objetivo. Así lo expresa el mensaje del proyecto de ley 20.587 en el cual se menciona que entendiendo el carácter “*unidireccional y decisorio*” de la concesión a través de un decreto supremo se deja entrever una falta de objetividad, la cual debiese primar en un procedimiento en el cual se busca la rehabilitación del condenado, y que era visible a través de la rebaja de las concesiones en un periodo determinado de tiempo. Se admite que el otorgamiento de la libertad condicional responde a conductas que dejan ver indicios de rehabilitación en el reo, y que por ende las motivaciones de su concesión “*se guíen por criterios eminentemente técnicos vinculados con la pertinencia de un tratamiento extramuros para el condenado*”, por lo que, en desmedro del carácter discrecional de las intervenciones de los SEREMIS de Justicia se propone que sean las comisiones -dadas su composición y criterios- las que se encarguen de ejecutar este acto.³²

Ya entrada en vigencia la ley se manifiesta la falta de claridad sobre la naturaleza del órgano en cuestión. Si bien son jueces los que componen estas comisiones, estos no estarían cumpliendo una labor jurisdiccional sino administrativa. Morales justifica esta posición a través de la lectura de los artículos 14 y 18 del Código Orgánico de Tribunales, los cuales se refieren a las funciones jurisdiccionales que competen a los jueces de garantía y de juicio oral en lo penal, indicando que no es parte de las funciones ahí detalladas la integración de las comisiones. La ley permite recurrir de maneras administrativas (Recursos de reposición y Jerárquicos de la ley 19.880 de Bases de Procedimiento Administrativo) y judiciales (Recursos de amparo y protección), abriendo la judicialización del proceso pero no limitando las vías administrativas.³³ Por último, y refiriéndose al pleno de la Corte Suprema en el proceso de elaboración de la ley, admite una cooperación de los jueces con las labores de la administración, enmarcado en un proceso de coordinación de funciones, por lo que se reconoce en este contexto la función administrativa que cumplen las comisiones.³⁴

Por último, haciendo referencia al fallo de la Corte Suprema citado anteriormente en el punto sobre la naturaleza de la libertad condicional, admite en relación a la motivación de los actos realizados dentro de la concesión de la libertad condicional que la resolución de la Comisión de Libertad Condicional es un acto administrativo, atendiendo a que la actividad que realiza esta es administrativa y no jurisdiccional³⁵.

1.3.- Requisitos de procedencia de la libertad condicional en la legislación Chilena

³² Historia Fidedigna de la Ley N° 20.587 [En línea]. Fecha 10 de marzo, 2012. Mensaje en Sesión 1. Legislatura 359. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

³³ Morales, “Redescubriendo la libertad condicional”, Pp.12-15.

³⁴ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.587 [En línea]. Oficio de Corte Suprema. Fecha 12 de abril, 2011. Oficio en Sesión 10. Legislatura 359. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

³⁵ Corte Suprema. Apelación Amparo fallo Rol N° 101.391-2014 de la Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 16042 del 7 de junio de 2016.

Como se mencionó en el punto anterior, para al proceso de concesión de libertad condicional es necesario reunir una serie de requisitos establecidos tanto en el Decreto Ley como en el reglamento correspondientes. Para efectos de clasificar estos requisitos se entiende que existen dos clases de requisitos. Por una parte los relativos al tiempo de la ejecución de la condena, y por ende determinado por los distintos delitos que hayan sido condenados los sujetos, y por otra parte los requisitos que atienden al desempeño del sujeto dentro del recinto penitenciario, a través de la evaluación de su conducta.

Con respecto a los requisitos relativos al criterio temporal se encuentra en primer lugar el mencionado en el artículo 2 del Decreto Ley N° 321, en el cual se establece que todos los individuos que tengan penas privativas de libertad superiores a un año pueden optar a la libertad condicional. Ahora si bien esto no es un requisito propiamente tal, establece las penas mínimas para que la libertad condicional pueda ser aplicada.

Posterior a eso, el mismo artículo enumera una serie de requisitos que deben ser reunidos para la concesión de la libertad condicional, en el cual el primero de estos hace mención a la fracción del tiempo de condena que debe haber sido cumplido por el condenado para que se le pueda conceder esta. A este periodo de tiempo se le ha llamado “periodo de aseguramiento”, el cual se entiende como el tramo mínimo de cumplimiento de la condena que es necesario para poder concedérsele la libertad condicional.³⁶ En este sentido Sepúlveda y Sepúlveda han mencionado: “*Se ha querido por esta vía reafirmar el criterio de que las sentencias dictadas por los Tribunales de Justicia deben cumplirse reforzando el respeto a las instituciones y a los valores que en la resolución dictada se han intentado proteger*”³⁷, lo cual a su vez es criticable debido a que contraría los fines de readaptación social, buscándose el irrestricto cumplimiento de la norma antes de una rehabilitación progresiva del condenado, dejando de lado las eventuales particularidades de este. Aun así se acepta para efectos de conceder la libertad condicional la existencia de un tiempo mínimo de cumplimiento que debe considerarse como reacción a una medida mínima de culpabilidad³⁸.

Volviendo a la norma, el primer requisito mencionado por el artículo 2 del decreto ley hace mención a un periodo de aseguramiento ordinario, en el cual se exige el cumplimiento de la mitad de la condena³⁹. En el caso chileno es ese el periodo de aseguramiento mínimo existente para poder optar a la libertad condicional, existiendo entonces periodos extraordinarios de tiempo asociados a conductas en particular.

³⁶Juan Natalicio Papic Vilca y Christian Eric Ramírez Bravo. “análisis del otorgamiento de la libertad condicional en Chile 2000-2010.” (memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, 2011). Pp.30-31. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112100/de-papic_j.pdf?sequence=1&isAllowed=y

³⁷ Sepúlveda. “A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?”: P.95.

³⁸ Hans Heinrich Jescheck, “Tratado de derecho penal: parte general” (Granada: Comares, 2002-2009), PP.697

³⁹ El artículo 14 del Decreto n°2.442: “Se entiende por “tiempo de condena”, el total de las condenas que tenga el reo, incluyendo las que se le impongan mientras cumple éstas, deducidas las rebajas que haya obtenido por gracia”

Es en el artículo 3 del Decreto Ley sobre libertad condicional donde nos encontramos con los periodos de aseguramiento extraordinarios relativos a una serie de delitos establecidos por ley. En primer lugar se establece en el inciso primero del artículo indicado que a los condenados a presidio perpetuo calificado se les concederá la libertad condicional solo habiendo cumplido los cuarenta años de prisión efectiva. Por su parte en el inciso segundo se establece que a quienes sean condenados a presidio perpetuo estos no podrán acceder al beneficio hasta cumplidos los veinte años. En estos casos no se asocia directamente a un delito, sino más bien al grado de la pena impuesta. De la misma manera como se indica en el inciso cuarto del mismo artículo que establece que a quienes sean condenados a más de veinte años de prisión, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional a los diez años de cumplida la condena.

Los otros periodos de aseguramiento especiales se encuentran asociados a delitos y conductas determinadas. En ese sentido el inciso tercero menciona que los condenados por delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación impropia, infanticidio, los determinados en el artículo 2 del artículo 365 bis, los artículos 366 bis, 366 quinquies, 367, 411 quáter, 436 y 440, todos el código penal, homicidio de los miembros de la Policías y Gendarmerías de Chile en ejercicio de sus funciones, y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando –al contrario del periodo ordinario de aseguramiento- se hayan cumplido dos tercios de la pena que debiesen cumplir. Así mismo los incisos terceros y cuarto del artículo 196 de la Ley de Tránsito. También, en el inciso quinto se establece que a quienes sean condenados por hurto o estafa a más de seis años de la pena, podrán acceder al beneficio en cuestión.

Además de los requisitos asociados al tiempo de cumplimiento de la condena la legislación establece una serie de condiciones relativas al desempeño que tiene el recluso dentro del recinto penal, las cuales tienen como fin evaluar la conducta del condenado. Como se mencionó anteriormente la libertad condicional se enmarca en un sistema progresivo en el cual el fin que se busca es la readaptación del condenado, por lo cual los requisitos que se establecen en este caso serán los que determinarán –de acuerdo a los criterios mencionados en la norma- si es que el condenado es o no apto para una excarcelación anticipada. Si bien responde a un criterio objetivo el corroborar que el sujeto haya cumplido con las exigencias contenidas en la legislación, la evaluación de las conductas dentro de los recintos penales estaría relacionada a la subjetividad⁴⁰ de los funcionarios que ahí desempeñan sus labores, siendo ellos los que determinan si es que ha existido el desempeño considerado para cumplir con los requisitos exigidos.

El Decreto ley N° 321 del año 1925, en su artículo 2, numerales 2, 3 y 4, y en el reglamento de dicho decreto, en su artículo 4, en los numerales 2, 3 y 4 establecen los requisitos necesarios relativos a

⁴⁰ Tébar, “el modelo de libertad condicional español”. P116

la conducta del condenado dentro del recinto penitenciario. Estos son: el haber observado una conducta intachable en el recinto, considerando las notas que se hallan hecho en el libro de vidas; el haber aprendido bien un oficio, solo en el caso de que hayan talleres en el recinto donde cumple su pena; y el haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del recinto, estableciendo expresamente que quienes no sepan leer ni escribir no cumplen con este requisito.

Los artículos 14 y siguientes del reglamento establecen el cumplimiento de los requisitos impuestos en la ley contemplando los asociados al tiempo del cumplimiento de la condena y al desempeño del recluso dentro del establecimiento. El artículo 17 del mismo establece que para dar cumplimiento a los requisitos contenidos en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 4 de este se requiere de un pronunciamiento del Tribunal de Conducta respectivo, aunque se le da la posibilidad de dar por cumplidos a través de una resolución de la Comisión de Libertad Condicional –previa votación unánime de sus miembros- los requisitos de los numerales 3 y 4 del artículo mencionado. El artículo 18 establece el cómo se evaluará al condenado para efectos de entender como cumplidos o no las condiciones mencionadas anteriormente. Para esto se consideran las notas medias en conducta, aplicación y aprovechamiento que se anotan en el libro de vida de acuerdo a lo contenido en el artículo 21 del mismo reglamento (pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno). Las notas de conducta, aplicación y aprovechamiento son un promedio que se calcula a partir de las notas establecidas por el Jefe de Compañía de Gendarmes, el Director de la escuela y el Jefe del taller según corresponda.

Se puede ver entonces de acuerdo a lo mencionado que la calificación del desempeño del condenado, que la evaluación dependerá de la clasificación que hagan los respectivos funcionarios al cumplimiento de estas exigencias. Así mismo el artículo 19 del reglamento dicta una serie de elementos que se tienen que tener en consideración al momento de determinar conducta de cada penado, las cuales se refieren a la conducta en el patio o calle, taller y escuela, el aseo personal de la celda, y las manifestaciones de su carácter, tendencias, educación y moralidad. Así también para evaluar la aplicación y aprovechamiento se toman en cuenta los progresos como trabajador, estudiantes, y las causas de inasistencia al taller y la escuela. Se puede ver entonces que los criterios quedan sujetos a como los funcionarios perciben la conducta y los progresos de cada reo, sin existir un criterio que establezca la correcta realización de las exigencias, quedando a criterio del personal encargado del recluso si es que existe o no un cumplimiento de estos elementos, y por ende influyendo directamente en la evaluación del reo para el cumplimiento de estos requisitos⁴¹.

Si bien existe un espacio de discrecionalidad con respecto a los requisitos conductuales para acceder al beneficio de la libertad condicional, es necesario mencionar que estos requisitos no muestran

⁴¹ Ídem.

necesariamente el resultado de un proceso de rehabilitación social, tal y como se expuso en el punto sobre la naturaleza de la libertad condicional.

Por ende, si bien la percepción y evaluación de los requisitos revisten un carácter subjetivo, estos solo se refieren a los elementos empíricos observables por parte del órgano encargado de esto, y no sobre lo que versa el fuero interno del condenado. Ahora bien FONCEA entiende que estos requisitos poco importan si es que no se logra una presunción de que el condenado no volverá a delinquir, cuestión que como se mencionó anteriormente, es relativo a las condiciones de los recintos penitenciarios tendientes a buscar y percibir una efectiva readaptación a la vida en libertad del recluso⁴².

Por otro lado el Título cuarto del decreto 518 de 1998 del Ministerio de Justicia sobre el reglamento penitenciario, en el artículo 75⁴³ establece que se podrán restringir los derechos que gocen los reclusos en el caso de cometer las faltas disciplinarias contenidas en ese título. De este modo, queda también bajo el criterio de la administración la imposición de sanciones, las cuales afectan directamente a la evaluación de conducta que se realiza sobre el sujeto pudiendo expresamente esta limitar la concesión.

Dentro del artículo 3 nos encontramos con un requisito que si bien establece un periodo de aseguramiento, contempla una medida relacionada a la conducta castigada. En este caso, el inciso final del artículo 3 determina que a quienes hayan sido condenados a presidio perpetuo por delitos señalados en la ley N°18.314, que penaliza las conductas terroristas, y además condenados en otros cuerpos legales, se les podrá conceder la libertad condicional una vez cumplido los 10 años de condena, siempre que los hechos hayan sido cometidos entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998, previa suscripción a una declaración que contenga una renuncia inequívoca al uso de la violencia. En este caso el requisito particular al ser únicamente una suscripción a una declaración no reviste un mayor grado de subjetividad al corroborar una expresión de voluntad por parte del condenado.

Por lo tanto los requisitos necesarios para la concesión de libertad condicional responden a un criterio objetivo, relativo al tiempo de cumplimiento de la pena a través de un periodo de aseguramiento establecido por el legislados, como a un criterio subjetivo en el cual son los funcionarios los que evalúan el desempeño del reo a través de un sistema de aplicación de notas en el libro de vida, y los informes que pueda requerir el tribunal de conducta establecidos en el artículo 20 del reglamento de libertad condicional con el fin de complementar la evaluación.

1.4.- Criminalidad contemplada y limitada de la libertad condicional en Chile.

⁴² Foncea, “Revisión del instituto de la libertad condicional”. p.471.

⁴³ Decreto 518, del Ministerio de Justicia, de 21 de agosto de 1998, que aprueba el reglamento de establecimientos penitenciarios. Revisar artículo 75.

El Decreto Ley N°321 establece una serie de limitaciones para el acceso a la libertad condicional relativos a los requisitos que se le imponen con respecto a su concesión. Como se mencionó anteriormente, el beneficio de la libertad condicional solo es aplicable en condenados por delitos superiores a un año⁴⁴. Esto se pretende justificar aduciendo que el mínimo de tiempo que se requiere para hacer efectiva una intervención carcelaria debiese ser de al menos un año, para así lograr ver los efectos a través del periodo de prueba⁴⁵.

Ahora bien, la libertad condicional se instaure en un primer momento dirigida a aquellos delitos que sean condenados por al menos un año, fijándose en aquel criterio la criminalidad ordinaria sobre la cual esta institución pretende aplicarse. De igual manera, el periodo de aseguramiento se aplica de manera estándar, siendo modificado en casos donde revisten una criminalidad distinta asociada a cierta connotación social. En efecto, los periodos de aseguramiento en los delitos que significan mayor gravedad de acuerdo a las penas que se le imponen, como a la connotación social que los subyace, por lo que terminan siendo más severos justamente en razón del repudio que generan en determinados contextos sociales y culturales. En ese mismo sentido, las políticas criminales fomentan una sobreprotección hacia ciertos bienes jurídicamente protegidos determinados tanto por los contextos políticos, como por la percepción que tiene una determinada comunidad sobre ciertos delitos.

En primer lugar, a los delitos que se les impone un mayor periodo de aseguramiento se les asocia a una mayor gravedad de acuerdo a las penas que se establecen en ellos, y por ende se le asigna un mayor reproche a determinadas conductas. De acuerdo a los delitos establecidos en el artículo 3 del Decreto Ley⁴⁶ se les impone como mínimo una pena de al menos: presidio mayor en su grado máximo al delito de parricidio y homicidio calificado; presidio mayor en su grado medio al delito de robo con homicidio; presidio perpetuo al delito de violación calificada; a presidio mayor en cualquiera de sus grados al delito de violación impropia; a presidio mayor en sus grados mínimo al delito de infanticidio; a presidio mayor en cualquiera de sus grados al delito de abuso sexual calificado por uso de objetos o animales en caso de que la víctima fuese menor de 14 años; a presidio menor en su grado máximo al delito de abuso sexual impropio; a presidio menor en su grado máximo a la participación en la producción de material pornográfico con menores y promoción o facilitación de la prostitución de menores; a presidio mayor en su grado medio al delito de trata de persona impropia y propia; a presidio mayor en su grado mínimo al delito de robo con violencia o intimidación y robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación; presidio mayor en su grado mínimo al delito de elaboración o

⁴⁴ Decreto Ley N°321, del Ministerio de Justicia, del 1925. Revisar Artículo 2.

⁴⁵ Se critica que el Estado no es capaz de generar una solución efectiva a esas alturas de la condena, no debería privarse de libertad al condenado y debiese solo aplicarse a partir de casos más graves Morales, "Redescubriendo la libertad condicional", p.11.

⁴⁶ Artículo 3 Decreto Ley N°321, del Ministerio de Justicia, del 1925.

tráfico de estupefacientes; y a presidio perpetuo a los delitos contemplados en la ley N° 18.314 que fija penalidad en conductas terroristas.

Como se puede ver en lo expuesto con anterioridad, los delitos contemplados en artículo 3 del Decreto Ley contienen como mínimo una pena aflictiva, es decir, de tres años y un día mínimo, a excepción del hurto o estafas contemplados en el artículo, el cual es relativo al valor del bien, por lo que el caso contemplado en este se refieren a los superiores a seis años. En este sentido la gravedad del ilícito aparece como un factor que determina el periodo de aseguramiento en un primer momento⁴⁷, aunque no es lo que terminará por determinar la criminalidad a la cual se le limita la concesión de la libertad condicional. Asociado a esto nos encontramos con que además los delitos ahí expuestos conllevan una determinada connotación social, asociada a una serie de valores jurídicamente protegidos a los cuales el legislador ha dotado de una mayor protección.

Nos encontramos con una serie de leyes que modifican el Decreto ley N° 321 de 1925, en las cuales se establecen mayores periodos de aseguramiento en vista a la connotación social que recae en tales delitos. Al momento de restringir a través de requisitos adicionales la concesión de la libertad condicional existe un proceso de reproche por parte de la sociedad hacia una determinada criminalidad, consumados a través del legislador al elaborar las leyes que determinan las condiciones en las cuales se considere que el ofensor merezca una excarcelación anticipada.

La ley N° 18.144 del año 1982 que modifica el Decreto Ley N°321 sustituye el artículo 3 del Decreto Ley e introduce los casos de condenados a presidio perpetuo, parricidio, homicidio calificado, violación con resultado de muerte, tráfico, elaboración de estupefacientes, hurto y estafa y de condenados a más de veinte años de prisión, y sus respectivos periodos de aseguramiento especiales.⁴⁸

Hasta el momento la historia de la citada ley no ha sido sistematizada, por lo que no se tiene información concreta sobre la discusión política que subyace a su promulgación. Aun así, Marín menciona que existió al momento de la creación del Decreto Ley un criterio relativo a casos especiales, que contemplaba la ampliación del periodo de aseguramiento posterior a la reincidencia a delitos

⁴⁷ Urbano Marín comenta que en los derogados artículos 22 y 23 del reglamento de libertad condicional contenían ciertos casos especiales, en caso de reincidencia, en los cuales a los delitos con penas aflictivas, y a los cometidos con alevosía y premeditación se les rebajaría en un grado la nota de conducta con el fin de que no pueda concedérsele la libertad condicional hasta cumplidos tres cuartas partes de la condena. Urbano Marín, “La libertad Condicional en Chile”, en “Libertad Condicional”, editado por José Valdivieso (Cochabamba, Bolivia: Imprenta Universitaria, 1941) P.60.

⁴⁸ La ley 18.144 del año 1982 que modifica el Decreto Ley n°321, de 1925, sobre libertad condicional, sustituye el artículo 3 del Decreto Ley e introduce los siguientes incisos: : “a los condenados a presidio perpetuo se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos veinte años.

A los condenados por los delitos de parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación o sodomía con resultado de muerte, infanticidio, y elaboración o tráfico de estupefacientes, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional cuando hubieren cumplido dos tercios de la pena.

A los condenados a más de veinte años se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos diez años de la pena, y por este solo hecho ésta quedará fijada en veinte años.

Los condenados por hurto o estafa a más de seis años, podrán obtener el mismo beneficio una vez cumplidos tres años.”

cometidos con premeditación o alevosía, que merezcan penas aflictivas, penas de veinte años o perpetuas, por lo que a los delitos contemplados en la ley N° 18.144 recoge la relevancia que se le otorgaba a estos delitos como casos especiales⁴⁹.

Ahora bien, el mismo artículo 3 del Decreto Ley fue modificado posteriormente por distintas leyes en las cuales es posible presentar con mayor claridad los criterios que fueron utilizados para determinar estos casos especiales, delimitando los delitos y los bienes que se buscaban proteger⁵⁰.

Con respecto a los cambios hechos posteriormente por el legislador al Decreto Ley de libertad condicional, se encuentra la ley N° 19.617 que modifica el código penal, el código de procedimiento penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, la cual en su artículo 4 reemplaza la expresión “violación o sodomía con resultado de muerte”, contenida en el artículo 3 del Decreto Ley N° 321, a “violación con homicidio, violación de la persona de doce años (modificado posteriormente a catorce años)”. La historia fidedigna de la ley N°19.617 atiende a la gravedad de los delitos contra la libertad sexual, poniendo acento en el trato discriminatorio hacia las mujeres y el alto porcentaje de menores de edad víctimas de estos delitos, elaborando posteriormente a través del trámite de veto presidencial un mecanismo que limita la libertad condicional para los casos que la ley indica. Además, cabe destacar que se refieren explícitamente a que no se cierra la posibilidad de optar a la libertad condicional admitiendo la probabilidad de rehabilitación en los autores de estos delitos, pero haciendo hincapié en aumentar el reproche social a través del aumento del periodo de aseguramiento de la mitad de la condena a dos tercios de esta.⁵¹

Haciendo una lectura cronológica de las modificaciones al Decreto Ley de libertad condicional, posteriormente encontramos la ley N° 19.734 que deroga la pena de muerte, la cual en su artículo 1 agrega el artículo 32 bis al código penal, el cual indica en su numeral número 1 que “*no se podrá conceder la libertad condicional sino una vez transcurridos cuarenta años de privación de libertad efectiva, debiendo en todo caso darse cumplimiento a las demás normas y requisitos que regulen su otorgamiento y revocación*”. A su vez en su artículo 6 dispone las modificaciones al decreto ley N°321, al artículo 3, indicando que solo se le podrá conceder la libertad condicional una vez cumplidos

⁴⁹ Urbano Marín, “La libertad Condicional en Chile”, en “Libertad Condicional”, editado por José Valdivieso (Cochabamba, Bolivia: Imprenta Universitaria, 1941) P.60.

⁵⁰ Winfried Hassemer, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, editado por Juan Bustos Ramírez (Santiago: Editorial jurídica ConoSur Ltda. 1995) pp.25.

⁵¹ En el veto se menciona que “*no es que se impida que los autores de tales delitos accedan a dicho beneficio, sino que se aumentan los requisitos para ello. En la actualidad, una persona puede optar a la libertad condicional una vez cumplida la mitad de su condena. Lo que el veto aditivo hace es ampliar el plazo y estipular que los autores deberán haber completado dos tercios de su condena para obtener esa posibilidad. (...) Sin lugar a dudas, la norma propuesta no cierra la posibilidad de que un individuo, una vez que empiece a cumplir su condena, opte a la libertad condicional. Solo amplía el plazo. Desde este punto de vista también se hace una apuesta: que mientras esté cumpliendo su condena dentro del sistema penitenciario, esa persona podrá acceder, intramuros, a algún proceso rehabilitador. Ello, porque, lo reitero, un gran porcentaje de estos agresores son conocidos de los niños a quienes han agredido.*” Historia Fidedigna de la Ley N° 19.617 [En línea]. Trámite de veto presidencial. Fecha 16 de marzo, 1999. Diario de Sesión en Sesión 7. Legislatura 340. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

cuarenta años de privación de libertad efectiva, también agregando que cuando la petición sea rechazada el condenado podrá optar a ella solo después de transcurridos dos años. Por último modifica el artículo 5 del Decreto Ley mencionado, agregando que es el pleno de la Corte Suprema quien concede o revoca la petición del privado de libertad.

En el mensaje de esta ley se menciona que la abolición de la pena de muerte es una consecuencia de entender que el derecho no puede pretender cumplir sus fines tomando la vida humana y que los objetivos de la pena se cumplirían de mejor manera implementando el presidio perpetuo y elevando el periodo de aseguramiento para la concesión de la libertad condicional.⁵² Dentro de la discusión en sala de la cámara mixta⁵³ se indica la motivación del proyecto de acuerdo al hecho de cambiar la pena de muerte a una cadena perpetua efectiva, teniendo como cumplimiento de la pena cuarenta años para poder optar a la libertad condicional.⁵⁴ Por lo que el legislador entiende que la aplicación de estas modificaciones responde a una armonización entre el derecho a la vida y un efectivo reproche social, concediendo la posibilidad de la excarcelación anticipada, pero limitando severamente el periodo de aseguramiento y su concesión.

Después nos encontramos con la ley N° 19.927 que modifica el Código penal, el Código de Procedimiento Penal y el Código Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil, y el cual aumenta de 12 a 14 la edad referida a la violación impropia y que agrega al artículo 4 del Decreto Ley N°321 el delito mencionado en el número 1 del artículo 367 bis del código penal. En el informe de la Comisión de Constitución de la Cámara de diputados⁵⁵, al agregar este delito menciona que la motivación consiste en querer ampliar el plazo para poder acceder a la libertad condicional a dos tercios de la pena, admitiendo en el mensaje la alta connotación social que revisten estos delitos, y por ende tomando estas medidas en miras de endurecer el régimen para aquellos que los cometen.

⁵² La moción menciona que “los propósitos retributivo, rehabilitador y ejemplificador de la pena pueden ser más adecuada y eficientemente obtenidos sustituyendo la pena de muerte por la de presidio perpetuo, y, al mismo tiempo, elevando el número de años al cabo del cual a los condenados a presidio perpetuo se les puede conceder el beneficio de la libertad condicional”. Historia Fidedigna de la Ley N° 19.745 [En línea]. Fecha 14 de julio, 1999. Moción Parlamentaria en Sesión 14. Legislatura 340. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6055/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

⁵³ Historia Fidedigna de la Ley N° 19.754 [En línea]. Fecha 11 de abril, 2001. Informe de Comisión de Constitución Sesión 34. Legislatura 343. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6055/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

⁵⁴ “Podríamos decir que la filosofía del proyecto consiste en que si queremos, por un lado, afirmar el derecho a la vida y, por otro, ser efectivos en la lucha contra la delincuencia, especialmente contra los delitos más atroces o aberrantes, debemos avanzar hacia un presidio perpetuo efectivo, porque el mejor de todos los sistemas no existe en el mundo. Sabemos que derogar la pena de muerte y, a su vez, mantener la situación actual de presidio perpetuo, significaría que bastaría con que transcurrieran veinte años de reclusión para solicitar y obtener la libertad condicional. A través del proyecto duplicamos ese plazo en el sentido de establecer que los condenados, sólo una vez transcurridos cuarenta años de presidio perpetuo calificado, puedan acceder al beneficio de la libertad condicional. Dicho beneficio data de 1920 y ha implicado, en la práctica, que aquellos condenados a presidio perpetuo puedan obtener su libertad condicional a los veinte años de cumplimiento de la pena, lo cual genera una situación de indefensión, en cuanto a que el Estado no estaría siendo suficientemente duro y riguroso frente a aquellos delitos más atroces y aberrantes como, por ejemplo, la violación seguida de muerte, y otros de similar gravedad.” Ídem.

⁵⁵ Historia Fidedigna de la Ley N° 19.754 [En línea]. Fecha 11 de abril, 2001. Informe de Comisión de Constitución Sesión 34. Legislatura 343. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6055/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

La ley N° 20.042 que modifica el Decreto Ley N°321 sobre libertad condicional, establece el periodo y el modo de aseguramiento para los condenados a presidio perpetuo calificado por conductas terroristas cometidas entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998⁵⁶. Dentro de la moción parlamentaria que promovió esta ley⁵⁷ se propone la libertad condicional para estos casos en específico debido a una situación suscitada a partir de la promulgación de la ley N° 19.965 sobre indulto general, que si bien buscaba facilitar la concesión de beneficios intrapenitenciarios y la libertad a través de indultos a quienes estuvieran condenados por delitos con móviles políticos, no contemplaba a quienes habían sido condenados a presidio perpetuo calificado. En este sentido lo que buscaba la ley al integrar estos casos específicos al artículo 3 del Decreto Ley, es entregar una posibilidad de excarcelación anticipada atendiendo a la complejidad de reformar otros mecanismos para esta, pero tomando en cuenta que el mecanismo de la libertad condicional significa una manera de cumplir la pena fuera del recinto penitenciario accediendo a la posibilidad de reinserirse a la sociedad, y poniendo acento además en que esto en ningún caso significa una conmutación de las penas.

En el caso de la ley recién analizada, al igual que en la ley que deroga la pena de muerte, es utilizar el mecanismo de la libertad condicional como una alternativa a no cumplir la privación de libertad como pena de por vida. Se busca que no queden casos contemplados en la hipótesis de la privación perpetua de la libertad, justamente a través de una libertad condicional que se presenta, tanto en la esfera jurídica como política, como un modo de cumplir la pena privativa de libertad en un medio libre. Al establecer tanto un modo como un periodo de aseguramiento especial para el caso previsto, lo que hace el legislador es comprender también la gravedad y connotación social de los delitos ahí establecidos, idea que se asocia a la de comprender que la libertad condicional durará el tiempo restante de la condena, cuestión que reafirma el informe de la Comisión de Derechos Humanos⁵⁸ en la misma discusión parlamentaria, al mencionar que en la práctica esta institución funciona como una forma de cumplimiento de la condena, atendiendo sus “*rigurosas exigencias*”.

Después la ley N° 20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal, establece en la discusión parlamentaria que la inclusión del delito tipificado es en razón de armonizar el resto de la

⁵⁶ Ley 20.042 Artículo único.- Incorporarse en el artículo 3° del decreto ley N° 321, de 1925, el siguiente inciso final nuevo: "A los condenados a presidio perpetuo por delitos contemplados en la ley N° 18.314, que fija la penalidad por conductas terroristas y, además condenados por delitos sancionados en otros cuerpos legales, se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional, una vez cumplidos 10 años de pena, siempre que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 1 de enero de 1989 y el 1 de enero de 1998, y los condenados suscriban en forma previa una declaración que contenga una renuncia inequívoca al uso de la violencia.".

⁵⁷ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.042 [En línea]. Fecha 4 de mayo, 2005. Moción parlamentaria Sesión 71. Legislatura 352. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5630/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

⁵⁸ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.042 [En línea]. Fecha 18 de mayo, 2005. Informe de Comisión de Derechos Humanos Sesión 1. Legislatura 353. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5630/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

legislación penal con la inclusión de este nuevo delito, por lo que la adición al grupo de delitos del artículo 3, inciso tercero responde también a la importancia que se le otorga a abordar la problemática de la trata de personas y niños. En el mensaje de la ley⁵⁹ se expone la importancia de velar por el bienestar de los niños, niñas y adolescentes siendo este el móvil de generar una legislación que busque frenar estos delitos. Nuevamente nos encontramos con una ley que busca a través de aumentar el periodo de aseguramiento a dos tercios de la condena un mayor reproche a la conducta tipificada.

La ley N° 20.685 que agrava penas y restringe beneficios penitenciarios en materia de delitos sexuales contra menores de edad, indica en el mensaje de esta atendida la gravedad y consecuencias de los delitos realizados, y que para la concesión de beneficios “*se requiere de un esfuerzo y actividad adicional del condenado, considerándose fundamental el aumento de los periodos de observación y cumplimiento de la pena impuesta*”⁶⁰, idea que se reitera dentro del mismo mensaje.⁶¹

En la ley N° 20.770 que modifica la Ley de Tránsito, en lo que refiere al delito de manejo de ebriedad, causando lesiones graves, gravísimas o, con resultado de muerte, se amplía el criterio temporal de la concesión de la libertad condicional a dos tercios de la pena, esto enmarcado en las intenciones del legislador en el mensaje a la necesidad de mostrar a la sociedad la magnitud de la conducta, promoviendo la inhibición de esta y poniendo acento en las víctimas del delito en cuestión. Así se establece en los objetivos del proyecto “*Este Proyecto de Ley tiene por fin principal hacerse cargo de la sensación de impunidad ante este tipo de delito, ya que la baja extensión de la pena y la existencia de penas sustitutivas finalmente llevan a que los autores de este delito cumplan las penas en libertad*”. Ahora bien, sin entrar a discutir lo idóneo de la medida planteada, responde a entregar una mayor connotación social al delito, a través de la restricción del tiempo de aseguramiento para la libertad condicional, buscando atrasar la liberación anticipada en miras de que esta responde a una sensación de impunidad instalada en un sector de la sociedad.

Por último la ley N° 20.931 que facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo, hurto, y receptación y mejora la persecución penal en dichos delitos del año 2015, se menciona en su mensaje “*El aumento de la actividad criminal y de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, medido a través de encuestas de victimización y tasas de denuncia, hacen*

⁵⁹ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.507 [En línea]. Fecha 5 de enero, 2005. Moción parlamentaria Sesión 1. Legislatura 352. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

⁶⁰ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.685 [En línea]. Fecha 08 de noviembre, 2012. Mensaje en Sesión 61. Legislatura 360. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4263/>> [Consulta: 29 de agosto 2017]

⁶¹ Dentro del mismo mensaje se reitera la idea, desarrollándose en torno a las razones de imponer estas limitantes, a saber: “*Desde el enfoque del acceso a beneficios intrapenitenciarios, el proyecto pretende establecer mayores requisitos y exigencias para otorgar y obtener la libertad condicional. Actualmente, el Decreto Ley N° 321 de 1925 exige que el condenado haya cumplido la mitad de la pena. Únicamente tratándose de determinados delitos considerados graves se exige haber cumplido dos tercios de la misma. Precisamente, en el convencimiento que la criminalidad sexual que afecta a niños, niñas y adolescentes es especialmente grave, no sólo en razón del bien jurídico protegido, sino también por los perniciosos efectos que en la víctima produce la comisión de estos ilícitos, es que se propone extender la exigencia de haber cumplido dos tercios de la pena a los delitos sexuales cometidos contra menores de edad*”. *Ibidem*.

*necesario combatir los delitos de mayor connotación social, sin alterar las bases de nuestro sistema procesal penal acusatorio(...)*⁶²”. Dentro de aquella ley se modifica –entre otros tópicos- la aplicación del beneficio de la libertad condicional se limita a aquellos que se entiendan responsables por la comisión de los delitos indicados. En efecto, el periodo de aseguramiento aumenta a dos tercios de la pena en los casos que se presentan en dicha ley, lo cual en el mismo mensaje justifica la aplicación de este limitante asociándolo al resto de delitos “*relevantes y graves*” como lo serían los mencionados en el artículo 3 del Decreto Ley sobre libertad condicional⁶³.

Al realizar un análisis de las distintas leyes que han modificado el artículo 3 relativo al establecimiento de requisitos especiales en los criterios temporales de la concesión de la libertad condicional, es posible ver que criminalidad es la que se limita y los fundamentos de esto. Es posible entonces distinguir que el establecimiento de un mayor periodo y modos de aseguramiento responde en primer momento a un mayor reproche social a determinadas conductas, utilizando como criterios la gravedad de la pena y la connotación que trae aparejada esta criminalidad en un sector de la sociedad.

En este sentido es pertinente atender a la idea de que la criminalidad considerada dentro del castigo va asociada a una percepción valórica de la sociedad⁶⁴, por lo que al entender la libertad condicional en armonía con sistema penal, restringir su concesión responde al buscar disuadir la realización de ciertas conductas, en particular las que están asociadas a un mayor reproche social, cuestión que es visible a través de una tendencia política criminal.

Por otro lado nos encontramos en las leyes anteriormente analizadas, en particular con la derogación de la pena de muerte y la asociada al presidio perpetuo calificado en conductas terroristas, que la libertad condicional se perfila a su vez como un mecanismo que busca establecer una posibilidad de cumplir parte de las penas privativas de libertad de por vida en un medio libre haciendo hincapié en el respeto al derecho a la vida, pero a la vez de admitir la gravedad y connotación social de estas conductas, limitando severamente la concesión de la institución en cuestión.

Por lo tanto es a partir de este análisis donde es necesario desarrollar las razones por las cuales una determinada criminalidad debiese o no incluirse dentro de aquellas conductas a las cuales se busca limitar la concesión de la libertad condicional de acuerdo a los requisitos que les son exigidos en el

⁶² Historia Fidedigna de la Ley N° 20.931 [En línea]. Fecha 23 de enero, 2015. Mensaje en Sesión 122. Legislatura 362. < <http://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/5088/> > [Consulta: 29 de agosto 2017]

⁶³ Así se indica en el citado mensaje: “En este sentido, debe recordar que bajo nuestra legislación los condenados por delitos especialmente relevantes y graves, tales como parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de menores de 14 años, manejo en estado de ebriedad causando la muerte, sólo pueden optar a este beneficio cuando cumplan dos tercios de la condena, por lo que parece razonable incluir entre estos a los delitos de robo antes mencionados”

⁶⁴ David Garland, “Castigo y sociedad moderna: Un estudio de Teoría Social”. (Madrid: Siglo xxi editores S.A, 1999). PP.114.

Decreto Ley N°321 y su reglamento, en particular el artículo 3 del primero que expone los casos donde se acota la concesión aumentando el periodo y los modos de aseguramiento.

Capítulo 2.- Prohibir, limitar o permitir: principales argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos

Habiendo analizado el funcionamiento de la libertad condicional en Chile a partir de una lectura del actual Decreto Ley N°321 y su respectivo reglamento que norman esta institución, es menester desarrollar los principales argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional a condenados por crímenes cometidos en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, apoyo o la aquiescencia del Estado presentados por la doctrina penal sobre fines de la pena , la política criminal que subyace la legislación comprometida, la jurisprudencia de los tribunales abocados a estos casos en específico y las opiniones del Instituto Nacional de Derechos Humanos, teniendo en especial consideración la gravedad y relevancia que tienen esta categoría de delitos.

Resueltos los argumentos sobre la concesión de la institución en estos casos, se desarrollarán las razones que respalden una eventual aplicación de la libertad condicional agregando requisitos adicionales. A partir de ello se podrán establecer conclusiones que busquen concretar una propuesta tentativa que contemple las razones por las cuales sería necesario implantar dentro de la legislación actual lo que se entiende como delitos de violación a los derechos humanos, requisitos adicionales que limiten su concesión.

2.1.- Argumentos a favor y en contra de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos.

En este punto se desarrollarán a partir del análisis de distintas fuentes los principales argumentos que respalden las posiciones a favor o en contra de la aplicación de la institución de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación a los derechos humanos, buscando en un primer momento las razones que rechacen la concesión de la libertad condicional y posteriormente las posiciones que se encuentren a favor de su aplicación para los casos descritos.

2.1.1.- Argumentos desarrollados en contra de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos.

En un primer momento se analizarán los distintos argumentos político-criminales y por parte de la doctrina penal sobre fines de la pena que justificarían la posición de no aplicar la libertad condicional a los condenados por crímenes de violación a los derechos humanos.

2.1.1.1.- Desde la política criminal.

El tema de los crímenes cometidos en el contexto de violaciones de derechos humanos realizados por agentes o colaboradores estatales ha recibido un especial tratamiento en las políticas públicas relacionadas tanto con sus perpetradores como con las víctimas⁶⁵, siendo objeto de una especial atención para la opinión pública las medidas y decisiones que se desarrollen a raíz de esto, considerando la relevancia histórica y política del periodo comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y junto a ello los hechos delictuales cometidos por los agentes del estado, o personas o grupos que actuaron con su apoyo, ayuda o aquiescencia dentro de ese lapso de tiempo. Por lo tanto la influencia que la dictadura cívico-militar produjo en la comunidad civil han generado tal grado de importancia que las decisiones tomadas en relación a esta etapa las subyace un amplio debate político, y más aún si versan sobre tópicos jurídico-criminales.

El desarrollo de las condenas criminales por delitos cometidos en el contexto de la dictadura perpetrados por agentes y colaboradores de la dictadura cívico-militar ha decantado en un momento en el cual los sujetos condenados tienen la posibilidad -según lo dispuesto en la normativa vigente- de postular a la concesión de la libertad condicional. Es posible ver el conflicto que genera esta situación en las acciones encausadas a través de las Cortes de Apelaciones y Suprema, reconociendo por un lado que la libertad condicional procedería para los casos de sujetos condenados por violaciones a los derechos humanos, y por otro dando a entender la importancia que revisten estos ilícitos para el

⁶⁵ Posterior al término de la dictadura cívico-militar comprendida entre el periodo 1973 y 1990 en Chile se han generado una serie de leyes y decretos enmarcados en políticas públicas relacionadas a las violaciones de derechos humanos cometidas en dicho tramo, destacándose una serie de cuerpos legales como la ley N°19.992 que establece pensiones y otros beneficios a favor de las víctimas directamente afectadas por violaciones a los derechos humanos contempladas en el “informe Valech”; el Decreto N°580 del Ministerio de Justicia de 1995 que crea el establecimiento penal especial “Punta Peuco”; las modificaciones al Decreto N°2191 del Ministerio del Interior que concede la Amnistía; la ley N°20.357 que tipifica los crímenes de guerra y lesa humanidad, entre otros.

derecho internacional⁶⁶, deteniéndose especialmente en los supuestos de impunidad que se puedan generar en la imposición de las sanciones penales.⁶⁷

Un primer acercamiento a la problemática planteada lo da un proyecto de ley el 2 de octubre de 2012 que modifica el artículo 40 de la ley N°20.357 sobre crímenes de lesa humanidad, genocidio y delitos y crímenes de guerra del año 2009, en el cual se buscaba incluir un inciso que en atención a la gravedad de los crímenes, y la sensación de penas ilusorias por parte de la comunidad, se busca restringir completamente la concesión de beneficio alguno a quienes fueran condenados por estos delitos⁶⁸, moción que no prosperó en el parlamento.

Ahora bien, se ha abordado en el proyecto de ley N° 10.969-07 que reemplaza el Decreto Ley N°321 de 1925 que establece la libertad condicional⁶⁹ la posibilidad de restringir de manera absoluta la aplicación de la institución a los sujetos condenados por crímenes de violaciones a los derechos humanos.

En el boletín de indicaciones del 30 de junio de 2016 relativo al primer trámite constitucional del senado⁷⁰, el Senador Navarro agrega un inciso final en el artículo 3 del proyecto de ley lo siguiente como indicación: *“Las personas condenadas por delitos de magnicidio o delitos de lesa humanidad, tales como, delito de tortura, genocidio, entre otros, no podrán postular al beneficio de la libertad condicional”*.

En el segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley analizado⁷¹, se aborda la indicación introducida por el Senador Navarro, la cual si bien agrega un inciso nuevo, se refiere a un conjunto de delitos que son considerados especialmente graves y de una alta connotación para la comunidad y por tanto merecedores de una limitación especial para la concesión de la libertad condicional⁷².

Sobre esta indicación, se tuvo en consideración la ley N°20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra del año 2009, por lo que se hace la salvedad de que quienes se encuentran condenados por crímenes de violaciones a los derechos humanos dentro del periodo del 11

⁶⁶ Relativos al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁶⁷ “González Betancourt c/ Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago”. Acción de Amparo. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 811-2016 del 7 de septiembre de 2016. Refiriéndose a la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁶⁸ Boletín N°8600-07 que modifica la ley N° 20.357. 2 de octubre de 2012.

⁶⁹ Boletín N°10.696-07 ingresado en el parlamento el 18 de mayo de 2016.

⁷⁰ Boletín N°10.969-07 de indicaciones del 30 de junio de 2016 relativo al primer trámite constitucional del senado

⁷¹ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley N°10.696-07.

⁷² En la Cuenta oficio n°85-2016 de la Corte Suprema del 5 de julio de 2016, en su considerando sexto establece que el endurecimiento de las condiciones de acceso respecto a delitos contra de la propiedad resulta contraproducente a los fines de reinserción que busca la libertad condicional, siendo desproporcionado al agregarse junto a delitos en el artículo 3 del proyecto, que se entienden de mayor envergadura y gravedad. Por lo que está entendiendo que estas limitaciones deben restringirse únicamente a delitos que dada su naturaleza signifiquen un tratamiento especial genérico, al contrario de la criminalidad menor donde existe la posibilidad de reinserción atendiendo a sus factores particulares. Cuenta oficio n°85-2016 de la Corte Suprema del 5 de julio de 2016. Proyecto de ley N° 10.969-07.

de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990 habrían sido condenados por concepto de delitos comunes contemplados en el código penal y no por el tipo de crímenes de lesa humanidad, habiendo entrado en vigencia esta ley con posterioridad a la comisión de los hechos referidos, cuestión que se encuentra especialmente regulada en la citada norma. A su vez el Jefe de la División Jurídica del Ministerio de Justicia entiende que si bien los sujetos en cuestión fueron condenados por delitos comunes, se habrían utilizado normas internacionales para el fin de establecer elementos procesales accesorios relativos al tratamiento de crímenes de lesa humanidad, como lo serían las reglas de imprescriptibilidad y de no concesión de amnistía. El Senador De Urresti recaló que si bien la implementación de dicha indicación requiere de un desarrollo más profundo, ésta sería viable toda vez que se fundamentaría en delitos que atentan a las garantías fundamentales, concediéndole relevancia por sobre la criminalidad común.

En la Cámara de Diputados, con ocasión del Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 28 de septiembre de 2016 sobre el proyecto de ley en el Segundo trámite constitucional⁷³ se ha entendido en la discusión que lo medular sería que los delitos fueran cometidos por agentes del estado o bien, con ayuda, apoyo o aquiescencia de éste. Al ser el Estado quien consumó estas conductas se entiende que existía una imposibilidad fáctica para investigar y juzgar los hechos, por lo que correspondería entender una definición y tipificación posterior al cometimiento de estos hechos, toda vez que no se pudo realizar en el momento en el que fueron cometidos, abriéndose la posibilidad de discutir el establecimiento de los plazos que se pueden otorgar para este fin.

Se entiende en el debate que lo que se busca es realizar una distinción entre los delitos cometidos comúnmente en donde existe una persecución estatal y un castigo en como consecuencia, y los cometidos por agentes y colaboradores del estado, en donde al contrario de los delitos comunes, estos no acarreaban ninguna consecuencia para los perpetradores. En ese mismo sentido, al legislar especialmente sobre el tópico expuesto no solo existe dar una señal de reproche a quienes han cometido estos ilícitos, sino dar cuenta de la gravedad y especial connotación social de estos delitos al ser el Estado con el monopolio del uso de la fuerza el que los perpetró, dejando a los ofendidos en un estado de indefensión.

De acuerdo a la discusión en particular llevada a cabo sobre las indicaciones ingresadas por la Cámara de Senadores, se debatió la incorporación del requisito adicional del artículo 3 inciso tercero

⁷³ Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 28 de septiembre de 2016 sobre el proyecto de ley N° 10696-07 en el Segundo trámite constitucional. Cámara de Diputados.

del proyecto de ley boletín N°10.696-07, en la cual se plantea la posición –entre otras⁷⁴- de restringir la aplicación de la libertad condicional para estos casos.

Esta postura busca rechazar la posibilidad de excarcelación por parte de los perpetradores de delitos de violación de derechos humanos bajo ninguna circunstancia, en la cual proponen acotar el periodo en el que fueron cometidos los ilícitos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990, y que los condenados hayan actuado como agentes del estado o con ayuda, apoyo o aquiescencia del Estado. Esto lo fundamentan a partir de que la normativa vigente distingue un tratamiento distinto para la delincuencia común y para la entendida como de mayor gravedad. Así, comprendiendo que en el periodo expuesto no habría regido el Estado de Derecho, ni un poder judicial que respondiera ante estos ilícitos, Para fundamentar esta postura se respaldan en las exigencias del derecho internacional sobre obligación del Estado de juzgar y determinar las sanciones penales a los implicados en crímenes de lesa humanidad y su posterior establecimiento y determinación de sanciones proporcionales y adecuadas al daño causado y la gravedad del delito en cuestión.⁷⁵

La discusión se concluye con la presentación de una indicación en la que se determina una batería de delitos en las cuales concurriendo el periodo de comisión de los ilícitos y su participación como parte del estado para no permitir la concesión de la libertad condicional, además del tipo incluido en la ley 20.357.⁷⁶ Ésta se aprobó por siete votos a favor y cinco en contra, sin ninguna abstención.

Posteriormente, al existir discordancia entre las indicaciones realizadas por la Cámara de Senadores y Diputados, el proyecto fue remitido a la Comisión Mixta, terminando por rechazar la indicación propuesta en el segundo trámite constitucional.

2.1.1.2.- Desde la doctrina penal sobre fines de la pena.

En principio se debe entender que la realización de un hecho ilícito por parte de un sujeto trae aparejada la consecuencia de la imposición de una determinada pena por parte del estado, las cuales tienen por objeto llevar a cabo las funciones que la sociedad y el Estado entrega al derecho penal. El

⁷⁴ Discusión en particular de la indicación relativa a limitar la concesión de la libertad condicional en crímenes de lesa humanidad. Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 28 de septiembre de 2016 sobre el proyecto de ley N° 10696-07 en el Segundo trámite constitucional. Cámara de Diputados. Pp.51-61

⁷⁵ Desarrollado posteriormente en el punto relativo a la opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos.

⁷⁶ Indicación incluida en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el segundo trámite constitucional al inciso tercero del artículo 3 del proyecto de ley N° 10.696-07: ““A las personas condenadas por delitos de homicidio, homicidio calificado, violación, secuestro, sustracción de menores, detención ilegal, tormentos o rigor innecesario y asociación ilícita, no se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional, si concurren las siguientes circunstancias:

a) Que los hechos punibles hayan ocurrido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990.

b) Que las personas condenadas hubiesen actuado como agentes del Estado en calidad de funcionarios públicos o un particular que actuó en el ejercicio de funciones públicas o con la aquiescencia, consentimiento o por instigación del funcionario.

A las personas condenadas por los delitos comprendidos en la ley N° 20.357 no se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional.”

solo comprender el derecho penal como un mecanismo de coacción estatal para el mantenimiento de un determinado orden social y como un instrumento que sirva a la protección de bienes jurídicos y el libre desarrollo del ser humano hace que simplemente se determine que comportamiento puede requerir el cumplimiento de los mandatos impuestos por el Estado, pero no se está delimitando de qué manera debiese afectar el castigo para realizar las funciones del derecho penal. La necesidad de establecer los fines de esta son relevantes en cuanto significan los criterios político-criminales utilizados por la sociedad en su conjunto y por los operadores del derecho para enseñar, analizar y aplicar el derecho penal, por lo que enmarcar los fines de la pena se presenta como la manera de dotar de contenido y dirección al hacerlas efectivas.^{77 78}

La pena en principio significa coacción, en las cuales se encuentran efectos inmediatos corregir, intimidar y neutralizar, lo cual actuaría relativo a distintas criminalidades⁷⁹. Se discuten una serie de interpretaciones principales sobre la finalidad de la pena que han marcado la pauta en los diversos análisis sobre el tema, proponiendo Roxin –entre otros autores-⁸⁰ tres en específico, las teorías retributivas, las cuales a su modo de ver han marcado las pautas para las discusiones sobre el fin de la pena. En este primer momento se desarrollarán las teorías de la retribución y de prevención general para enarbolar los argumentos que servirán para justificar una restricción a la aplicación de la libertad condicional a quienes se encuentren condenados por crímenes de violación a los derechos humanos, desarrollando .

Se plantea en primer lugar la teoría de la retribución, la cual no se establece una utilidad social a la pena, sino el equilibrio y expiación de la culpabilidad del autor del delito, como una “venganza social” que se realiza a través del estado encargado de castigar. En este sentido se propone como una teoría que se alza independiente de los fines de la pena al separarse de su efecto social, es decir, encontrando una justificación en sí misma. La idea de que la pena debe ser justa y que su duración e intensidad se correspondan a la idea de que la gravedad del hecho cometido se condice con que cualquier castigo sería una retribución toda vez que se está causando un mal⁸¹.

Así el retribucionismo es el que sería capaz de respaldar posiciones que plantean la completa exclusión de la vida en sociedad, a través de la ejecución de una pena completa efectiva⁸² negando

⁷⁷ Mario Duran Migliardi. “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena”. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 13, Gendarmería de Chile, (2008). PP.40-41

⁷⁸Claus Roxin. “Derecho penal. Parte general. Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito” (Madrid; civitas S.A ,1997). p.81

⁷⁹ Franz Von Liszt “la idea de fin en el derecho penal” (Valparaíso: Universidad de Valparaíso – Edeval, 1984) p.112

⁸⁰ Roxin. “Derecho penal. Parte general. Tomo 1”. p.82

⁸¹ Ibídem p.83

⁸² José Luis Guzmán Dálbora, “la pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera Parte: Penas y medidas de seguridad. Sistemas penales. Clasificaciones de las penas. Las penas en particular.” (Buenos Aires: Euros Editores s.r.l, 2009) p.250.

absolutamente la posibilidad de acceder a la libertad condicional a una determinada criminalidad. Esto significa desde el punto de vista de la política social aceptar la implementación de un mal a través de la ejecución de la pena como una reparación del daño causado en la sociedad.⁸³

Sin embargo, no se podría justificar a través de esta idea la pena misma impuesta. Ante esto se plantean una serie de razones de porque esta teoría ya no se considera útil⁸⁴, las cuales son en primer lugar que esta teoría no sirve ya que no aclara los presupuestos de la pena, los cuales deberían de justificarse a través de esta. Si lo que se busca es compensar la culpabilidad humana, es imposible que con ello se refiera a toda la culpabilidad. *“La teoría de la retribución, por tanto, no explica en absoluto cuando se tiene que penar, sino que dice tan sólo: <<si se impone –con los criterios que sea- una pena, con ella tiene que retribuir el delito>>. Queda sin resolver la cuestión decisiva, a saber, bajo que presupuestos la culpabilidad humana autoriza al estado a castigar”*⁸⁵ Por lo tanto la teoría no es capaz de establecer un límite de acuerdo al contenido a la potestad penal del estado. Posteriormente, suponiendo que se admita la facultad estatal de penar conductas culpables, no son comprobables sus fundamentos dado que la posibilidad de culpabilidad del humano subyace el libre albedrío de este, y por tanto su existencia no se podría demostrar al existir incontables posibilidades de conductas⁸⁶. Por último, si se quiere considerar que el límite de las penas y la culpabilidad humana quedan resueltamente justificados con la teoría de la retribución, esta tampoco se explicaría en la medida que corresponde únicamente a un móvil de venganza que busque retribuir la culpa a un sujeto en particular, pretendiendo que a través de causar un mal se busque borrar otro cometido, lo cual se basa en un acto irracional que no es concebible como fundamento para la pena estatal.⁸⁷

En estos casos en los que la sociedad determina bienes jurídicos con una mayor importancia donde su vulneración dolosa significa un delito que reviste una mayor gravedad, como alternativa, se plantea una finalidad de carácter preventivo general para respaldar las penas más gravosas⁸⁸, considerando además la defensa social y la neutralización de aquellos de los autores de aquellos delitos⁸⁹⁹⁰

La prevención general se presenta como una teoría en la que la pena busca influenciar a la comunidad en general, a través de amenazas penales y la misma ejecución del castigo, sobre la

⁸³ Esto es discutible debido a que este daño es generalmente la raíz de los mismos delitos, no siendo eficiente como mecanismo el buscar reparar un daño a través de la imposición de otro Roxin. “Derecho penal. Parte general. Tomo 1”. p.84

⁸⁴ Claus Roxin. “Problemas básicos del derecho penal. Sentido y límites de la pena estatal”, (Madrid; Editorial Reus, 1976) P.12

⁸⁵ *Ibíd*em p.13

⁸⁶ *Ídem*.

⁸⁷ *Ibíd*em p.14.

⁸⁸ Jescheck. “Tratado de derecho penal: parte general”. P.696

⁸⁹ José Luis Guzmán Dálbora, “la pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera Parte: Penas y medidas de seguridad. Sistemas penales. Clasificaciones de las penas. Las penas en particular.” (Buenos Aires: Euros Editores s.r.l, 2009) p.248

⁹⁰ Von Liszt “la idea de fin en el derecho penal” p.115. Revisar idea de neutralización del delincuente.

prohibición de una conducta en particular. Lo que se busca es, a través de una coacción psicológica, instar a los integrantes de una comunidad a no realizar ciertas conductas al tener consecuencias (la pena) que producirían un desagrado más grande que el de no haber realizado esa conducta.⁹¹ Esto se realizaría a través de la imposición de determinadas normales penales, que actuarían tanto dentro de su dimensión como una amenaza de pena como en la idea de que esta se ejecute, sin lo cual carecería de eficacia.

Así se entiende que la prevención general contiene una dimensión positiva⁹² en la cual existe una necesidad por parte del estado de mantener a la comunidad consciente de la existencia de un estado de derecho y a la vez un sentimiento de seguridad jurídica⁹³. En este sentido GOMEZ se refiere a que existiría un potencial comunicativo en el delito y la pena asociado a un determinado daño. La comisión del delito delataría un cuestionamiento a la vigencia de la norma, y la imposición de la pena significaría una recomposición de la vigencia cuestionada por el delito, siendo fundamental el hecho de que la pena es efectiva y se pueda cumplir para la confianza de la comunidad⁹⁴. Por otra parte, tendría un efecto de aprendizaje en la sociedad, buscándose no solo el uso instrumental de la norma, sino la aprehensión del impacto negativo de una conducta en una determinada comunidad, obteniéndose efectos pedagógicos⁹⁵. Se debe tomar en cuenta esta faceta simbólica toda vez que es necesaria para este proceso comunicativo de conservación y promoción de la confianza en el derecho con el fin de adaptar el derecho penal a los estándares valóricos, cognitivos y emotivos de una sociedad en un periodo determinado.⁹⁶ El estado al exigir el completo y efectivo cumplimiento de una sanción relativa a determinadas criminalidades estaría entregando un símbolo de consecuencia con respecto a la vulneración de los bienes jurídicos más importantes.⁹⁷

En concordancia con lo expuesto por la política criminal, la gravedad de los delitos por violaciones a los derechos humanos permitiría ubicarlos sobre la criminalidad común, entendiéndose como una afectación a los derechos fundamentales en el actuar monopólico del uso de la fuerza por parte del Estado, y la indefensión de los afectados frente a esto. En este sentido restringir la concesión de la libertad condicional en los casos expuestos se podría justificar a través de las teorías retributiva y

⁹¹ Roxin. "Derecho penal. Parte general. Tomo 1". p.89.

⁹² *Ibidem* p.91.

⁹³ "No cabe probar empíricamente que la prisión perpetua tenga mayores efectos preventivos que una larga pena privativa de libertad." Jescheck. "Tratado de derecho penal: parte general". P.696.

⁹⁴ Carlos Gómez Jara-Díez, "La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?" (Barcelona: Editorial InDret, 2008) Pp.7-9.

⁹⁵ Winfried Hassemer, "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", editado por Juan Bustos Ramírez (Santiago: Editorial jurídica ConoSur Ltda. 1995) p.25. Se refiere acá a las sanciones penales sobre el genocidio cometido por los nazis, de asimilar un periodo histórico relevante para la sociedad alemana. Así también menciona el endurecimiento de las penas relativas a la violencia de la mujer, planteando que bajo el endurecimiento de estas penas existiría un proceso de revaloración del Rol de la mujer.

⁹⁶ *Ídem*.

⁹⁷ Guzmán Dálbora, "la pena y la extinción de la responsabilidad penal" p.247.

preventivo general, en la medida que al no aplicarse una pena efectiva de manera completa se estaría afectando el orden jurídico al relativizar este tipo de crímenes al mostrar que una posible comisión de estos podría no ser castigada y dejar entrever una cierta tolerancia por la comunidad hacia ello.⁹⁸

2.1.2.- Argumentos a favor de la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación de los derechos humanos.

Se desarrollarán las distintas razones que se han entregado tanto por la doctrina penal sobre fines de la pena, la jurisprudencia y el Instituto Nacional de Derechos Humanos que respalden la posición de aplicar la libertad condicional para quienes se encuentren condenados por crímenes de violación a los derechos humanos, con la finalidad de poder establecer un contraste con los argumentos esgrimidos anteriormente y definir un criterio para la concesión de esta institución en los casos expuestos.

2.1.2.1.- Desde la doctrina penal sobre los fines de la pena.

Si bien es justificable desde las razones preventivo generales una negativa a la aplicación de la libertad condicional, la misma entiende que el mismo castigo también tiene límites que pueden justificar una eventual excarcelación anticipada.

Así JESCHECK plantea que no existiría evidencia de que la finalidad preventiva vaya a hacer más o menos efecto de acuerdo a si la cadena es perpetua o larga, siendo cuestionable desde el hecho de que tendría un fin disuasorio⁹⁹. ROXIN lo comprende así también aduciendo que aún existe el peligro de que pueda convertirse en terror estatal, dado que son estas normas son las que han sido la razón de las penas sin medida, lo cual a su vez significa ser más atentatoria a la dignidad humana, siendo más complicado para la prevención general justificar que la carga del castigo como limitación deba pesar en el condenado solo con motivo de la comunidad y no contemplándolo a él como fundamento de la pena.

Ahora bien, el efecto dañino que puede tener la privación de libertad alargada, según JESCHECK, se puede contrapesar con una “*configuración adecuada de la ejecución*”¹⁰⁰. Para esto asevera que el presupuesto para que esto sea así, es que condenado “*conserva la esperanza de ser liberado, aunque*

⁹⁸ Roxin menciona que estas teorías en conjunto serían las que justificarían el castigo por los crímenes cometidos por los nazis. Roxin. “Derecho penal. Parte general. Tomo 1”. p.84

⁹⁹ Jescheck. “Tratado de derecho penal: parte general”. P.696.

¹⁰⁰ *Ibidem*. P.667

solo sea después de muchos años”¹⁰¹. En respuesta a esto, surge la idea de resocialización como fin de la ejecución de la pena, por lo que deben ajustarse las condiciones necesarias para hacer cumplimiento de esto¹⁰².

En lo relativo a la concesión de la libertad condicional, el mismo JESCHEK entiende que solo interesa la gravedad y la culpabilidad del delito en la medida que esta ayude a determinar una eventual reincidencia, tomándose como imperativo el fin preventivo especial por sobre el preventivo general y comprendiendo que los delitos considerados como graves también pueden ser objeto de una excarcelación anticipada¹⁰³, por lo que la inclusión de un delito en particular como referencia para inferir que el sujeto se encuentre rehabilitado no se relaciona con un mayor reproche a esa conducta en particular, ya que éste ya se estaría realizando al momento de determinar la pena, sino en el especial cuidado que se debe tener en esos casos al delimitar el criterio utilizado para considerarlo apto para la vida en sociedad.

Es entonces la teoría de la prevención *especial positiva* la que propone la idea de que la pena actúe sobre un individuo en especial, previniendo el cometimiento de delitos posteriormente. Lo que se busca es que quien está siendo castigado no vuelva a delinquir a partir de la corrección¹⁰⁴, o como se verá ahora, rehabilitación, resocialización o readaptación¹⁰⁵. Lo que se busca en este caso es que a través de la implementación de un mecanismo en la fase de ejecución se llegue a un aprendizaje orientado a la reintegración de la vida en sociedad respecto a los límites que impone la comunidad sobre el actuar individual en concordancia al goce y respeto sobre los Derechos Humanos, pero bajo los límites de la culpabilidad del hecho.¹⁰⁶

Actualmente la conceptualización que se le hace a la intervención en la fase de ejecución de la pena ha sido entendida por varios autores como la última fase de un sistema de carácter progresivo¹⁰⁷ en el cual el encierro total, que pretende la exclusión de la vida en sociedad del condenado, es reemplazado por un mecanismo de otorgamiento de beneficios asociados a distintos espacios de libertad de manera paulatina, los cuales son conseguidos por el recluso a través de la realización de objetivos que logren constatar el rendimiento positivo de las distintas formas de tratamiento, buscando minimizar la probabilidad de reincidencia en el delito.¹⁰⁸ Esto es asumiendo el hecho de que una eventual aplicación de la pena es desocializadora, por lo que el instrumentalizar esta en miras de la

¹⁰¹ Ídem.

¹⁰² Jescheck. “Tratado de derecho penal: parte general”. P.700.

¹⁰³ *Ibidem*. P.761

¹⁰⁴ Von Liszt “la idea de fin en el derecho penal” p.115.

¹⁰⁵ Distinción abordada por De la Cuesta más adelante.

¹⁰⁶ Raúl Carnevali y Francisco Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”. Revista *Ius et Praxis*, n° 2, (2013): p.386.

¹⁰⁷ Francisco Herboso, “Estudios Penitenciarios”. Santiago: Imprenta Ercilla, 1892. En ese año ya lo entendía así.

¹⁰⁸ Carnevali y Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”. p.386.

resocialización significa el hacerse cargo de las consecuencias que pueda generar, por lo que no solo se estaría limitando la ejecución que este mismo impuso, sino que se estarían incorporando los fines preventivo especiales como una obligación que se impone el Estado.¹⁰⁹

Ahora bien, en concreto la implementación de este sistema en Chile es través de un conjunto de instrumentos normativos, en el cual el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios contenido en el Decreto Supremo N°518, del año 1998, del Ministerio de Justicia, el cual opera como principal referente en el tratamiento de la materia. Lo que se busca a través de éste es guiar la organización de los establecimientos penitenciarios estableciendo actividades que tiendan a la reinserción social en miras de una supresión de conductas delictivas futuras por parte de los condenados, en donde se contempla un régimen cotidiano, una formación educacional y laboral, trabajo penitenciario y la concesión de una serie de beneficios penitenciarios, los cuales serán precedente para la concesión de la libertad condicional, toda vez que esta se entiende como el mecanismo que culmina el desarrollo progresivo del sistema.¹¹⁰¹¹¹

En este punto es necesario detenernos en el la naturaleza que debe tener la rehabilitación como objetivo principal del fin preventivo especial contenido en el sistema progresivo que subyace, en este caso, a la libertad condicional.

DE LA CUESTA menciona principalmente dos modelos relativos a la naturaleza de la rehabilitación. Uno socializador y otro corrector.¹¹² Plantea en la primera que el delincuente en cuestión carecería de una socialización, por lo que el proceso buscaría rellenar ese déficit. En la segunda contempla una idea de corrección del individuo en el que pueda corregir su estándar de moralidad, buscando que pase de ser *malo a bueno*.¹¹³ Es entonces a partir de estos modelos que se discute que naturaleza debe primar en el ideal preventivo especial, entendiendo una postura mixta que considera ambos modelos. La discusión decanta en sobre cuál debe ser la intensidad de la rehabilitación, de acuerdo al “*grado de acercamiento y asunción del modelo social postulado por la intervención resocializadora*”¹¹⁴. Ante esta postura se plantea entonces la existencia de una intervención máxima o para la moralidad, o bien mínima o para la legalidad.¹¹⁵ Lo que pretende la primera es buscar que el condenado asimile los criterios valorativos preponderantes en una sociedad¹¹⁶.

¹⁰⁹ Ídem.

¹¹⁰ Carnevali y Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”. p.403

¹¹¹ Carnevali y Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad” .PP.395-406. Para ahondar sobre lo dispuesto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

¹¹² José Luis de la Cuesta Arzamendi, “la resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria” Papers d’estudis i formació. N°12, (1993). p.10

¹¹³ Ibídem p.12. El autor ahonda en los conceptos de socialización y corrección, sopesando las dificultades de cada concepto.

¹¹⁴ José Luis De la Cuesta Arzamendi, “la resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria” p.12

¹¹⁵ Ídem.

¹¹⁶ Esto es criticado según el mismo De la Cuesta porque los métodos de realización de estos efectos contemplan una manipulación del individuo con el fin de obtener una asimilación de creencias y convicciones sin sentido crítico, lo cual sería

Así un programa mínimo propugna al contrario, adecuar el comportamiento externo de los condenados a un marco de legalidad. Esto sería problemático toda vez que lo que sería únicamente una adecuación formal, dejando de lado la función pedagógica que busca regenerar la validez del estado de derecho¹¹⁷.

Como síntesis de esta discusión, DE LA CUESTA termina proponiendo un mecanismo mixto que contemple tanto una neutralización valorativa pero manteniendo la libertad de acción y autodeterminación, mirando siempre el respeto a los bienes jurídicamente protegidos por las normas penales.¹¹⁸ CARNEVALI relativo a lo dispuesto en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios se refiere de manera similar, añadiendo que el carácter de la actividad debe ser personalizada, progresiva y voluntaria.¹¹⁹

Ahora bien, según lo expuesto se podría justificar una eventual aplicación de la institución, pero como se mencionó anteriormente, teniendo un especial cuidado sobre de qué manera debe ejecutarse la pena, poniendo énfasis en el carácter rehabilitador de esta. De este modo cobra especial relevancia los requisitos que deben exigirse para una eventual aplicación de la libertad condicional, lo que se abordará posteriormente al revisar bajo que supuestos debería concederse esta.

2.1.2.2.- Desde la jurisprudencia.

En este punto es importante hacer notar la importancia que tiene el delito radica en que ha sido un tema controvertido y que no ha encontrado una respuesta en la legislación actual. Justamente es a partir del carácter del delito analizado que la concesión de la libertad condicional en los casos de crímenes de violaciones a los Derechos Humanos ha sido tan problemática, sumado a que en razón del tiempo de las condenas son recientes¹²⁰ y no se habrían suscitado conflictos de esta naturaleza hasta ese entonces.

Entonces resulta de suma importancia esclarecer los criterios de legalidad y/o arbitrariedad esbozados por parte de la judicatura para la resolución de los casos de protección y amparo dirigidos al rechazo de las Comisiones de Libertad Condicional en casos donde los recurrentes habrían incurrido en ilícitos considerados como crímenes en contra de los derechos humanos, mostrándose estos como los

lesivo para los principios de libertad individual e ideológica que subyacen a nuestro estado de derecho. José Luis De la Cuesta Arzamendi, “la resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria” p.12

¹¹⁷ De la Cuesta Arzamendi, “la resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria” p.13

¹¹⁸ Ídem.

¹¹⁹ “El centro de la actividad asociada a la reinserción social se enfoca a remover, anular o neutralizar los factores que han influido en la conducta delictiva, ejecutadas con el objeto de prepararlas para que, por propia voluntad, participen de la convivencia social respetando las normas que la regulan, siendo concebida, por ello, como una actividad personalizada, progresiva y voluntaria”. Carnevali y Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad” p.391

¹²⁰ Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales: Tomás Vial Solar (editor general) “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016”. (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2016). p.53.

decisivos en el momento de analizar el rechazo de la libertad condicional, tomando en especial consideración el carácter de los delitos mencionados.

A modo de reseña, el Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales¹²¹ (de ahora en adelante *Informe*) relata someramente el desarrollo de la jurisprudencia con respecto las peticiones de reconsideración de solicitudes de libertad condicional en crímenes de derechos humanos hasta el año 2016, explicando tanto las fluctuaciones en los criterios utilizados por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema para respaldar los eventuales rechazos y acogimientos de las solicitudes indicadas, como también se ha referido a las diferencias existentes entre los recursos incoados con este fin.

El Informe señala que desde el año 2016 el criterio de la Corte Suprema ha tomado la postura de rechazar decisiones de la Corte de Apelaciones que buscaban denegar las acciones de amparo y protección, y confirmar los fallos favorables a la libertad condicional de los sujetos condenados, acogiendo el argumento de ilegalidad en el actuar de la Comisión.¹²²

En el fallo de la Corte de apelaciones de Santiago Rol N° 811-2016¹²³ del 7 de septiembre de 2016, la parte recurrente adujo argumentos que se referirían a que no es óbice para la denegación la calificación del ilícito como crimen de lesa humanidad al no estar contemplado dentro de los requisitos objetivos de la normativa vigente. Por su parte la comisión explicó que se tuvo especial consideración dicha calificación de los ilícitos y su especial atención en el derecho internacional.¹²⁴

El fallo entiende en primer lugar que a la luz del artículo 2 del Decreto Ley sobre libertad condicional, ésta sería un derecho que entrega la Comisión al ver el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa a partir del conocimiento y ponderación de los antecedentes entregados por gendarmería. Menciona que si el Tribunal de Conducta entiende que el condenado reúne las formalidades exigidas para la concesión de la libertad condicional eso sería un antecedente importante a considerar en la resolución del caso, considerando que estos demostrarían una eventual corrección y rehabilitación del condenado. Atiende a su vez a los argumentos expuestos a favor de la denegación de la libertad condicional, reconociendo la gravedad de los crímenes de lesa humanidad, pero que ello no sería un impedimento para la concesión de la libertad condicional.

Con respecto a esto último, la Corte de Apelaciones de Santiago realiza un análisis a partir del informe realizado por el Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre beneficios carcelarios a

¹²¹ Ídem.

¹²² Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales: Tomás Vial Solar (editor general)

“Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016”. p.54

¹²³ “González Betancourt c/ Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago”. Acción de Amparo. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 811-2016 del 7 de septiembre de 2016.

¹²⁴ Relativos a la Corte Penal Internacional en el Estatuto de Roma.

condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad¹²⁵. En el considerando octavo¹²⁶, al citar el referido informe, se refiere a la aplicación de los distintos beneficios carcelarios¹²⁷, toda vez que se asegure la investigación, la correcta determinación de responsabilidades y se impongan las penas de manera proporcional al daño ocasionado, considerando que en este caso la pena que cumple el condenado sería acorde a lo que dispone el ordenamiento legal chileno¹²⁸ de acuerdo a los estándares internacionales¹²⁹.

Así también la Corte de Apelaciones de Santiago hace una revisión de los requisitos conductuales, que si bien se calificaban como desfavorables en una primera ocasión, se habría solicitado un nuevo informe psicosocial a través de una entrevista, en el cual se analiza que el condenado mostraría avances en su proceso de rehabilitación de acuerdo a lo solicitado por el artículo 97 del Decreto N°518, del Ministerio de Justicia, de 1998¹³⁰

Por tanto la referida Corte resuelve que el condenado tiene el derecho a acceder a la libertad condicional, considerando además del informe, el historial de beneficios carcelarios que darían una señal concreta de que el condenado se encontraría corregido y rehabilitado para la vida en sociedad de acuerdo a lo exigido por lo dispuesto en el Decreto Ley sobre libertad condicional.

¹²⁵ Opinión de INDH sobre beneficios carcelarios a condenados por crímenes de guerra y/o delitos de lesa humanidad. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos humanos. 14 de mayo de 2013. Sesión 153. Sobre este informe se volverá en los puntos siguientes tocantes a las razones para determinar la necesidad de establecer requisitos adicionales en la concesión de la libertad condicional en crímenes contra los derechos humanos.

¹²⁶ Considerando octavo sentencia Rol N° 811-2016 del 7 de septiembre de 2016.

¹²⁷ En el referido informe se desarrollará la posibilidad de conceder beneficios carcelarios y medidas alternativas, comprendiéndose dentro de ellos la libertad condicional.

¹²⁸ El condenado cumplió una condena en ese centro de reclusión por los delitos de secuestro con homicidio, robo con homicidio y asociación ilícita, imponiéndoles las penas de presidio perpetuo más cinco años y un día y cinco años y un día, respectivamente, de privación de libertad, ingresando a cumplir su condena el 6 de abril de 1992. Rol N° 1027-2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago del 20 de julio de 2015.

¹²⁹ En el referido informe se cita a su vez que las obligaciones de investigar y sancionar los crímenes de guerra y delitos de lesa humanidad se basarían en el estatuto del Tribunal de Núremberg del 8 de agosto de 1945, los principios establecidos en la asamblea general de la ONU en 1946 sobre derecho penal internacional, la convención contra el Genocidio de 1948, los convenios de Ginebra sobre crímenes de guerra y lesa humanidad de 1949 y la convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad de 1968, entre otros instrumentos.

¹³⁰ Así se logra ver en el considerando noveno: *“Al respecto, si bien esta Corte carece del conocimiento para ponderar clínicamente tales dichos, tampoco puede obviarlos y es dable considerar que si aun sin esta entrevista el amparado fue beneficiado con permiso de salida según se ha informado a esta Corte, es porque en su momento se estimó cumplido lo dispuesto en el artículo 97 del Decreto N° 518 del Ministerio de Justicia de 22 de mayo de 1998 “Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, que en su inciso segundo exige para estos efectos como fundamental el informe psicológico que dé cuenta de la conciencia del delito, del mal causado con su conducta y de la disposición al cambio, de modo que se procure, por una parte, constatar que el interno responde efectiva y positivamente a las orientaciones de los planes y programas de reinserción social, y, por otra, evitar la mera instrumentalización del sistema con el fin de conseguir el beneficio. (...) Conforme a ello, si el amparado cumplía con estos requisitos para la salida diaria -de la cual goza en la actualidad- no se ve cómo puede ahora no cumplirlos para la concesión de la libertad condicional más aún si no existen antecedentes que permitan concluir que ha habido un retroceso en tal sentido”*. Considerando noveno. Rol N° 811-2016 del 7 de septiembre de 2015 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

La Corte Suprema en su Rol N° 88.995-2016 del 22 de noviembre de 2016¹³¹ confirmó el fallo apelado, reafirmando la idea de corrección y rehabilitación del condenado expuesta en el fallo anterior.¹³²

Como se puede ver, se logra dilucidar una tendencia en la cual, más allá de lograr determinar si es que existe o no una efectiva corrección y rehabilitación, se limitan a confirmar de manera empírica el cumplimiento de las exigencias de la normativa vigente.

Esta tendencia se confirma en el fallo Rol N° 4785-2017 del 15 de febrero de 2017 de la Corte Suprema¹³³. El fallo que rechaza el Amparo en principio, de Rol N° 11-2017¹³⁴ del 30 de enero del 2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago, se basa en la sentencia Rol N° 1097-2016¹³⁵ de la Corte de Apelaciones de Santiago del 23 de noviembre de 2016, en la cual se acoge la acción bajo condición de que se realice una sesión extraordinaria para decidir sobre la concesión de la libertad condicional al haber rechazado la solicitud de concesión de libertad condicional sin fundar su decisión, siendo ésta favorable o no e independientemente de haber sido considerado en la lista 2 por el Tribunal de Conducta y el tener un informe psicosocial desfavorable a su pronóstico de corrección y rehabilitación. En este sentido se buscó que la resolución se fundara respectivamente en los informes elaborados por la Gendarmería de Chile (de ahora en adelante *GENCHI o Gendarmería*), los cuales daban cuenta de una evaluación desfavorable al no dar muestras de conciencia del mal causado ni arrepentimiento, teniendo en consideración la naturaleza de los delitos consumados por el condenado¹³⁶. Habiendo sesionado extraordinariamente, y cumpliendo lo exigido en primer momento por la Corte de Apelaciones de Santiago, esta sentencia que cumplidas las exigencias de fundamentar la concurrencia o no de los requisitos exigidos por la normativa, basta decidir a través de votación, la denegación o concesión de la libertad condicional, sucediendo la primera de estas a través de una votación unánime, considerándose el informe elaborado con ocasión a la sesión ordinaria impugnada en una primera ocasión.

La Corte Suprema sobre este caso, termina por aceptar el Amparo rechazado en la segunda ocasión, razonando sobre la decisión de la Comisión de rechazar la concesión de la libertad condicional

¹³¹ Apelación fallo Rol N° 811-2016. Corte Suprema Rol N° 88995-2016. 22 de noviembre de 2016.

¹³² Así se puede ver en el considerando cuarto de la sentencia: “*Que, el tratamiento penitenciario y la libertad condicional están íntimamente ligados entre sí, como que la segunda es la culminación del primero, cuyo progreso satisfactorio ha de incidir en las perspectivas de éxito de ese modo de cumplir un saldo de la pena de encierro*”. Ídem. Considerando cuarto

¹³³ Apelación fallo Rol N° 11-2017. Rol N° 4785-2017 del 15 de febrero de 2017 de la Corte Suprema.

¹³⁴ “Francisco Toledo Puente c/ Comisión de Libertad Condicional de Santiago”. Acción de Amparo. Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo Rol N° 11-2017 del 10 de enero del 2017.

¹³⁵ “Francisco Toledo Puente c/ Comisión de Libertad Condicional de Santiago”. Acción de Amparo. Corte de Apelaciones de Santiago. Fallo Rol N° 1097-2016 del 23 de noviembre de 2016.

¹³⁶ Se reconoce esta calificación en el considerando primero del fallo Rol N° 11-2017 del 30 de enero de 2017 de la Corte de Apelaciones de Santiago. “Señala que el referido se encuentra condenado por delitos de lesa humanidad, que se encuentran especialmente regulados, por cuanto su carácter no amnistiable debe propender a una especial cautela en el ejercicio de facultades que conlleven el no cumplimiento íntegro de las penas impuestas”

tomando en cuenta el informe psicológico emitido en principio al considerarse que el condenado carece de la conducta intachable que le exige la ley.

En este sentido, la Corte entendió que la conducta que debe evaluar tanto la Comisión como los Tribunales de Conducta debe remitirse a un criterio objetivo, basado en una evaluación empírica del comportamiento del condenado. Así se entiende también en el fallo Rol N° 4785-2017 en lo relativo a los requisitos de la libertad condicional y el concepto de rehabilitación desarrollados en puntos anteriores¹³⁷.

En esta última sentencia se aborda la naturaleza de los delitos cometidos por el recurrente, haciendo referencia al mismo Informe del Instituto Nacional de Derechos Humanos, reconociendo la posibilidad de conceder la libertad condicional en la medida que se cumplan las exigencias del Informe relatadas anteriormente, siendo estas satisfechas por el condenado a criterio de la Corte Suprema, al haberse contemplado el requisito temporal impuesto en el Decreto Ley sobre libertad condicional y, como se resolvió, también los conductuales, no pudiendo negar la posibilidad de una excarcelación temprana.

Si bien no se han abarcado la totalidad de las sentencias dictadas sobre la materia en cuestión, quedando aún pendientes fallos y solicitudes de concesión de libertad condicional, las recientemente expuestas sirven para ilustrar la tendencia de los criterios adoptados por las Cortes en esta materia, teniendo una progresiva aceptación la aplicación de la institución.

Como se ha expuesto, la aplicación de la libertad condicional en condenados por crímenes de violación a los Derechos Humanos ha tenido asidero en la jurisprudencia, teniendo expresa consideración sobre el carácter de los ilícitos sancionados. La aceptación de este criterio responde justamente al hecho de que no se contemplaría un tratamiento especializado para los casos problematizados, debiendo remitirse a las reglas exigidas para la criminalidad establecida en el Decreto Ley sobre libertad condicional sin mayores distinciones.

2.1.2.3.- Desde el Instituto Nacional de Derechos humanos.

¹³⁷. “4º) *Que, en ese orden, si los aspectos que trata el informe psicológico dan cuenta de faltas o afectamientos del correcto desenvolvimiento del interno en el recinto penal, de manera que llevan a que su “conducta” sea considerada por Gendarmería cada sucesivo bimestre como <<muy buena>>, no resulta aceptable que posteriormente, del resultado de una entrevista el interno llevada a cabo por un psicólogo y otros profesionales se pueda llegar a concluir que por aspectos relativos a su “fuero interno” y no a su “conducta”, ésta no pueda calificarse como “intachable”, como lo demanda la ley, pues de otro modo, se abandonarían en definitiva dicha determinación a meras apreciaciones del todo subjetivas obtenidas en un determinado momento del encierro que, como se dijo, no se condicen con la conducta observada durante todo el período sujeto a calificación, lo que en definitiva haría vanos los esfuerzos concretos de los internos por mantener periódicamente una correcta conducta en el interior del recinto con el objeto de acceder a la libertad condicional”.* Considerando cuarto. Rol N° 4785-2017 del 15 de febrero de 2017 de la Corte Suprema.

Es menester desarrollar por último la opinión que ha dado el Instituto Nacional de Derecho Humanos (de ahora en adelante el INDH)¹³⁸ sobre el tema en particular sobre aplicar beneficios carcelarios¹³⁹ a condenados por crímenes de lesa humanidad y/o crímenes de guerra, siendo ésta considerada tanto para los procesos judiciales, elaboración de leyes y decretos, y discusiones parlamentarias relativas al tema¹⁴⁰.

El 23 de abril de 2013 la Comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía de la Cámara de Diputados solicitó al INDH su opinión de la posibilidad de restringir beneficios carcelarios en los casos de personas condenadas por crímenes de lesa humanidad. En ese orden de ideas el INDH elaboró un informe llamado “*Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad*” (de ahora en adelante el *Informe*) con fecha 14 de mayo de 2013.¹⁴¹

El Informe en ese sentido presupone para la aplicación el garantizar la verdad, justicia y reparación del daño producido por las violaciones sistemáticas por los derechos humanos como un imperativo normativo y como una señal inequívoca al repudio y reproche a estos crímenes, cuestiones necesarias para consolidar la no comisión de estos crímenes en el futuro¹⁴².

Se refiere entonces al deber de investigar y sancionar crímenes de guerra y/o delitos de crímenes de lesa humanidad como una norma que se ha instalado de manera categórica en el derecho internacional a través de una serie de instrumentos internacionales.

En este sentido GALVIS y SALAZAR¹⁴³ explican que esta obligación se establece a partir del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁴⁴ en relación al artículo 1.1 de la

¹³⁸ Corporación autónoma de derecho público creada por la ley N° 20.405 del Instituto Nacional de Derecho Humanos, año 2009.

¹³⁹ Denominación que utiliza el INDH para referirse también a la libertad condicional. El informe contempla medidas alternativas o sustitutivas a la pena, reducción del tiempo de condena y beneficios intrapenitenciarios. Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013. Sesión 153.

¹⁴⁰ El objeto del Instituto según lo dispuesto en el artículo 3 de la ley N° 20.405 del INDH sería la de comunicar a los distintos poderes del estado su opinión respecto de las situaciones relativas a los derechos humanos que ocurran en el territorio nacional, proponer las medidas que se estimen convenientes para la protección y promoción de los derechos humanos, promover que los distintos cuerpos legales y prácticas nacionales se condigan con los tratados internacionales ratificados por Chile, con el fin de su efectiva aplicación.

¹⁴¹ Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013. Sesión 153.

¹⁴² Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. P.2.

¹⁴³ Galvis y Salazar. “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales.” Washington D.C, 1 de enero de 2007. p.1.

¹⁴⁴ Artículo 2.1 del Pacto: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”

Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁵ los Estados parte se obligarían a respetar, limitando su actuación frente a los civiles, y garantizar el libre y pleno ejercicio de todos los derechos contenidos en dichos instrumentos, sin ninguna discriminación. Entiende a su vez, a partir del análisis de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴⁶ que a partir de la obligación de garantizar a través del aparato gubernamental y todas los órganos estatales el aseguramiento jurídico del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos establecidos, se desprendería la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de estos derechos, y poner énfasis en el restablecimiento y reparación de los derechos vulnerados. Concluye en este análisis que en caso de que se produzca impunidad por estos actos y no exista una reparación de sus daños, se configuraría el incumplimiento del deber de garantizar los derechos por parte del Estado. Se refiere además a que esta obligación se encontraría recogida en tratados especiales de protección de derechos humanos como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención contra la Tortura o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y los Principios para una efectiva prevención e investigación de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias y sumarias, entre otros instrumentos.¹⁴⁷

El Informe ha comprendido que el cumplimiento de estas obligaciones es una condición fundamental para la prevención de la repetición de estos hechos¹⁴⁸. En este sentido se refiere a que la determinación de responsabilidades individuales se distinguiría de la criminalidad común teniendo una exigencia mayor para los casos de violaciones a los derechos humanos¹⁴⁹ en la medida de que el bien jurídico protegido afectarían a la humanidad en su conjunto.

Posteriormente el Informe desarrolla la exigencia del respeto al principio de proporcionalidad contemplado en la normativa internacional, refiriéndose particularmente a la contemplada en el artículo 4.2 de la Convención contra la tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes¹⁵⁰. En lo que respecta a la materia, el principio de proporcionalidad acá expuesto se refiere a establecer sanciones proporcionales y adecuadas a la gravedad de los hechos como una garantía de no repetición,

¹⁴⁵ Artículo 1.1 de la Convención: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

¹⁴⁶ Analiza los casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” del 29 de julio 2016, “Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia” del 31 de enero de 2006 y el caso “Almonacid Arellano y otros Vs Chile” del 26 de septiembre de 2006.

¹⁴⁷ Galvis y Salazar. “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales.” P.6-7.

¹⁴⁸ El INDH sobre el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. P.3.

¹⁴⁹ Galvis y Salazar. “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales.” P.9.

¹⁵⁰ Artículo 4.2 Convención contra la Tortura: “Todo Estado Parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.”

entregando una señal de reproche a través de las condenas. En este sentido la sanción tendría una señal pedagógica en la que se buscaría asimilar un periodo histórico y la gravedad que conllevaría la realización de tales ilícitos en ella.¹⁵¹ Con el fin de conseguir un efecto disuasorio es que es necesario que la pena sea efectiva, y no aparente, buscando recomponer la vigencia del Estado de Derecho y sostener la validez del sistema penal.¹⁵²

La opinión emitida en el Informe hace referencia también al carácter imprescriptible e inamnistiable de los crímenes de lesa humanidad, definiendo al primero como la no generación del efecto jurídico de mitigación y extinción de la responsabilidad penal de un sujeto a partir del transcurso del tiempo, lo que ha sido tratado en la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de lesa humanidad de 26 de noviembre de 1968, definiendo en su artículo 1 que estos ilícitos no podrían ser prescritos. De acuerdo a la inamnistibilidad el Informe lo entiende como la imposibilidad del Estado de conceder indultos a los condenados por estos crímenes, restringiendo la exculpación de la responsabilidad con el fin de hacer cumplir con las exigencias expuestas para el tratamiento de estos delitos.

En relación a lo anterior, el Informe realiza un análisis jurisprudencial mostrando las tendencias de las Cortes con el fin de dilucidar el paulatino reconocimiento de los principios de imprescriptibilidad e inamnistibilidad de estos ilícitos¹⁵³. Así se refiere al fallo de la Corte Suprema Rol 3808-06 del 30 de julio de 2007¹⁵⁴ sobre el secuestro calificado de Luis Rivera Matus, en el cual reconoce los crímenes cometidos como de lesa humanidad, pero relativizando la imprescriptibilidad de estos toda vez que se habría aplicado las medidas de prescripción incompleta¹⁵⁵¹⁵⁶. A partir de ello, la Corte Suprema habría comenzado a reconocer el tipo de crímenes de lesa humanidad y a aplicar el principio de imprescriptibilidad de estos hechos toda vez que si se entendía al contrario o se tendía a relativizar este principio se estaría imposibilitando la investigación y efectiva sanción de los delitos

¹⁵¹ Winfried Hassemer. "Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos". P.24.

¹⁵² El INDH sobre el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. P.3. Cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Barrios Altos Vs. Perú" del 14 de marzo de 2001.

¹⁵³ El informe expone que desde el año 1998 la Corte Suprema ha sentado la posición de no dar aplicación a la ley de amnistía y reconocer como imprescriptibles estos delitos al comenzar a aplicar los Convenios de Ginebra a ciertos crímenes realizados en dictadura admitiendo además la calificación de estos como crímenes de lesa humanidad, compartiendo el criterio establecido en los distintos tratados internacionales de garantizar penas y procedimientos adecuados a la gravedad de estos delitos. *Ibidem*. P.5

¹⁵⁴ Corte Suprema Rol N° 3808-06 del 30 de julio de 2007 sobre el secuestro calificado de Luis Rivera Matus

¹⁵⁵ Gonzalo Yuseff Sotomayor. "la prescripción de la pena". (Ciudad de México; Editorial de las Américas 2009) p.161. "La prescripción gradual o incompleta consiste en la disminución de la pena que debe imponerse, o de la ya impuesta, por haber transcurrido determinado período de tiempo desde la infracción o la condena, y siendo además este lapso de tiempo insuficiente para que se extinga la responsabilidad penal."

¹⁵⁶ Esto habría generado sensación de impunidad, al sumarse la aplicación de atenuantes y penas alternativas, por lo que se entendió que las resoluciones habrían carecido de efectividad sancionatoria. Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. P.5.

mencionados. Así ha ilustrado el Informe, saludando la aplicación de los principios contenidos en los distintos tratados internacionales, llamando a mantener esta tendencia.

El informe después de detallar las obligaciones de juzgamiento, determinación de las responsabilidades penales y la posterior determinación de sanciones adecuadas a la gravedad de los ilícitos, se refiere a que la legislación chilena contempla una serie de normas que buscan templar la intensidad de las penas privativas de libertad. Se refiere a los distintos beneficios carcelarios en particular, incluyéndose en estos la libertad condicional, desarrollando sucintamente el mecanismo de concesión de ésta, deteniéndose en la consideración de los informes realizados por el jefe del establecimiento para otorgar o denegar la excarcelación temprana.

El Informe se refiere también al Grupo de Trabajo sobre Desaparición Forzada¹⁵⁷ de personas en cuanto éste ha reconocido que los condenados en relación a estos crímenes también tendrían los derechos asegurados a la criminalidad común, pero que deben considerarse el control judicial en la concesión de cualquier beneficio, la gravedad del delito por el cual fuesen condenados y publicidad y fundamentos del procedimiento de concesión de los beneficios que se busquen conceder.

En este orden de ideas se menciona la aplicación de las Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas¹⁵⁸, en su principio 6.1 establece que los principios contenidos en ésta deben ser aplicados indistintamente sin realizar diferencias de trato bajo ningún supuesto. Así mismo el principio 60.1 establece que al final de la ejecución de una condena, se deben adoptar los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno paulatino a la vida en sociedad, pudiendo concretarse esto a través de – entre otras medidas- una libertad condicional.

Al analizar la normativa internacional expuesta en el Informe, éste concluye que la aplicación de los beneficios en cuestión no contravendría a la obligación del Estado de investigar y garantizar el acceso a la justicia, determinar responsabilidades y aplicar sanciones efectivas y proporcionales a la gravedad de los crímenes de lesa humanidad.

El objeto del Informe es entregar una opinión sobre la posibilidad de conceder beneficios (comprendidos entre ellos por el presente Informe la libertad condicional) a condenados por crímenes de lesa humanidad. En particular esta posibilidad se acepta, entendiendo que es necesario para esto que se cumplan las garantías anteriormente.

Como se verá más adelante, si bien el INDH se encuentra a favor de la eventual concesión de la libertad condicional, pone énfasis en las exigencias adicionales requeridas para la aplicación de esta y los otros beneficios mencionados.

¹⁵⁷ Informe cita al Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas del 29 de enero de 2013.

¹⁵⁸ Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas. Adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

2.2.- Argumentos a favor de la aplicación de libertad condicional a condenados por crímenes de violación a los derechos humanos con requisitos adicionales.

En este sentido al revisar los distintos argumentos a favor y en contra de la concesión de la libertad condicional en condenados por crímenes de violación a los derechos humanos, se puede entender que la aplicación de la libertad condicional para condenados por crímenes de violación a los derechos humanos se encuentra respaldada por las teorías preventivo general y especial por parte de la doctrina penal sobre fines de la pena, la jurisprudencia de las Cortes sobre estos casos y en la opinión del INDH en lo tocante a estos crímenes, por lo que restringir la aplicación de la institución sería incompatible con lo dispuesto por los tratamientos nacionales e internacionales de la materia.

Por lo demás las razones desarrolladas por la doctrina penal sobre fines de la pena no serían suficientes para justificar la negativa a la concesión de la libertad condicional, toda vez que la misma teoría preventivo previene la necesidad de que exista la posibilidad de la excarcelación temprana, lo cual se condice con la normativa vigente, que no contempla hipótesis de restricción absoluta a la aplicación de la institución, en ninguna criminalidad analizada. Además la teoría preventiva especial entiende la libertad condicional como parte de un proceso de readaptación que debe ir en conjunto con la finalidad preventivo general, buscando además la inocuización de las conductas delictivas.

Aun así el aceptar la aplicación de la institución no impide que deba limitarse su concesión considerando requisitos adicionales a modo de reproche, de acuerdo a la gravedad y la fuerte connotación social de los crímenes de violación a los derechos humanos dentro de la comunidad. Lo entiende así la política criminal, la doctrina penal, parte de la jurisprudencia y la opinión del INDH, en los cuales se plantea que debe existir un tratamiento especializado en lo relativo a la concesión de libertad condicional en estos ilícitos.

2.2.1.- Desde la política criminal.

La política criminal ha abordado a través del proyecto de ley N°10.969-07¹⁵⁹ el particular problema de los requisitos exigidos para la concesión de libertad condicional. En principio el proyecto contempla como fin el regular la libertad condicional, estableciendo una serie de requisitos tendientes a la muestra efectiva de un proceso de reinserción social¹⁶⁰.

¹⁵⁹ Boletín N°10.696-07 ingresado en el parlamento el 18 de mayo de 2016.

¹⁶⁰ Artículo 2 proyecto de ley Boletín N° 10.696-07 del 18 de mayo de 2016: **Artículo 2°.-** Toda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, podrá postular al beneficio de libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

1° Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva;

Es en el informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, en el primer trámite constitucional del proyecto de ley¹⁶¹, donde se discute la propuesta realizada¹⁶² de que la Comisión de Libertad Condicional debe ponderar la gravedad del delito y la extensión del mal causado para conceder la libertad condicional. Es el Senador De Urresti quien en la discusión de la referida instancia hace hincapié en el planteamiento de prestar atención en que el postulante a la libertad condicional se arrepienta y tome conciencia del mal causado mencionando los casos de violaciones a los derechos humanos, donde indica que estos mantienen una postura reacia a dar esa señal. El Senador Larraín sobre el mismo punto enfatizo que estas medidas significarían un avance en prevención al limitar la reincidencia, y que a la vez consideraría una mirada humanizadora al buscar como fines el aprovechamiento del proceso de reinserción social y el arrepentimiento.

Por su parte, el Senador Araya recalca la falta de un criterio legal que acote el concepto de reinserción social, no siendo suficiente para estos fines lo planteado en el proyecto. Sobre la consideración de la gravedad del ilícito como factores para la determinación de la concesión de la libertad condicional, el Defensor Nacional Andrés Mahnke señala que esto no tendría relación con el criterio rehabilitador siendo contrario al fin preventivo especial de la libertad condicional¹⁶³ y que es a través del artículo 3 del proyecto de ley y del actual Decreto Ley donde se considera la gravedad del delito determinando plazos o condiciones especiales para aquellos¹⁶⁴. Hay que tomar en cuenta que parte de las conclusiones realizadas a partir de esta primera discusión, son críticas a imponer un requisito que presuponga una un pronóstico favorable de reinserción, ya que si bien este es valioso como un antecedente, al establecerse como un requisito implicaría un sesgo en el cual las Comisiones solo podrían analizar los casos en los cuales existiera un informe favorable, recayendo virtualmente en la GENCHI el poder de decisión.

2° Haber sido calificada su conducta con nota "muy buena" en los tres bimestres anteriores a su postulación;

3° Haber sido beneficiado y estar haciendo uso de alguno de los permisos de salida ordinarios establecidos en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios; y

4° Contar con un pronóstico favorable de reinserción social.

¹⁶¹ Primer informe de la Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento en el primer trámite constitucional del proyecto de ley. Boletín 10.696-07. 10 de junio de 2016.

¹⁶² Artículo 5, incisos segundo y tercero del proyecto de ley N° 10.696-07 del 18 de mayo de 2016: “

La Comisión deberá constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2°, para lo cual solo se tendrán a la vista los antecedentes emanados por los funcionarios de Gendarmería de Chile o de la empresa concesionada, en el caso de establecimientos penitenciarios concesionados.

Junto con la constatación anterior, para efectos de la concesión de la libertad condicional, la Comisión deberá considerar la gravedad del delito por el cual la persona fue condenada y la extensión del mal causado.”

¹⁶³ Jescheck. “Tratado de derecho penal: parte general”. P.761. Jescheck también se refiere a esta consideración al comprender que la gravedad del ilícito solo debe ser considerada para fines de inferir un eventual peligro de reincidencia, acorde al fin preventivo especial, y no como un reproche en función de un fin preventivo general.

¹⁶⁴ Sobre esto agrega que la ponderación de la gravedad ya se realiza en la determinación de las penas, y que esta debe considerarse en miras de una posible reincidencia, no generando una nueva instancia de juzgamiento. Primer informe de la Comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento en el primer trámite constitucional del proyecto de ley. Boletín 10.696-07. 10 de junio de 2016.

Dentro de la discusión del segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley analizado¹⁶⁵, se aborda la indicación introducida por el Senador Navarro¹⁶⁶, en la cual se dan a entender una serie de defectos que contiene la indicación. Se expone que no habría una correcta delimitación sobre qué delitos son los contemplados en esta categoría, coincidiendo en muchos casos con los ilícitos que ya se encuentran limitados en la normativa.

Además se hace mención a que los condenados por los delitos discutidos en esta indicación tienen la posibilidad de acceder a las distintas medidas de salida al medio libre (entre las cuales se contempla la libertad condicional) bajo una serie de condiciones relacionadas al concepto de impunidad elaboradas por el derecho internacional (mencionadas también al analizar la jurisprudencia relativa al tema)¹⁶⁷. Por lo tanto al reconocerse esto junto a la gravedad que estos ilícitos suponen, se propone en el debate realizado por la Comisión de Constitución que la concesión de la libertad condicional sea contemplada con un periodo de aseguramiento de dos tercios de la condena haciendo mención expresa al tipo penal elaborado en la ley 20.357 sobre crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Ahora bien, se agrega que esto también sería problemático en la medida que la tipificación de la referida ley solo actuaría por los hechos cometidos desde la promulgación de ésta, actuando el principio de prohibición de la ley penal más desfavorable¹⁶⁸, no pudiéndose aplicarse –entre otras cosas- la limitación a los sujetos objeto de esta indicación. En este sentido se resolvió que las reglas de imprescriptibilidad y no procedencia de la amnistía de los crímenes de lesa humanidad serían fundamento para explicar esto, toda vez que se ha utilizado esta calificación para aplicar aquellas normas, además de que es un principio que podría entenderse para las normas penales sustantivas, y no para las referentes a las medidas de ejecución de la pena, las cuales se entienden de naturaleza procesal o administrativa.¹⁶⁹

Por último se acoge por unanimidad la indicación siguiente:” *Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes* (los relativos a Presidio Perpetuo Calificado y Presidio Perpetuo), *los condenados conforme a la ley N° 20.357, que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio y*

¹⁶⁵ Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley N° 10.696-07.

¹⁶⁶ Indicación mencionada en los argumentos en contra de la aplicación de la libertad condicional a condenados por crímenes de violación a los derechos humanos.

¹⁶⁷ Sobre este tema se volverá al desarrollar el punto de los argumentos elaborados por el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

¹⁶⁸ Principio recogido en el artículo 18 inciso primero del Código Penal, artículo 19 n°3 inciso 7 de la Constitución Política de la República, en el artículo 15-1 del Pacto Internacional de los Derechos Humanos y en el artículo 9 del Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁶⁹ Documento Biblioteca del Congreso Nacional sobre normas internacionales aplicables a Chile sobre libertad condicional. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley N° 10.696-07.

*crímenes y delitos de guerra, solo podrá postular a la libertad condicional una vez que hayan cumplido dos tercios de la pena*¹⁷⁰.

Sobre la incorporación de requisitos adicionales al artículo 3 del proyecto de ley, presentada en la Cámara de Senadores, surge la posición contraria a la restricción de aplicar la libertad condicional para los casos expuestos¹⁷¹, en la que se apunta a la posibilidad de excarcelación de los condenados por estos ilícitos, sin dejar de lado la gravedad que estos suscitan, haciendo referencia al tratamiento internacional sobre la materia, aduciendo a que los perpetradores de estos delitos debiesen arrepentirse y apoyar a las investigaciones de los casos respectivos para poder acceder a distintos beneficios, toda vez que se hayan cumplido las demás exigencias sobre cumplimiento de la pena y efectiva investigación de los crímenes.

Si bien la postura en cuestión no caló en las indicaciones desarrolladas en el segundo trámite constitucional del Senado¹⁷², es posible sacar varias conclusiones con respecto a la necesidad de implementar requisitos adicionales para la concesión de la libertad condicional en crímenes de violaciones a los derechos humanos.

En primer lugar es posible ver el reconocimiento a un tratamiento distinto para los delitos que suscitan mayor gravedad, incluyendo dentro de las facultades de la Comisión de Libertad Condicional la de poder ponderar los casos revistan esta calidad al momento de conceder la libertad condicional, inciso que generó conflicto al entenderse que estos casos ya se encuentran contemplados en el artículo 3 del proyecto de ley N° 10.696-07.

En segundo lugar, amén de lo dispuesto anteriormente, se establecen requisitos para el caso específico de los crímenes por violaciones de derechos humanos, comprendiendo que es un tema que se debe abordar particularmente, más allá de las consideraciones que pueda tener la Comisión de Libertad Condicional, entendiendo que la ley distingue entre casos de criminalidad común y de especial relevancia, cuestión que así lo han entendido las distintas instancias de discusión al referirse especialmente al tema, sin obviar la relevancia social e histórica que lo reviste.

En particular, se han visto las tendencias disimiles que ha tenido el debate, proponiéndose por una parte la limitación a través del periodo de aseguramiento, reconociendo la posibilidad de excarcelación de los condenados bajo ciertos parámetros internacionales, y por otra restringiendo

¹⁷⁰ Junto a esto se establece que la Comisión de Libertad Condicional será la encargada de constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa a partir de los antecedentes proporcionados por la GENCHI, delimitando las funciones y recayendo en la Comisión de Libertad Condicional la decisión última sobre la concesión de esta, debiendo encontrarse debidamente fundada en los casos señalados. Indicación 7 A del informe de la Comisión de Constitución.

¹⁷¹ Discusión en particular de la indicación relativa a limitar la concesión de la libertad condicional en crímenes de lesa humanidad. Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 28 de septiembre de 2016 sobre el proyecto de ley N° 10696-07 en el Segundo trámite constitucional. Cámara de Diputados. Pp.51-61

¹⁷² Como se mencionó en el punto sobre los argumentos en contra de la aplicación, se habría incluido y votado la indicación que restringe de manera absoluta la aplicación de la libertad condicional para los casos ahí expuestos.

completamente la concesión del beneficio a los casos que nos referimos. En este sentido se puede entender que en efecto, la solución al problema se encontraría en la inclusión del delito en cuestión dentro de la normativa, con el fin de establecer un tratamiento especial en estos casos.

Por último la discusión precedente ha dejado al descubierto otro problema, el cual se refiere a cuál es la denominación que debe utilizarse para establecer los casos en los cuales debe limitarse la concesión de la libertad condicional. Por una parte nos encontramos con que la correcta debiese ser la de “crímenes de lesa humanidad” contemplada en la ley 20.357, pero esta sería problemática en el sentido que la mencionada norma solo haría efecto para los delitos cometidos desde su promulgación. Por otro lado, se propuso el proponer un catálogo taxativo de delitos, sumados al contexto en el que fueron cometidos, cuestión que resolvería parcialmente esa problemática considerando además los principios de irretroactividad de la ley penal más desfavorable en relación a la imprescriptibilidad y no amnistía de los delitos, desarrollados en el mencionado informe de opinión del INDH.

La presente discusión por ende resulta valiosa como un antecedente que pueda fundar la propuesta de establecer un tratamiento particular a los casos propuestos, además de plantear elementos valiosos a considerar dentro del presente análisis, en miras de elaborar una propuesta detallada para estos fines.

2.2.2.- Desde la doctrina penal sobre fines de la pena.

Como se ha ido desarrollando, la doctrina penal atiende a que la finalidad de la pena debe tender a criterios preventivos generales y especiales, pero con un tratamiento adecuado a los casos planteados.

En particular la ampliación de los requisitos de obtención de la libertad condicional cumpliría la función de ampliar el reproche social a una conducta en particular, contemplando una dimensión simbólica de la pena con respecto a las consideraciones valóricas de una comunidad, en la cual reside el hecho de que la pena debe ser efectivamente cumplida con una carga adicional para restituir la validez del estado de derecho a ojos de la sociedad en su conjunto. Ahora bien, el efecto dañino que puede tener la privación de libertad alargada, según JESCHECK, se puede contrapesar con una *“configuración adecuada de la ejecución”*¹⁷³

Con respecto a la libertad condicional, como se mencionó en los puntos anteriores, significaría la última etapa del sistema progresivo, por lo que se puede suponer una rehabilitación del condenado en este proceso. Como se analizó en el capítulo relativo a la regulación de la libertad condicional en Chile, en particular a los requisitos necesarios para su concesión, que además de los criterios

¹⁷³ *Ibidem.* p. 667

temporales hay una apreciación de la conducta en la cual se dilucida una doble finalidad¹⁷⁴: servir como medio de prueba de la rehabilitación del condenado y como una recompensa a quien demuestra un aprovechamiento de los tratamientos respectivos a través de una conducta y comportamiento positivos dentro del encierro¹⁷⁵.

Lo problemático surge a partir de qué manera se percibe esta señal de rehabilitación por parte del condenado hacia las autoridades correspondientes quienes determinarían la concesión o no de la libertad condicional. Como se desarrolló en el punto relativo a la regulación de la libertad condicional, la concesión de esta en primer lugar resulta de una revisión de los requisitos objetivos que se enuncian en la normativa, pero teniendo en cuenta el carácter discrecional que tienen dichos requisitos a partir de los mecanismos que ahí se contemplan, como resulta con la evaluación de conducta realizada en el artículo 17 del Reglamento que regula la libertad condicional y los informes que puedan incorporarse según el artículo 20 de éste.

Tomando en cuenta la discusión sobre la naturaleza de la rehabilitación, es problemático que a lo que se apunte sea a tener un pronóstico futuro de que el condenado se encuentra rehabilitado, pero a través de un sistema que a la postre es hacer una revisión empírica, que si bien contempla un proceso discrecional en el cual se analizan dichos requisitos, no logra denotar un efectivo proceso resocializador toda vez que comprendemos a este como uno en el cual se busca un no cometimiento de futuros delitos y una cierta neutralización valórica donde adquiera conciencia del mal causado¹⁷⁶. Si bien la libertad condicional al estar en un sistema progresivo conlleva la culminación de un proceso resocializador¹⁷⁷, es a lo menos dificultoso asumir que a través del cumplimiento de las actividades determinadas en los reglamentos se cumpla dicho fin en la medida que no exista una implementación correcta de estas actividades y programas.¹⁷⁸

Es necesario entonces determinar un mecanismo en el cual, considerando las falencias de nuestro sistema penitenciario, se pueda conseguir una señal de pronóstico favorable de rehabilitación como se ha planteado y que a la vez no se ponga sobre la autonomía y libertad de pensamiento del condenado.

Al entender los requisitos de la libertad condicional son requisitos objetivos establecidos en la ley para entender que el condenado se encuentra preparado para una excarcelación anticipada, pero que

¹⁷⁴ Sepúlveda y Sepúlveda. "A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?", p.89.

¹⁷⁵ Así también se ha entendido el artículo 97 del Decreto N° 518, del Ministerio de Justicia, de 1998 que establece reglamento penitenciario.

¹⁷⁶ Foncea, "Revisión del instituto de la libertad condicional". p.469.

¹⁷⁷ Sepúlveda y Sepúlveda. "A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado?", p.391-392

¹⁷⁸ Carlos Künsemüller, "Libertad condicional", Columna de opinión El Mercurio, 10 de mayo de 2016, <http://www.economíaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=250599>

para dichos requisitos se requiera de un análisis subjetivo de los funcionarios penitenciarios, como lo son la elaboración de informes psicológicos detallados en el artículo 97 del reglamento penitenciario¹⁷⁹ en el cual se atiende a la especial gravedad de los delitos de violaciones a los derechos humanos al exigir un especial arrepentimiento por parte del hechor¹⁸⁰. Es preciso buscar que se limite la discrecionalidad, entregando una determinada señal de rehabilitación a partir del cumplimiento imparcial de un requisito no sujeto al criterio valorativo de un funcionario en particular¹⁸¹.

Ante esta problemática MERA¹⁸² plantea un concepto de rehabilitación y reinserción social en la cual se buscaría lograr esta meta por medio de mecanismos diversos al mero tratamiento penitenciario, en este caso, la reparación.

En miras de buscar una pena que sea más humanizadora y socialmente constructiva¹⁸³ se plantea la tesis rehabilitadora, pero utilizando la privación de libertad como una herramienta que está bajo el presupuesto de ser lesiva para los derechos humanos además de ser desocializadora, por lo que tiende a ser contraproducente con sus propios fines. Así mismo lo es buscar una inocuización valórica sin ceder a la autonomía personal en el caso de buscar la rehabilitación. Ante esto, la reparación se concibe como una respuesta conciliadora a estos conflictos. ROXIN¹⁸⁴ es de la idea de que la obligación de reparar el daño y propender a la reconciliación con la víctima influiría mucho más en la actitud social del autor¹⁸⁵.

Según lo expuesto se podría satisfacer la búsqueda de una conciencia del mal causado y el arrepentimiento del condenado que se pretende buscar a través de los informes psicológicos¹⁸⁶ al enfrentarse a las consecuencias del hecho y considerar los intereses tanto de la sociedad como de quien resulta perjudicado por su acción, existiendo un reconocimiento a la necesidad de estos y por ende *“fomentando un reconocimiento de la norma”*¹⁸⁷ Por lo demás contempla el daño existente en la víctima, considerándola también como parte del proceso de rehabilitación en el sentido que es parte de la comunidad que ve afectada sus normas de convivencia, siendo además el sujeto directamente implicado por este quiebre.¹⁸⁸

¹⁷⁹ Artículo 97 del Decreto N° 518, del Ministerio de Justicia, de 1998 que establece reglamento penitenciario.

¹⁸⁰ Artículo 109 del Decreto N° 518, del Ministerio de Justicia, de 1998 que establece reglamento penitenciario.

¹⁸¹ Revisar lo dispuesto anteriormente sobre el fallo Rol N°4785-17.

¹⁸² Jorge Mera Figueroa, “derechos humanos en el derecho penal chileno” (Santiago: editorial ConoSur Ltda., 1998) p.196.

¹⁸³ *Ibidem* p.197

¹⁸⁴ Claus Roxin “Pena y reparación” Traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig, Conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, 16 de noviembre de 2000.p.10

¹⁸⁵ “Pues si el autor se tiene que ocupar personalmente del daño producido –tanto si éste afecta a valores materiales o si consiste en una lesión corporal-, se verá obligado a enfrentarse interiormente con su comportamiento, lo que puede contribuir a una modificación de su deficiente orientación social”. *Ídem*.

¹⁸⁶ Artículo 97 del Decreto N°518, del Ministerio de Justicia, de 1998 que establece reglamento penitenciario.

¹⁸⁷ Mera. “derechos humanos en el derecho penal chileno” p.197.

¹⁸⁸ Juan Ignacio Lazzaneo “la víctima del delito y su participación en el cumplimiento de la pena privativa de libertad de su agresor” Ponencia presentada en el IV Congreso de Derecho de Ejecución Penal Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Centro de Estudios de Ejecución Penal. Buenos Aires, 11 y 12 de agosto de 2016. p.9

El considerar a la víctima dentro del proceso rehabilitador puede ser visto como un derecho del ofendido a intervenir favorable o desfavorablemente¹⁸⁹, cuestión que se verá solventada al proponer los requisitos adicionales un requisito que contempla reparación hacia la víctima como una señal de rehabilitación sin contemplar al ofendido como un ente activo en la ejecución de la pena, pudiendo solo operar el requisito a la voluntad del autor de querer conseguir la libertad condicional.

El incluir la reparación como un criterio a considerar al momento de conceder la libertad condicional puede ser beneficioso no solo para el objetivo preventivo especial¹⁹⁰¹⁹¹, en la medida que entendemos que hay un concepto de rehabilitación que cumple mejor los objetivos de crear una consecuencia del mal causado en contraposición a una idea de rehabilitación mínima que deja al debe la función pedagógica de la pena¹⁹², sino que también en otros fines como lo son la retribución y la prevención general.

ROXIN se refiere en primer momento a que la reparación sería una verdadera compensación a la víctima, tendiendo a buscar la reconciliación y la reparación del daño cometido, y no como una mera venganza hacia el ofensor. También en la prevención general cuando se plantea que además de la amenaza penal lo que se busca es recomponer la confianza en el Estado de Derecho, siendo entonces fundamental una reparación hacia la víctima considerando que la mera ejecución del castigo no recompondría la confianza quebrada. Como se mencionó anteriormente, la víctima es el “representante” del daño cometido a la generalidad, por lo que buscar la reparación ayudaría a superar aquella perturbación al Estado de Derecho¹⁹³.

Ahora bien, es necesario ser cuidadosos con la implementación de medidas que contemplen a la víctima, toda vez que la criminalidad que contempla la doctrina es una asociada a una menor gravedad¹⁹⁴ por lo que no daría una respuesta certera a los casos donde exista se considere una mayor gravedad y connotación social del delito, como los delitos que no son susceptibles a la reparación¹⁹⁵.

ROXIN¹⁹⁶ atiende a esta problemática mencionando que inclusive para los delitos más graves, el inquirir la reparación tendría por efecto una mitigación de la pena, no por buscar revertir las consecuencias de los daños, sino como una muestra de conciencia del mal causado. Lo ejemplifica de la siguiente manera: *“Un eventual arrepentimiento del autor de asumir plenamente los costes hospitalarios y la financiación de otras medidas para hacerle la vida más fácil deben reducir también,*

¹⁸⁹ Ídem.

¹⁹⁰ Roxín. “pena y reparación” p.19

¹⁹¹ Mera. “derechos humanos en el derecho penal chileno”. P.198.

¹⁹² Supuesto contemplado en el artículo 97 del reglamento penitenciario al mencionar la importancia de los informes psicológicos como limitante a la instrumentalización al dar cuenta de la conciencia del mal causado.

¹⁹³ Roxín. “pena y reparación” p.8

¹⁹⁴ Mera. “derechos humanos en el derecho penal chileno” p.196.

¹⁹⁵ ROXIN “pena y reparación” p.11

¹⁹⁶ Ídem.

en un caso así, la pena."¹⁹⁷ Se refiere también a que la reparación no solo tendría una dimensión material, sino también simbólica o de un carácter prestacional, donde el ofensor busque reparar el bien dañado.¹⁹⁸

Esto resulta atingente al problema planteado originalmente toda vez que al establecer un requisito adicional en la concesión de la libertad condicional no estaría buscando que se repare íntegramente el daño cometido, sino entregar una señal de arrepentimiento a la comunidad, la cual se relaciona estrechamente también con un ideal rehabilitador al generarse una muestra objetiva de un rechazo a las conductas socialmente rechazadas.

El establecimiento de una libertad anticipada sujeta a condiciones es capaz de mostrar el reproche social en el pronunciamiento penal con el fin de rehabilitación social del condenado¹⁹⁹. Así es necesario disuadir a la comunidad de la comisión futura de delitos de mayor gravedad y con mayor connotación social como también es necesario que el sujeto objeto de la pena pueda recomponer una conducta adecuada al Estado de Derecho. La imposición de requisitos adicionales cumpliría una doble función, una donde el hecho que se busque realizar atienda a la satisfacción por el delito cometido, mostrándose como una carga adicional a la realización de una conducta en particular, y a la vez como un tratamiento particular al condenado al dotar de un contenido que busque rehabilitar al sujeto a través del cometimiento de la acción, o en este caso en particular, siendo que la concesión de la libertad condicional debe limitar su discrecionalidad a partir de criterios de la evaluación de conducta, otorgaría un marco de concesión más acotado asumiendo en principio la gravedad de la pena y la connotación social del delito, por lo que es posible a partir de ello un requisito adecuado a los fines que se pretenden en ese caso en concreto. La Comisión de Libertad condicional no se vería determinada por la subjetividad de los funcionarios destinados a las tareas de evaluación toda vez que estos se limitarían a entregar un antecedente donde se dé cuenta de una conducta realizada, dejando en manos del órgano decisor la última palabra en razón de establecer si existió o no una realización cabal de los requisitos exigidos.

Para estos fines comprender la dimensión de la víctima resulta esclarecedor en la medida que ayuda a consumir de manera más efectiva los fines que se proponen para la pena atendiendo a que fortalece la recomposición al desvalor que se produce con la comisión de una conducta ilegal y a la asimilación de una conducta que se encuentra fuera del derecho como señal de rehabilitación.

En suma el establecimiento de un requisito adicional ayudaría tanto para los objetivos preventivo especial y general de la pena en la medida de que se establezca la gravedad del delito y su connotación social, siendo que a partir de estas se justificaría el aumento de la carga para acceder a la

¹⁹⁷ Ídem.

¹⁹⁸ ROXIN "pena y reparación" p.12

¹⁹⁹ Jescheck. "Tratado de derecho penal: parte general". p.758

libertad condicional y se establecería un requisito objetivo que atienda a las características del delito en particular.

2.2.3.- Desde la jurisprudencia.

Como se revisó anteriormente en los argumentos a favor de la aplicación de la libertad condicional para los casos de condenados por crímenes de violaciones a los derechos humanos, la jurisprudencia ha tenido en consideración la naturaleza y características de los ilícitos analizados, siendo la razón para la concesión de la libertad condicional el hecho de que la normativa vigente no contempla ninguna limitante a estos ilícitos en específico. En cambio los fallos en los que se ha rechazado la aplicación de esta institución para los casos expuestos, se han aplicado exigencias que si bien no se encuentran en la ley, son atinentes al carácter y gravedad de los ilícitos perpetrados.

El Informe de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales²⁰⁰ relata en un primer momento que desde septiembre del 2015 la Corte Suprema, en sus distintas salas, habría comenzado a fallar sobre la interposición de distintos recursos de protección y amparo cuestionando el actuar la Comisión de Libertad Condicional (de ahora en adelante *Comisión*), encargada de conceder ésta a los condenados reclusos en los recintos penitenciarios, rechazando en principio los recursos de amparo acogidos basándose en la ilegalidad del rechazo de la concesión de la libertad condicional, también así acatando el rechazo de las acciones de protección que se referían también a la ilegalidad del actuar de la Comisión. En este caso imperaba el razonamiento de que el órgano en cuestión obraba en el marco de la legalidad, lo cual se desarrollará al referirnos a los casos en particular.

Para comenzar a desarrollar el razonamiento de las cortes con respecto a la legalidad de los actos, en principio se debe delimitar en contra de que órgano se han realizado las distintas acciones incoadas por los reclusos dejando claro quién es el que incurre en la supuesta ilegalidad del acto, independiente de si la acción es de protección o de amparo.

En este sentido resulta pertinente mencionar el fallo del Recurso de Protección Rol N° 49153-15 del 11 de septiembre de 2015²⁰¹, en donde se resuelve que es en contra de las Comisiones de libertad condicional que se deben incoar las acciones a impugnar las decisiones, y no los Tribunales de Conducta²⁰².

²⁰⁰ Ídem.

²⁰¹ “Donoso Barrera, Víctor y otros c/ Tribunal de Conducta del Centro de Cumplimiento Punta Peuco” Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección. Rol N° 49.153-15 de 11 de septiembre de 2015.

²⁰² Lo medular del caso es que la Corte de Apelaciones de Santiago resuelve que no existiría ilegalidad ni arbitrariedad en las actuaciones del Tribunal de Conducta ya que este es un órgano que se encarga de solo de registrar, recopilar y procesar los antecedentes del condenado y a partir de ello hacer una clasificación en las listas utilizadas por la Comisión para conceder la libertad condicional. ídem.

Se analizará el rechazo de las acciones interpuestas por parte de condenados por crímenes de violación a los derechos humanos, en contra de las Comisiones de Libertad Condicional, tanto en sede de protección como amparo como en sus respectivas apelaciones.

Con respecto a las resoluciones sobre las distintas acciones de protección encausadas en contra de las decisión de rechazar la concesión de libertad condicional por parte las Comisiones, nos encontramos con que una de las razones esbozadas para mantener la decisión de rechazar versa sobre en contra de quien ha sido incoadas las acciones, reafirmando el criterio de que es la Comisión quien tiene el poder decisorio y no otro órgano encargado de la evaluación, como se expuso anteriormente de acuerdo al fallo Rol N° 49.153-15. Así también se ve en los fallos Rol N° 49.155-15 del 20 de agosto de 2015²⁰³ y Rol N° 101.473-2015²⁰⁴ del 3 de marzo de 2016, ambos de la Corte de Apelaciones de Santiago, que aducen las mismas razones para rechazar la acción constitucional²⁰⁵. Así también lo confirmó el fallo de la tercera sala constitucional de Corte Suprema Rol N° 13852- 2015²⁰⁶ del 19 de octubre del 2015, en el cual además se menciona que la vía adecuada para llevar a cabo los fines propuestos por el recurrente sería la del Amparo, y no la Protección, tema sobre el que se volverá más adelante al terminar de analizar el razonamiento de las Cortes en esta sede

También nos encontramos con el fallo Rol N° 101.422-2015²⁰⁷ del 22 de marzo de 2016 de la Corte de Apelaciones de Santiago el cual ahonda en la facultad de rechazar las peticiones de libertad condicional considerando la exigencia de fundamentar la decisión, cuestión que como se ha mencionado anteriormente, corresponde a lo expuesto en el artículo 25 del Reglamento de libertad condicional²⁰⁸. En específico el actuar de la comisión habría estado motivada, y por lo tanto acotada a

²⁰³ “Miguel Estay Reyno y Claudio Fuentes Salazar c/ Tribunal de Conducta del Centro de Cumplimiento Penitenciario Punta Peuco”. Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Protección. Rol N° 49.155-15 del 20 de agosto de 2015.

²⁰⁴ “Miguel Arturo Estay Reyno c/ Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago, la Dirección Nacional de Gendarmería de Chile y el Alcaide del Centro de Cumplimiento Penitenciario Punta Peuco”. Acción de Protección. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 101473-2015 del 3 de marzo de 2016.

²⁰⁵ Se agrega en ambos fallos que el órgano decisor (la Comisión) habría actuado acorde a la legalidad toda vez que se acogió a las facultades que le otorga el artículo 17 del reglamento sobre libertad condicional al ser necesaria la unanimidad para la concesión de la libertad condicional en el caso de estar en la lista 2, y entendiendo que se habría actuado conforme a la ley y las instrucciones de superiores por parte de los Tribunales de Conducta al proponer en aquella lista a los condenados en cuestión. Por lo demás, la Comisión habría actuado conforme al deber de motivación exigido a dichos órganos decisores en el artículo 25 del reglamento sobre la libertad condicional.

²⁰⁶ Corte Suprema. Apelación fallo Protección Rol N° 101473-2015 Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 13.852-2015 de 19 de octubre de 2015.

²⁰⁷ “Washington González Betancourt c/ Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago”. Acción de Protección. Corte de Apelaciones de Santiago. Rol N° 101.422-2015

²⁰⁸ En dicho fallo se expone que la parte recurrente habría cumplido con los requisitos exigidos por el Decreto ley N° 321 de 1925 del Ministerio de Justicia, no siendo un impedimento según este el haber sido condenado por crímenes en contra de los derechos humanos, entendiéndose la decisión como arbitraria e ilegal. A esto se le suma que la conducta del condenado habría sido calificada favorablemente y que además gozaba de los beneficios penitenciarios permitiendo una salida controlada al medio libre anteriormente. Dentro de la misma sentencia se cita un informe de la misma Comisión, señalando que en efecto, el condenado en cuestión habría sido postulado en la lista 1 para obtener la libertad condicional, pero que habría sido rechazada su solicitud señalándose dentro de los motivos del rechazo un informe psicológico del condenado donde se dilucida que éste no habría adquirido una suficiente conciencia del delito y del mal causado, concluyéndose que el condenado requería

lo señalado en la normativa, debido a la insuficiente conciencia del mal causado, habiendo justificado su actuar bajo el argumento de haber recibido órdenes, mostrándose además de su deficiente disposición al cambio. Considerándose lo anterior, en la parte resolutive de la sentencia la Corte de Apelaciones de Santiago admite en un primer momento como facultativa la decisión de la Comisión y que esta y el resto de las instituciones comprometidas en la actuación, habrían obrado acatándose a las normativa vigente, por lo que no existiría ilegalidad. Ahora bien, la arbitrariedad aducida por el recurrente no se respaldaría con las actuaciones de las autoridades correspondientes al haberse fundamentado la decisión según lo argumentado por las partes. Por lo tanto esta Corte termina por entender que no habría ni ilegalidad ni arbitrariedad en la decisión impugnada, por lo que no existiría la afectación a las garantías de igualdad ante la ley, integridad física, honra, propiedad y defensa alegadas por el recurrente.

La Corte Suprema en fallo Rol N° 20.456-2016²⁰⁹ de del 19 de julio de 2016, confirma este fallo y da a entender que las acciones que deben ser incoadas con los propósitos que ahora se analizan, deben ser las de Amparo y no las de Protección²¹⁰.

Considerándose lo anterior, el restante análisis versará sobre las Acciones de Amparo encausadas en contra de los organismos encargados de la concesión de la libertad condicional. Si bien el análisis se acotará a la referida acción, es necesario considerar los fallos expuestos anteriormente sobre protección de garantías constitucionales toda vez que estos también son tocantes al esclarecimiento de los criterios utilizados por las Cortes al fallar de acuerdo a los rechazos de la concesión de libertad condicional, en relación a los requisitos exigidos por la normativa vigente para este cometido.

Dando cuenta de lo recién expuesto, en el fallo Rol N° 1027-2015²¹¹ del 20 de julio de 2015 la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza una Acción de Amparo incoada en contra de la Comisión, al entender que el rechazo de la libertad condicional del recurrente sería un acto ilegal y arbitrario toda vez que el condenado habría cumplido con los requisitos temporales y conductuales exigidos por las disposiciones legales vigentes sobre libertad condicional. Según lo expuesto, el recurrente adujo que las razones esgrimidas por la Comisión serían distintas a los requisitos que harían procedente la

de más tiempo para comprobar si es que efectivamente este se encontraba rehabilitado para la vida en sociedad, lo cual según los objetivos de dar muestras de rehabilitación que se desprenden del Decreto Ley mencionado no se estarían cumpliendo.

²⁰⁹ Apelación a fallo Protección Rol N° 101.422-2015. Corte Suprema. Rol N° 20.456-2016 de 19 de julio de 2016.

²¹⁰ En el fallo Rol N° 20.456-2016 de la Corte Suprema del 19 de julio de 2016, indica en su considerando cuarto que los reclamos hechos en relación a la privación, perturbación o amenaza de la libertad personal o seguridad individual del artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República deben ser atendido a través de la Acción de Amparo, entendiéndose que estos derechos no se encuentran contemplados en las garantías protegidas por el artículo 20 de la misma, mecanismo utilizado en el fallo impugnado, y por lo tanto no siendo idónea esta vía para lograr los cometidos perseguidos.

²¹¹ “González Betancourt c/ Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago y Tribunal de Conducta del Centro Penal Penitenciario de Punta Peuco”. Corte de Apelaciones de Santiago. Acción de Amparo. Rol N° 1027-2015 del 20 de julio de 2015.

libertad condicional y que este sería un elemento subjetivo. Posteriormente el fallo en cuestión recoge los argumentos que se habrían establecido para denegar la libertad condicional, refiriéndose a los informes psicológicos del condenado, en el cual se señala: “ *este no ha adquirido una adecuada conciencia del delito cometido, del daño y mal causado con el mismo y no ha demostrado una real disposición al cambio, circunstancias que conducen a concluir que requiere un mayor tiempo de evaluación, para comprobar que se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social...* ”²¹² En este orden, la Comisión²¹³ respalda el rechazo de la libertad condicional entendiendo que la decisión se habría encontrado debidamente fundada, y que esta no se encontraría lejana a los requisitos exigidos por la normativa al versar sobre presupuesto incluido en la ley sobre que el condenado se encuentre corregido y rehabilitado para la vida en sociedad, además de que la decisión se habría llevado a votación, como es exigido, obteniendo al unanimidad de los votos en cuestión.

Junto a esto, la Corte de Apelaciones de Santiago señala que la fundamentación utilizada para denegar la libertad condicional no solo no sería subjetiva al estar ajustada a derecho, sino también por la especie de los delitos por los cuales habría sido condenado el recurrente, siendo estos considerados por la Corte como de lesa humanidad.²¹⁴ El fallo desarrolla en sus considerandos undécimos y siguientes la connotación de los delitos perpetrados por el recurrente, reconociendo en principio estos como de lesa humanidad al entender a partir de lo desarrollado por jurisprudencia²¹⁵ que fueron violaciones graves, masivas y sistemáticas, realizadas a través de agentes del estado dentro de una política generalizada de persecución y exclusión de un sector de la población, generando posteriormente a través de distintos instrumentos legales medidas tendientes a la impunidad de los hechos. Destaca además la gravedad de estos ilícitos por sobre los contemplados en la legislación penal, al entenderse como un fuerte desvalor y menosprecio a la dignidad humana, destacándose la hostilidad y especial persecución a un grupo específico de individuos, por lo que los hechos cometidos recibirían un especial reproche por los distintos instrumentos internacionales, otorgándole características distintivas como la imprescriptibilidad, inamnistabilidad e imposibilidad de acceder a excluyentes de responsabilidad.

Es importante aclarar que este punto se desarrollará posteriormente, teniendo en consideración la jurisprudencia y normativa nacional e internacional relativa a los crímenes contra los derechos humanos y atendiendo la problemática que suscita la delimitación de este concepto actualmente en Chile.

²¹² *Ibíd.* Informe citado en el considerando primero del fallo precedente. .

²¹³ *Ibíd.* Cita a la presidenta de la Comisión recurrida.

²¹⁴ Este punto se desarrollará con mayor detención en el capítulo siguiente al abordar la discusión sobre la ley N° 20.357 y el concepto de crimen de lesa humanidad.

²¹⁵ En el considerando undécimo cita el fallo de la Corte Suprema e del 28 de enero de 2015, el cual es utilizado para definir el carácter de los delitos en contra de los derechos humanos en Chile.

Por último el fallo se refiere a un punto que se entenderá como medular en el presente análisis. La Corte de Apelaciones de Santiago en el considerando undécimo de la sentencia le da énfasis a la ausencia de un tratamiento específico de los crímenes de derechos humanos en la normativa vigente sobre libertad condicional, considerando que esta fue generada en el año 1925 y que los instrumentos internacionales no habrían desarrollado este tema hasta después de culminada la segunda guerra mundial²¹⁶, por lo que correspondería armonizar el cuerpo legal sobre libertad condicional con el tratamiento internacional sobre el tema a través del artículo 5, inciso segundo de la Constitución Política de la República²¹⁷ con el fin de resolver la controversia suscitada en este caso. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago culmina el fallo aduciendo que este es fundamento principal para rechazar el Amparo encausado por el condenado, comprendiendo que un delito de esa dimensión y gravedad no puede tener el mismo tratamiento para acceder a la libertad condicional que el resto de la criminalidad contemplada, y dando por lo tanto que debe existir un especial miramiento sobre estos en los requisitos para la concesión de la libertad condicional. Por lo demás menciona que la obtención de ésta bajo los mismos parámetros objetivos significa una especial ofensa a las víctimas al favorecer las pretensiones del recurrente, poniendo énfasis en que dar muestras de conciencia del daño causado y disposición al cambio resulta de suma importancia al entender como sujetos ofendidos no solo a los cercanos del directamente afectado, sino a la comunidad en su conjunto.

Por lo tanto la Corte de Apelaciones de Santiago resuelve que la decisión adoptada por la Comisión al rechazar la libertad condicional estaría debidamente justificada al entender que la parte recurrente no logra dimensionar la especial gravedad del delito, cuestión que resultaría fundamental al evaluar la corrección y rehabilitación para la vida en sociedad que debe presentar el condenado según lo dispuesto en el Decreto Ley N°321 sobre Libertad Condicional en su artículo 1.

La Corte Suprema confirmó el fallo expuesto en su sentencia Rol N° 14.265-2015 del 21 de Septiembre de 2015,²¹⁸ entendiendo que los criterios utilizados para la denegación de la libertad condicional se encontrarían apegados a la legalidad toda vez que la Comisión tiene la facultad de negar la libertad condicional existiendo un cumplimiento de los requisitos objetivos en la medida que se justifique debidamente la falta de convicción respecto a la corrección y rehabilitación para la vida en sociedad del condenado²¹⁹.

²¹⁶ González Betancourt c/ Comisión de Libertad Condicional de la Corte de Apelaciones de Santiago y Tribunal de Conducta del Centro Penal Penitenciario de Punta Peuco”, Acción de Amparo. Rol 1027-2015 del 20 de julio de 2015. Acá la sentencia cita a la asamblea general de las Naciones Unidas y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. .

²¹⁷ Revisar Artículo 5 de la Constitución Política de la República.

²¹⁸ Apelación fallo Amparo Rol 1027-2015 del 20 de julio de 2015. Corte Suprema Rol 14.265-2015 del 21 de Septiembre de 2015

²¹⁹ *La Comisión ha actuado con apego a la legalidad, puesto que ha fundado la decisión de denegar la libertad condicional, acudiendo para ello a los antecedentes que le fueron proporcionados para su análisis, siguiendo el procedimiento previsto en el DL N° 321 de 1925 sobre libertad condicional y su reglamento, contenido en el Decreto N° 2442. No se vislumbra en la denegatoria de la libertad condicional, en consecuencia, alguna afectación de la libertad personal y seguridad individual del*

El caso analizado anteriormente resulta ilustrativo para comprender la problemática que se busca abordar. En principio se pone en cuestión la legalidad de las decisiones adoptadas por las Comisión al visualizarse la falta de un requisito objetivo que dé cuenta de estas situaciones que suscitan especial conflicto. Resulta a lo menos conflictivo el conceder la libertad condicional sin tener un estándar de corrección y rehabilitación para los casos de crímenes de derechos humanos al no tener en consideración la connotación social de estos. Es por lo tanto el espacio de discrecionalidad de los órganos decisores y evaluadores la que entra en cuestión al no existir un criterio objetivo, razón por la cual las Cortes han tendido a cambiar su criterio al momento de resolver las contiendas suscitadas por la denegación de la libertad condicional en estos casos especiales. En este sentido resulta explicativo el ejemplo del sujeto recurrente analizado en el fallo anterior, el cual en 2016 encausa las mismas acciones en contra de la Comisión, resolviendo con un criterio opuesto al recién expuesto al acoger la Amparo en la Corte de Apelaciones de Santiago y su respectiva apelación.

Por lo tanto, recogiendo los principales rechazos a la aplicación de la libertad condicional lo que se busca es ilustrar el estándar que debería considerarse para una eventual aplicación de la institución. Si bien se muestran los rechazos de la concesión de esta institución, lo que se pone en tela de juicio es si para estos casos revestidos de especial gravedad y alta connotación social, es necesario aumentar las exigencias contenidas en los requisitos contenidos en la norma. El criterio utilizado por las Cortes aduce la necesidad de hacerse de una normativa especializada para quienes se encuentren condenados por crímenes a los derechos humanos, cuestión que como se revisó, ha generado conflicto para la aplicación de la libertad condicional.

2.2.4.- Desde el Instituto Nacional de Derechos Humanos.

Tal y como se revisó anteriormente, el Instituto Nacional de Derechos Humanos se encontraría a favor de la aplicación de la libertad condicional a los condenados por crímenes de derechos humanos. En ese sentido, el Informe de la opinión del INDH consignaba un supuesto de en el cual la aplicación de ciertos beneficios carcelarios eran aplicables para los casos expuestos, toda vez que el estado garantice el deber de investigar y sancionar crímenes de guerra y/o delitos de crímenes de lesa humanidad. Junto a esto lo entiende además una serie de requisitos establecidos a partir de la normativa internacional.

amparado que sea contraria a la Constitución y las leyes, de modo que el recurso será desechado”. Ibídem. Considerando tercero.

En primer lugar, el Informe menciona a las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, en la cual en su regla 145²²⁰, en relación al número 1 del artículo 78 del Estatuto de Roma²²¹ relativo a los factores de gravedad del crimen y circunstancias del condenado en la imposición de penas, detalla que tendrá en cuenta las circunstancias del condenado y el crimen, la magnitud del daño causado a las víctimas y sus familiares, la naturaleza y medios utilizados en el ilícito, la participación, intención, circunstancias de modo, tiempo, lugar y edad, instrucción, condición social y económica del condenado, además de incluir como atenuante la conducta posterior buscar resarcir a las víctimas y cooperar con la Corte. A su vez el artículo 110 del Estatuto de Roma permite una eventual reducción de la pena en la etapa de ejecución de ésta, pero solo podrá determinarse su reducción cuando este haya cumplido con dos tercios de la pena o bien veinticinco años de prisión en casos de cadena perpetua. Sobre esto el punto 4 del artículo mencionado dispone que se debe ponderar la concurrencia de una voluntad de cooperar con la Corte en las investigaciones y enjuiciamientos, la facilitación de la toma de decisiones ayudando a la Corte en las órdenes de reparación que puedan utilizarse a favor de las víctimas, entre otros²²².

Se recoge en estas normas la posibilidad utilizar estos criterios en la etapa de la ejecución de la sanción penal, pero teniendo especial cuidado en que no se configure un supuesto de impunidad, entendida por parte de GUTIERREZ²²³ como una falta de castigo, relacionada con las conductas que debiesen ser sancionadas y que por alguna razón no lo son. En esta línea se refiere al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo "Panel Blanca Vs. Guatemala" del 8 de mayo de 1998, en el cual define el concepto de impunidad como "*la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos humanos*"²²⁴

Concluye junto a lo expuesto, que es necesario recoger la opinión de los familiares y víctimas de crímenes de lesa humanidad, toda vez que las medidas de reparación y no repetición incluidas en las obligaciones de garantizar el acceso a la justicia deben focalizarse en las víctimas²²⁵.

²²⁰ Regla 145 Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma. Reproducidas de los documentos oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

²²¹ Artículo 78.1 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

²²² Artículo 110 del Estatuto de Roma. Puntos 3 y 4.

²²³ Luis Miguel Gutiérrez Ramírez. "La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional". Estudios socio-jurídicos, n°16-2 (2014) p.32.

²²⁴ *Ibidem*. Cita a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su fallo "Panel Blanca Vs. Guatemala" del 8 de mayo de 1998.

²²⁵ Informe cita Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000)

Así, se deja sentado por parte del Informe la posibilidad de conceder la libertad condicional – entre otras instituciones y beneficios- a condenados por crímenes de lesa humanidad, bajo los parámetros expuestos por los tratados internacionales referidos a estos ilícitos en la medida que no se configure un supuesto de impunidad en lo relativo a que la pena sea proporcional y adecuada a la gravedad y al daño causado, y que además cumpla con los requisitos establecidos por el Estatuto de Roma relativos a la mitigación de la pena en la fase de ejecución del castigo.

De este modo el referido Informe entrega un antecedente importante para determinar si son necesarios requisitos adicionales para la concesión de la libertad condicional en los casos de crímenes de lesa humanidad. En principio no se puede restringir completamente su otorgamiento, por lo que comprendemos que la vía de ampliar los requisitos de procedencia para la postulación complacería lo dispuesto por este Informe, toda vez que se mantiene la posibilidad de excarcelación, no se niega, y que además que compensaría las carencias que se dilucidan en el punto sobre política criminal al no existir un tratamiento especializado sobre el tema. La inexistencia de estos requisitos por un lado ampliarían la sensación de impunidad al no adecuarse a los estándares internacionales, además de que hacer caso omiso a las consideraciones que hacen referencia a mitigar el castigo en la fase de la ejecución de la pena convertirían a la actual legislación sobre el tema en un instrumento obsoleto y no armonizado al tratamiento actual de estos casos.

Se volverá sobre el presente informe al desarrollar los requisitos que debiesen ser incorporados, analizando en detalle los mencionados sobre la normativa internacional atingente.

Capítulo 3.- Qué requisitos debiesen integrarse y de qué manera incluirlos.

Habiendo ya resuelto las razones que nos llevan a concluir la necesidad de establecer requisitos adicionales para los casos de crímenes contra los derechos humanos cometidos por agentes del estado o por personas con apoyo, ayuda y aquiescencia de éste, es necesario abocarse a cuales debiesen ser estos, considerando todos los elemento expuestos en el capítulo anterior, y por lo demás dar luces sobre cuál es la manera idónea de incluirlos, poniendo énfasis tanto en la redacción de los conceptos utilizados como en la estructura de la norma vigente sobre la materia.

3.1.- Regulación y problemática del tipo de crímenes cometidos en el contexto de violaciones a los Derechos Humanos por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.

De acuerdo a lo expuesto en los apartados relativos a la política criminal, jurisprudencia y opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos, la calificación del tipo con el fin de determinar requisitos adicionales para la concesión de libertad condicionales es problemática. En principio las violaciones a los derechos humanos han de comprenderse como la vulneración cometida por los Estados a sus obligaciones de garantizar y respetar los derechos fundamentales inmanentes a las personas recogidos y establecidos por los distintos tratados internacionales²²⁶, con lo cual se estaría contrariando el estado de derecho al ser el aparato estatal quien debe encargarse de velar por el cumplimiento de estas obligaciones, dejando en una posición de indefensión a todas las personas sujetas a su jurisdicción.

En este sentido la punibilidad a los delitos que se cometan con ocasión de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos, ha sido recogida por el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional del 17 de julio de 1998, recogiendo los delitos que son considerados más lesivos para la comunidad internacional. A su vez la legislación chilena ha tipificado estos delitos en la ley 20.357 sobre crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra.

En este orden de ideas, la calificación de los crímenes de lesa humanidad responde a requisitos objetivos y subjetivos contenidos en la normativa internacional y nacional vigentes. CÁRDENAS se refiere a la existencia de un ataque, el cual debe ser generalizado o sistemático y debe dirigirse en contra de la población civil. Generalizado, significa que sean un grupo de personas los afectados por el ataque. Por su parte sistemático se refiere a la necesidad de que estos ilícitos se hayan realizado de acuerdo a una política de Estado o con fin de promover ésta. Por otro lado al referirse a una población civil como objeto de los ataques, se indica como todo grupo de personas unidas por alguna característica en común (en este caso una determinada corriente política) y necesariamente excluyendo a quienes estarían realizando el ataque. Por otra parte se refiere al aspecto subjetivo de estos crímenes, los cuales se refieren al conocimiento del ataque y el actuar como parte de éste, entendiéndolo como el adquirir conciencia sobre el sentido del ataque.²²⁷

Posteriormente CÁRDENAS analiza posteriormente los artículos contenidos en la ley 20.357²²⁸ y analiza las diferencias con la normativa internacional. Nuevamente es posible la separación de los requisitos objetivos y subjetivos en el artículo 1.²²⁹

²²⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

²²⁷ Claudia Cárdenas Aravena. “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular.” En Revista de derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XXVII, n°2 (2014) pp.170-177

²²⁸ . Ley N° 20.357 sobre crímenes de lesa humanidad, Genocidio y Crímenes de Guerra del 2009: Artículo 1°.- Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo, cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:

1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.
2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos

En los requisitos objetivos se refiere así a que el ataque generalizado o sistemático, atendiendo a que la diferencia fundamental sería el criterio temporal, es decir si es que fue un solo acto o varios simultáneos o sucesivos, o bien sistemáticos como actos extendidos en un periodo de tiempo donde, pero que en ambos casos se afecte a una cantidad considerable de personas. En lo respectivo al concepto de población civil, no hace ninguna distinción a lo desarrollado por la normativa internacional, siendo el mismo concepto el utilizado. De acuerdo a que responda a una política estatal, destaca la existencia de un orden taxativo de los sujetos que pueden cometer estos ilícitos. En primer lugar no se exige que los agentes sean parte de una organización, siendo relevante el hecho de que sea dirigido en contra de un número considerable de personas. Por otro lado se refiere a grupos organizados, lo que de acuerdo a lo dispuesto en la ley, podría abrirse la posibilidad de que estos puedan ser entendidos como grupos independientes del estado que busquen promover algún cambio social, prestando especial atención a la alta exigencia a estos grupos, en contraposición a lo exigido para que se configure una política delictual por parte de los agentes estatales²³⁰.

Atiende a los requisitos subjetivos de los crímenes de lesa humanidad, al entender que debe existir dolo y un eventual elemento subjetivo especial. Se refiere a que quien actúa debe conocer las circunstancias y entender el ilícito que se está perpetrando. Entiende además que solo basta con que conozca la conducta que forma parte del ataque pero no que necesariamente comprenda a cabalidad la política que subyace el ataque que se estaría perpetrando. Además se refiere a que el artículo 2 hace la diferencia sobre que se afecte o se dirija a un grupo de personas, bastando únicamente el que se haya dirigido el ataque sin afectar necesariamente para que se configure el delito en cuestión.²³¹

Es necesario mencionar que estos son solo los requisitos que deben reunirse para que se configure el crimen de lesa humanidad, pero estos deben concurrir en conjunto a la consumación de los delitos descritos taxativamente tanto en el Estatuto de Roma como en la Ley 20.357.

A partir de esto nos debemos detener en el primer aspecto problemático de utilizar la voz “crimen de lesa humanidad” para definir quiénes son los sujetos condenados que deben ser objeto de

armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Artículo 2º.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá:
1º. Por "ataque generalizado", un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y
2º. Por "ataque sistemático", una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.

²²⁹ Cárdenas. “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular.” p.174

²³⁰ Ídem.

²³¹ Cárdenas. “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular.” p.176.

los requisitos especiales para la concesión de libertad condicional. Al calificar con este tipo a los casos de crímenes de violaciones a derechos humanos, no sería aplicable a todos los casos juzgados con anterioridad a la fecha de promulgación de la ley 20.357 toda vez que muchos de los ilícitos bajo los cuales fueron sancionados en causas de derechos humanos corresponderían a tipos graves comunes del Código Penal²³². En este sentido no habría sido hasta el año 2012 donde la Corte Suprema establecería utilizaría regularmente este tipo, siendo hasta ese entonces vacilante el criterio de la Corte para utilizar aquella clasificación.²³³

Un segundo problema se suscitara a partir del artículo 44 de la ley 20.357 en el cual se dispone: *“Los hechos de que trata esta ley, cometidos con anterioridad a su promulgación, continuarán rigiéndose por la normativa vigente a ese momento. En consecuencia, las disposiciones de la presente ley sólo serán aplicables a hechos cuyo principio de ejecución sea posterior a su entrada en vigencia.”* En la historia fidedigna de la ley 20.357 se discutió sobre la aplicación de este artículo. En este sentido se entendió que cumplía dos finalidades distintas, separando en dos el análisis del artículo²³⁴.

La primera parte se referiría a los crímenes cometidos en la dictadura cívico-militar. Al utilizar la voz “normativa vigente” -asunto que se debatió especialmente- termina por entender de manera amplia las normas utilizadas, siendo estas de carácter nacional e internacional, no siendo necesariamente leyes. Esto entraría en concordancia con el principio de imprescriptibilidad establecido en el artículo 40 de la misma ley. Justamente se hace referencia a ello con el fin de que no se comprendiera como un artículo que buscara de ningún modo la impunidad o el reemplazo de los principios y tratados utilizados hasta ese minuto. Así mismo se entiende que dicha normativa habría sido utilizada hasta antes de la ley con objetivos procesales como evitar la prescripción de estos delitos o su indulto, evitando generar sanciones ilusorias.

La segunda parte del artículo 44 habría sido entendido en consonancia al principio de irretroactividad de la ley penal más desfavorable, recogido en el artículo 19 N°3, incisos séptimo y octavo de la Constitución Política de la República y en el artículo 18 del Código Penal. ROXIN ²³⁵ esto lo comprende como una consecuencia del principio de legalidad, entendiéndose que en la media que si no hay ley no existiría delito y que tampoco existiría pena sin delito, por lo que la retroactividad no sería admisible al no estar expresada la punibilidad ni establecida legalmente antes de la conducta. A su

²³² Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016. Cámara de Senadores. Boletín 10.696-07. P.19.

²³³ Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013. Sesión 153. P.5.

²³⁴ Historia Fidedigna de la Ley N° 20.357 [En línea]. Fecha 15 de abril, 2009. Informe de Comisión de Derechos Humanos Sesión 25. Legislatura 357. < <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4697/>> [Consulta: 5 de noviembre 2017]

²³⁵ Roxin “Derecho penal. Parte general. Tomo 1”. Pp.134-141.

vez CALDERON²³⁶ la justificaría a través de la seguridad jurídica, toda vez que esta si se considerara la retroactividad de castigos más desfavorables los miembros de una comunidad no sabrían cómo comportarse, al tener un margen de acción cambiante.

Como se ve en lo anterior, la utilización del vocablo “crimen de lesa humanidad” es conflictivo con lo dispuesto en la misma ley 20.357, y con los preceptos legales y constitucionales que impedirían la aplicación de una norma más gravosa de manera retroactiva. Este principio también ha sido recogido en el Informe sobre la opinión del INDH sobre concesión de beneficios carcelarios para crímenes de lesa humanidad, al mencionar el caso de una moción parlamentaria que buscaba modificar la ley 20.357²³⁷ en el sentido de restringir completamente la concesión de beneficio alguno a los condenados en concepto de estos delitos.

Considerando los conflictos suscitados a partir de la utilización del concepto crimen de lesa humanidad contemplado en la ley 20.357 es necesario hacerse cargo de cada uno de los problemas planteados que reclama el uso de este vocablo.

En primer lugar, con respecto a la determinación de cual debiese ser la voz utilizada para determinar los requisitos adicionales, en principio es conveniente utilizar el concepto de crimen de lesa humanidad para establecer los requisitos comunes que deben concurrir para establecer una determinación de los sujetos a los cuales debiese aplicárseles los requisitos adicionales, recogiendo de esto el que hayan sido ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil (remitiéndose al artículo 2 de la ley 20.357) y que estos ataques respondan a una política de estado o de sus agentes. Ahora bien, con el fin de referirse a estos sujetos, se recoge lo dispuesto en las discusiones del proyecto de ley 10.696, en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, en el segundo trámite constitucional de la Cámara de Diputados²³⁸ en el cual se hizo referencia a separar los crímenes de lesa humanidad y los crímenes cometidos por el Estado en el uso del monopolio de la fuerza al momento de proponer la indicación que proponía, al mencionar taxativamente los delitos que en concurrencia de los supuestos de haber actuado en un periodo de tiempo determinado (11 de septiembre de 1973 y 10 de marzo de 1990) y como agentes del estado o con su autorización, apoyo, ayuda o aquiescencia en el contexto de una política estatal, en el contexto de violaciones a los derechos humanos. En este también se da tratamiento a los condenados por la ley 20.357 entendiéndose separado de la idea anteriormente expuesta, toda vez que se comprende que la aplicación de los tipos contenidos en esta ley será relativos a una conducta producida después de su promulgación.

²³⁶ Guillermo Oliver Calderón, “el fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Tomo XXI (2000). P.108.

²³⁷ Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. P.14. Se cita el Boletín n°8600-07. Modifica la ley N° 20.357 que tipifica los delitos de lesa humanidad, de genocidio y guerra. Buscando que por su gravedad no podrían ser objeto de beneficios carcelarios. 2 de octubre de 2012.

²³⁸ Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 28 de septiembre de 2016 sobre el proyecto de ley N° 10696-07 en el Segundo trámite constitucional. Cámara de Diputados.

Con respecto al segundo problema planteado respecto de la irretroactividad de la ley penal más desfavorable, CALDERON²³⁹ ha distinguido la aplicación de este principio en los distintos estadios del derecho penal, refiriéndose al derecho penitenciario y la aplicación retroactiva de leyes más gravosas. Se refiere en esto a que la irretroactividad debe contemplar la ley penal que inflencie indirectamente el ilícito o el castigo, como lo sería un eventual inclusión de requisitos adicionales para la concesión de la libertad condicional, es decir que se afecten las leyes que puedan generar un efecto beneficioso para el condenado posterior a la comisión del delito y la imposición de la pena.²⁴⁰

Ahora bien, entra en consideración sobre esto la naturaleza del ilícito. En este caso los crímenes de lesa humanidad han tenido un tratamiento especial en este tema. Como se mencionó anteriormente, se han utilizado criterios y normas procesales internacionales para tratar los casos de crímenes de violaciones a los derechos humanos. En este sentido BERNALES²⁴¹ se ha referido a la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, y lo ha entendido como un principio rector al momento de establecer responsabilidades personales y sanciones adecuadas a la gravedad de estos la aplicación de normas internacionales sobre imprescriptibilidad. Asumiendo que es un deber del Estado aplicar este principio sentado tanto en la normativa internacional como en la nacional²⁴², aborda el problema de su aplicación bajo del principio que debe aplicarse la norma más favorable al condenado. En este sentido comprende que la aplicación de la imprescriptibilidad sería una excepción que se debe realizar en miras de buscar la obligación de imponer las penas más justas y los debidos procesos relativos a los crímenes de lesa humanidad, basado en que estos delitos se habrían cometido en una situación excepcional para el ordenamiento jurídico, en el cual la anormalidad de ello permitiría justamente lo contrario que propugna el principio de irretroactividad al hablar de seguridad jurídica, tendría la noción de que los actos que se cometieren en dicho periodo carecerían de un reproche efectivo.

Es por lo tanto que si bien la aplicación de requisitos adicionales posteriores a la imposición de la pena pudieran significar una aplicación más gravosa para el condenado, no se estaría considerando que la imposición de estos requisitos estaría adecuando las exigencias mencionadas a no establecer penas nugatorias, en la medida que la atenuación de la aplicación de una condena requiere justamente de requisitos adicionales para adecuarse a la proporcionalidad de una pena impuesta a partir de una condena por crímenes de violaciones a los derechos humanos por parte del estado, y se estaría

²³⁹ Calderón, Guillermo. “retroactividad e irretroactividad de las leyes penales”. (Santiago: Editorial Jurídica, 2007). P.190-191.

²⁴⁰ Ídem. P.196. Cita en este punto a Luis Felipe Ruiz Antón. “El principio de la irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia”.p.160.

²⁴¹ BERNALES ROJAS, Gerardo. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.1, pp.245-265.

²⁴² Artículo 40 ley N° 20.357 sobre Crímenes de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

entregando una señal de impunidad, contraria a las que debe entregar el Estado al momento de imponer estos castigos.

Por lo demás, la imposición de estos requisitos adicionales contemplaría un efecto beneficioso en los términos de readaptación para la vida en sociedad, toda vez que en estos requisitos se debiese contemplar una señal de reparación a las víctimas, y que tal como se expuso en el punto relativo a los fines de la pena, esto contribuiría tanto a resarcir la vigencia de la norma, como un cambio en el fuero interno del condenado al generarse un ejercicio de arrepentimiento y conciencia sobre el mal causado.

3.2.- Opinión del Instituto Nacional de Derechos Humanos y relación con el Tratado de Roma de la Corte Penal Internacional de acuerdo a instaurar requisitos adicionales.

Siguiendo el orden de ideas, ya habiendo establecidos los criterios necesarios para determinar el sujeto de los requisitos, corresponde establecer cuáles serían los requisitos idóneos para cumplir con los estándares internacionales exigidos según lo expuesto por el INDH.

Tal y como se expuso en el análisis del informe sobre la Opinión del INDH sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de lesa humanidad, se acepta la posibilidad de aplicar beneficios respecto de condenados por crímenes de lesa humanidad en la medida que las responsabilidades personales y las sanciones impuestas sean efectivas y proporcionales, y que además se cumplan otros requisitos.

Antes de realizar el análisis de los requisitos que contempla el tratamiento internacional sobre la materia es necesario aclarar que el INDH contempló dentro de realización del Informe analizado a la libertad condicional, por lo que cuando se hace la referencia a “beneficios” o “beneficios carcelarios” no se está aceptando que ésta sea un beneficio, ya que como se desarrolló en su momento, no se podría hacer tal aseveración considerando todos los matices que contempla la normativa vigente y la práctica efectiva de las Cortes. Recogiendo esto, es la misma judicatura la que ha utilizado para dilucidar sus criterios sobre el tema el referido Informe en la medida que este ha cobrado relevancia al momento de establecer un criterio para resolver.

Si bien la jurisprudencia ha resuelto que la aplicación de los beneficios es procedente en los casos que analizamos, consideramos que esto no sería así debido a que la ponderación de las exigencias de proporcionalidad y efectividad de la pena solo se habrían realizado de acuerdo a la legislación interna chilena. En ese sentido, se asumió que esta habría ajustado a los estándares internacionales, asunto que como se pasará a revisar no sería así.

El INDH ha utilizado para esclarecer los criterios al Estatuto de Roma, en su artículo 110²⁴³, el cual en el punto 4 letra c) remite a las Reglas de Procedimiento y Prueba del Estatuto de Roma, en su regla 223²⁴⁴ para establecer los criterios para el examen de una reducción de la pena. El INDH entiende que en la aplicación de estas reglas son procedentes para la fase de la ejecución de la pena, admitiéndose estos criterios para justificar la morigeración de la intensidad de esta.

El INDH entiende que esto va en sincronía con las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, donde se admite que en principio la prisión tendría como finalidad el proteger a la sociedad contra el crimen, asunto que se alcanzará si es que se aprovecha el periodo de privación de libertad para conseguir que el condenado una vez liberado no solamente quiera respetar la ley, sino que de una señal de que este sería capaz de hacerlo²⁴⁵. En este sentido se dispone que con el fin de establecer un tratamiento adecuada para la readaptación progresiva a la vida en sociedad, propósito que podría alcanzarse a través de una liberación condicional²⁴⁶. Estas consideraciones debiesen aplicarse imparcialmente sin hacer diferencias fundadas en cualquier situación del condenado.²⁴⁷

Por último antes de abocarnos a la tarea de definir los requisitos que debiesen ser contemplados, el INDH menciona en su Informe al Grupo de Trabajo de Desaparición Forzada de

²⁴³ Artículo 110 Estatuto de Roma: Examen de una reducción de la pena

1. El Estado de ejecución no pondrá en libertad al recluso antes de que haya cumplido la pena impuesta por la Corte.
2. Sólo la Corte podrá decidir la reducción de la pena y se pronunciará al respecto después de escuchar al recluso.
3. Cuando el recluso haya cumplido las dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en caso de cadena perpetua, la Corte examinará la pena para determinar si ésta puede reducirse. El examen no se llevará a cabo antes de cumplidos esos plazos.
4. Al proceder al examen con arreglo al párrafo 3, la Corte podrá reducir la pena si considera que concurren uno o más de los siguientes factores:
 - a) Si el recluso ha manifestado desde el principio y de manera continua su voluntad de cooperar con la Corte en sus investigaciones y enjuiciamientos;
 - b) Si el recluso ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las decisiones y órdenes de la Corte en otros casos, en particular ayudando a ésta en la localización de los bienes sobre los que recaigan las multas, las órdenes de decomiso o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas;
 - c) Otros factores indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba que permitan determinar un cambio en las circunstancias suficientemente claro e importante como para justificar la reducción de la pena.
5. La Corte, si en su examen inicial con arreglo al párrafo 3, determina que no procede reducir la pena, volverá a examinar la cuestión con la periodicidad y con arreglo a los criterios indicados en las Reglas de Procedimiento y Prueba

²⁴⁴ Regla 223 Criterios para el examen de una reducción de la pena. Al examinar una reducción de la pena de conformidad con los párrafos 3 y 5 del artículo 110, los tres magistrados de la Sala de Apelaciones tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 4 a) y b) del artículo 110, además de los siguientes:

- a) La conducta del condenado durante su detención, que revele una auténtica disociación de su crimen;
- b) Las posibilidades de reinsertar en la sociedad y reasentar exitosamente al condenado;
- c) Si la liberación anticipada del condenado crearía una gran inestabilidad social;
- d) Cualquier medida de importancia que haya tomado el condenado en beneficio de las víctimas, así como los efectos de una liberación anticipada sobre las víctimas y sus familias;
- e) Las circunstancias individuales del condenado, incluido el deterioro de su estado de salud física o mental o su edad avanzada.

²⁴⁵ Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, Celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076(LXII) de 13 de mayo de 1977. Principio 58.

²⁴⁶ Ídem. Principios 59 y 60.1 y 2.

²⁴⁷ Ídem. Principio 6.1.

Personas, aduciendo que este señala a su vez que los condenados por estos delitos (contemplados en los tratamientos sobre crímenes de lesa humanidad) tienen el mismo derecho a poder optar a los distintos beneficios, considerando el debido control judicial, la especial gravedad del delito, asegurar un proceso transparente y la debida información pública de los criterios aducidos para la concesión de estos beneficios.²⁴⁸

El Informe del INDH referido fue solicitado con el fin de proporcionar su opinión para la elaboración del Decreto N° 924 del Ministerio de Justicia y Derechos humanos, del 28 de diciembre de 2015 que modifica el decreto N° 518, de 1998, Del Ministerio de Justicia, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.²⁴⁹ En los considerandos de este decreto, justifica la adopción de medidas que buscan armonizar los estándares internacionales sobre concesión de beneficios a condenados por crímenes de lesa humanidad, pero entendiendo que no procedería la prohibición de la concesión de estos beneficios, aduciendo como solución a esta dicotomía el elevar los estándares de otorgamiento de los beneficios.

Interesan en este sentido ver las modificaciones realizadas en el Reglamento Penitenciario del decreto N° 518 de 1998 del Ministerio de Justicia por parte del referido decreto. En primer lugar, el artículo 97 del Reglamento penitenciario menciona que con el fin de dar cuenta de un efectivo proceso de reinserción social, será necesario dar cuenta en un informe psicológico que dé muestras de la conciencia del delito, del mal causado por ello y la disposición al cambio, agregando el requisito de mostrar arrepentimiento en los casos de lesa humanidad referidos en el artículo 109 bis del mismo reglamento. A su vez éste último se refiere a los delitos de lesa humanidad, pero no utilizando esta voz, sino mencionando un catálogo taxativo de delitos considerados especialmente graves²⁵⁰, en los cuales deben concurrir además el hecho de haber sido cometidos en el contexto de violaciones de los Derechos Humanos, por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actuaron con la autorización, apoyo o la aquiescencia del Estado.

Por último interesa recoger el artículo 109 ter del referido reglamento, toda vez que este se refiere como requisito para conceder los permisos de salida regulados en éste, deben acreditar por cualquier medio idóneo que se han aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza. Para estos efectos se considera la colaboración realizada a las causas

²⁴⁸ Informe cita al Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias- Adición Misión a Chile* A(HRC/22/45/Add.1

²⁴⁹ Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. P.1

²⁵⁰ Delitos contemplados en el artículo 109 bis: delitos de homicidio, castraciones, mutilaciones, lesiones graves gravísimas, lesiones graves, lesiones menos graves, violación, abuso sexual, secuestro, sustracción de menores, tormentos o apremios ilegítimos, asociación ilícita, inhumaciones y exhumaciones, cualquiera haya sido la denominación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena.

que actualmente se investiguen, se juzguen o se hayan juzgado al condenado, inclusive cuando aquella se hubiere prestado con posterioridad a la dictación de la respectiva sentencia condenatoria. También se aplicará el mismo requisito en los casos en los que se colabore con las causas de la misma naturaleza, seguidas en contra de otras personas.

Como se revisó en el capítulo anterior, en el punto referido al análisis de casos sobre la materia se puede ver que se han utilizado para los fines de evaluar la conducta de los condenados los criterios del informe psicológico del artículo 97 del reglamento de recintos penitenciarios sobre arrepentimiento y conciencia del mal causado. En este sentido, no ha sido uniforme la aplicación de estos criterios debido a las interpretaciones que se han realizado a partir de determinar cuándo se estaría en presencia de arrepentimiento y conciencia del mal causado, entendiéndose en casos que requeriría del análisis empírico del comportamiento y no de una ponderación sobre el fuero interno del condenado.

Si bien ayudan a dilucidar y establecer criterios necesarios para evaluar el comportamiento de los condenados en los recintos penitenciarios, consideramos que no sería idóneo para los objetivos del presente análisis, ya que en primer lugar estos se enmarcan en el tratamiento sobre los permisos de salida y no directamente en la libertad condicional, por lo que su evaluación y ponderación corresponden a objetivos, que si bien son parecidos, son distintos, siendo la libertad condicional una institución diferente que busca la culminación de un proceso de rehabilitación, y por ende una excarcelación que aun siendo un modo distinto de cumplir la pena, permite la posibilidad de no volver a su cumplimiento privado de libertad.

En suma, los requisitos que consideramos idóneos para los fines propuestos, son el de cumplimiento efectivo de dos tercios de la condena o veinticinco años en casos de penas perpetuas, contemplado en el artículo 110.3 del Estatuto de Roma, y también aceptadas en el marco de la discusión del proyecto de ley boletín N° 10.696-07 que modifica la libertad condicional, con respecto a las indicaciones incluidas en el primer trámite constitucional de la Cámara de Senadores, y posteriormente modificadas en el segundo informe de esta instancia.

Por otro lado consideramos que los requisitos incluidos en el reglamento penitenciario creemos que el mecanismo idóneo para determinar la existencia de la conciencia sobre el mal causado y arrepentimiento, es la establecida en el artículo 109 ter del Reglamento Penitenciario, sobre acreditar el aporte de antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de violaciones a los derechos humanos. En este sentido consideramos que es lo que mejor se adecua a los fines de la pena mencionados con anterioridad, atendiendo a lo expuesto por ROXIN en lo relativo a los delitos más graves que en la búsqueda de reparación hacia los ofendidos²⁵¹ existiría una efectiva conciencia del mal

²⁵¹ Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones (2000)

causado, y un proceso de arrepentimiento eficiente²⁵². Así la colaboración y el apoyo eficaz a la resolución de las causas de crímenes por derechos humanos funciona como una señal de conciencia del mal causado y un arrepentimiento, además de entregar un mensaje de resarcimiento y de validez del estado de derecho, especialmente violentado por estos ilícitos.

3.3.- Conclusiones y propuestas de inclusión de requisitos adicionales para la concesión de libertad condicional de crímenes sobre derechos humanos en la legislación Chilena.

Como corolario del análisis se puede establecer en un primer momento la necesidad de establecer requisitos adicionales para la concesión de la libertad condicional para los casos de sujetos condenados por crímenes de violaciones de los derechos humanos. Para realizar esta afirmación –en primer lugar- debemos tener en consideración que la misma normativa vigente propone un tratamiento especializado en lo relativo a los requisitos exigidos para una criminalidad determinada por la gravedad de sus penas y su alta connotación social, por lo que se prevé un mecanismo mediante el cual se pueden establecer exigencias adicionales para su aplicación

En seguida, al analizar los argumentos que respaldarían una negativa a la aplicación de la institución en los casos problematizados, tanto las discusiones político criminales como la doctrina penal plantean posiciones que consideran la magnitud del ilícito cometido y el carácter de los perpetradores para justificar la inaplicabilidad de la libertad condicional, entendiendo que los supuestos planteados se encontrarían revestidos de la gravedad suficiente como para excluir a los sujetos de la posibilidad de la excarcelación anticipada toda vez que esta medida sería proporcional al daño causado.

Por otro lado, las posturas que aducirían un apoyo a la posibilidad de aplicar la libertad condicional a los condenados por crímenes de violación a los derechos humanos en principio la doctrina penal se refiere a que, para hacer efectivo el reproche social para estas conductas a través de la pena, es necesaria que ésta contemple al menos la posibilidad de ser liberado en algún instante dentro de su cumplimiento, no pudiendo justificarse las diferencias entre un encierro perpetuo y una condena de larga duración. En este sentido, se plantea que existe el riesgo de que la pena se plantee únicamente como una amenaza hacia la comunidad, sin contemplar a los sujetos en particular. Al estar enmarcada la libertad condicional dentro de un contexto de rehabilitación, negar la posibilidad sería contrario a los fines preventivo especiales que subyacen al sistema penitenciario que actualmente rige en Chile. En la misma línea, la jurisprudencia admite la aplicación de la libertad condicional toda vez que no existe una norma que la restrinja propiamente tal. De igual modo el INDH, el cual establece que en la medida

²⁵² Roxin. “pena y reparación” p.11

que se garanticen las obligaciones del Estado relativas al correcto juzgamiento y ejecución de estos casos, la posibilidad de aplicar la libertad condicional no podría ser denegada.

Resueltos los argumentos, la inaplicabilidad de la institución no sería posible ya que sería contrario tanto a los fines de la pena como al tratamiento nacional e internacional que comprenden afirmativamente la concesión de la libertad condicional para los casos expuestos. Aun así, la gravedad y la alta connotación social del ilícito analizado hacen comprender que no forma parte de una criminalidad ordinaria, y que atendido su carácter es necesario contemplar un tratamiento especializado para la aplicación. Así lo han entendido distintas posiciones en la política criminal, que apuestan a la posibilidad de conceder la libertad condicional pero con requisitos adicionales. También así se ha comprendido a partir de la doctrina penal, que aduce una aplicación de ésta teniendo en consideración el concepto de rehabilitación asociado a la conciencia del mal causado y la reparación como símbolo de esto. Del mismo modo el INDH desarrolla a partir de lo dispuesto por la normativa internacional que para la aplicación de esta institución es necesario que se cumplan una serie de requisitos y obligaciones estatales, dejando en claro los hechos en cuestión tienen y deben tener a nivel interno, un estándar de exigencia superior. Por último, si bien se refiere a rechazos en la aplicación de la libertad condicional, la jurisprudencia ha sentado precedentes sobre la aplicación de los criterios ahora expuestos al momento de buscar exigencias especiales para conceder esta institución a condenados por crímenes de derechos humanos, que como se ha visto no ha tenido asidero en la misma jurisprudencia pero si ha visualizado la problemática y un criterio aplicable para esta.

Habiendo condensado las razones que nos llevan a concluir la necesidad de aplicar requisitos adicionales en los casos mencionados, es lógico preguntarse cuáles deben ser estos requisitos y de qué manera deben incluirse. En primer lugar se ha tenido en la utilización de la voz “Crimen de lesa humanidad”, razón para no utilizarla sin al menos hacer la prevención de los conflictos que conlleva esto. Junto a esto, los requisitos que se han querido abordar tienen estrecha relación con el tratamiento internacional de cómo deben abordarse la atenuación de la ejecución de la pena. Así lo entiende el INDH y el Decreto 924 del 28 de diciembre de 2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que modifica el Decreto N°518 de reglamento de establecimientos penitenciarios considerando expresamente las normas internacionales que regulan la atenuación de penas. Esto da pie a entender nuestro ordenamiento jurídico ha admitido estos criterios y los ha hecho parte de su estructura, cuestión por lo que comprende que aquellos requisitos incluidos son los idóneos para cumplir con los fines que se buscan al presentar un requisito adicional: realizar un tratamiento especializado a una criminalidad que se considera de mayor gravedad y connotación social, debido a sus características particulares, también aduciendo un mayor reproche al limitar a ciertos requisitos la

concesión de la libertad condicional. Por lo demás no se estaría negando la posibilidad, solo se está condicionando al cumplimiento de nuevas exigencias.

Por último estas disposiciones pueden cumplir la función de delimitar el sentido que se le quiere dar a la pena, comprendiendo que la finalidad sería la rehabilitación asociada al concepto de reparación y colaboración como conciencia del mal causado, determinando una conducta objetiva, alejándola de criterios sujetos a espacios de discrecionalidad.

En este sentido, se ha elaborado una propuesta de norma sobre un requisito adicional que se concedería con los objetivos del presente ensayo:

“Sin perjuicio de los incisos precedentes²⁵³, a las personas condenadas por los delitos de homicidio, homicidio calificado, castraciones, mutilaciones, lesiones graves gravísimas, lesiones graves, lesiones menos graves, violación, abuso sexual, secuestro, sustracción de menores, tormentos o apremios ilegítimos, asociación ilícita, inhumaciones y exhumaciones, cualquiera haya sido la denominación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena cometidos como agentes del estado o con autorización, ayuda, apoyo o aquiescencia en el contexto de una política de Estado en el marco de violaciones a los Derechos Humanos²⁵⁴ comprendido entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1990²⁵⁵, no se les podrá conceder la libertad condicional hasta haber cumplido dos tercios de la pena impuesta²⁵⁶ o veinticinco años de pena efectiva en casos de presidio perpetuo²⁵⁷ y haber acreditado por cualquier medio idóneo el haber aportado antecedentes serios y efectivos en causas criminales por delitos de la misma naturaleza. Para estos efectos se considerará la colaboración realizada en las causas en que actualmente se investigue, se juzgue o se haya juzgado al condenado, incluso cuando aquélla se hubiere prestado con posterioridad a la dictación de la respectiva sentencia condenatoria. La misma regla se aplicará tratándose de la colaboración prestada en causas de la misma naturaleza, seguidas en contra de otras personas²⁵⁸.

Los mismos requisitos serán aplicados para las personas que hayan sido condenadas por la ley N°20.357²⁵⁹. “

²⁵³ Prevención extraída de la indicación 7 A del Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley N° 10.696-07.

²⁵⁴ Delitos y sujeto activo comprendidos en el Artículo 109 bis del Decreto N° 518, del Ministerio de Justicia, de 1998 que establece reglamento penitenciario.

²⁵⁵ Indicación incluida en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el segundo trámite constitucional al inciso tercero del artículo 3 del proyecto de ley N° 10.696-07.

²⁵⁶ Periodo de aseguramiento propuesto en las indicaciones del Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del 1 de agosto de 2016 del proyecto de ley N° 10.696-07.

²⁵⁷ Número 3 del Artículo 110 Estatuto de Roma.

²⁵⁸ Requisito contenido en el Artículo 109 ter del Decreto N° 518, del Ministerio de Justicia, de 1998 que establece reglamento penitenciario.

²⁵⁹ Referencia al tipo penal específico de crimen de lesa humanidad propuesto en la indicación incluida en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento en el segundo trámite constitucional al inciso tercero del artículo 3 del proyecto de ley N° 10.696-07.

El requisito debiese ser agregado como un inciso final del artículo 3 del Decreto Ley N°321 sobre Libertad Condicional del Ministerio de Justicia del año 1925, y en consonancia con este, modificarse a su vez el artículo 4 del Decreto N°2.442 sobre Reglamento de Libertad Condicional del Ministerio de Justicia del año 1926, los cuales contemplan un tratamiento para casos especiales a través de requisitos adicionales a los contemplados a la criminalidad común.

Por último la imposición de este requisito solventaría no solo las exigencias legales, doctrinales, judiciales y políticas que se han revisado en este ensayo, sino también la deuda que tiene el Estado con el establecimiento de medidas que busquen reparar y buscar la verdad sobre los crímenes cometidos en la dictadura cívico-militar chilena, toda vez que ayude a constreñir a los implicados en estos casos a contribuir directamente a la reparación de los horrores cometidos en dicho periodo, que sin obviar las exigencias de derecho nacional e internacional, han estado bajo un halo de impunidad y secreto.

BIBLIOGRAFÍA.

Libros y artículos

Bernales Rojas, Gerardo. La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos. *Ius et Praxis* [online]. 2007, vol.13, n.1, pp.245-265.

Calderón, Guillermo Oliver, “el fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal” en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, Tomo XXI (2000): pp.95-108.

Cárdenas Aravena, Claudia. “Los crímenes de lesa humanidad en el derecho chileno y en el derecho internacional. Sus requisitos comunes, además de referencias a los actos inhumanos en particular.” En Revista de derecho, Universidad Austral de Chile, Volumen XXVII, N°2 (2014) pp.169-189.

Carnevali, Raúl y Francisco Maldonado, “El tratamiento penitenciario en Chile: especial atención a problemas de constitucionalidad”. Revista Ius et Praxis, N° 2, (2013): pp.385-418.

De la Cuesta Arzamendi, José Luis. “La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria” Papers d’estudis i formació. N°12, (1993). PP.9-21

Duran Migliardi, Mario. “Prevención especial e ideal resocializador. Concepto evolución y vigencia en el marco de la legitimación y justificación de la pena”. Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios N° 13, Gendarmería de Chile, (2008). PP.57-77

Foncea Flores, María Isabel. “Revisión del instituto de la libertad condicional”. Revista de derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, XV (1993-1994). PP.459-473.

Galvis, María Clara y Katya Salazar. “La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales.” Washington D.C, 1 de enero de 2007.

Garland, David, “Castigo y sociedad moderna: Un estudio de Teoría Social”. Madrid: Siglo xxi editores S.A, 1999.

Gutiérrez Ramírez, Luis Miguel. “La obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos en contextos de justicia transicional”. Estudios socio-jurídicos, N°16-2 (2014) PP.23-60.

Guzmán Dálbora, José Luis, “la pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera Parte: Penas y medidas de seguridad. Sistemas penales. Clasificaciones de las penas. Las penas en particular.” Buenos Aires: Euros Editores S.R.L, 2009.

Gómez Jara-Diez, Carlos. “La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?”. Barcelona: Editorial InDret, 2008.

Hassemer, Winfried, “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”, editado por Juan Bustos Ramírez. Pp.23-36. Santiago: Editorial jurídica ConoSur Ltda. 1995 pp.25.

Herboso, Francisco. “Estudios Penitenciarios”. Santiago: Imprenta Ercilla, 1892.

Jescheck, Hans Heinrich. “Tratado de derecho penal: parte general” .Granada: Editorial Comares, 2002-2009.

Lazzaneo, Juan Ignacio.” la víctima del delito y su participación en el cumplimiento de la pena privativa de libertad de su agresor” Ponencia presentada en el IV Congreso de Derecho de Ejecución Penal Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires - Centro de Estudios de Ejecución Penal. Buenos Aires, 11 y 12 de agosto de 2016.

Mera Figueroa, Jorge. “Derechos Humanos en el derecho penal chileno” Santiago: editorial ConoSur Ltda., 1998.

Morales Peillard, Ana María. “Redescubriendo la libertad condicional”, Revista Razonamiento Penal, número 2 (2012) PP.1-21

Muñoz, Francisca y Rodríguez, Fernando. “Fines de la Pena y Libertad Condicional.” Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2009. , http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/110990/de-munoz_f.pdf;sequence=1

Papic Vilca, Juan Natalicio y Christian Eric Ramírez Bravo. “análisis del otorgamiento de la libertad condicional en Chile 2000-2010.” Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2011. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/112100/de-papic_j.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Politoff, Sergio, Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez. “Lecciones de derecho penal chileno”. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2016.

Roxin, Claus. “Problemas básicos del Derecho Penal. Sentido y límites de la pena estatal”. Madrid, Editorial Reus, (1976) p.20 – 36

Roxin, Claus. “Derecho penal. Parte general. Tomo 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del Delito” Madrid; civitas S.A ,1997

Roxin, Claus. “Pena y reparación” Traducción del alemán por Enrique Gimbernat Ordeig, Conferencia pronunciada por Roxin en Villahermosa, México, 16 de noviembre de 2000.

Sepúlveda, Eduardo y Sepúlveda, Paulina. “A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿un beneficio desaprovechado? Revista de estudios criminológicos y penitenciarios, N° 13, Gendarmería de Chile, (2008): PP.85-110

Tébar Vílchez, Beatriz “el Modelo de libertad condicional español”. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004, <http://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/5079/btv1de1.pdf?sequence=1>

Von Liszt, Franz. “la idea de fin en el derecho penal”. Valparaíso: Universidad de Valparaíso – Edeval, 1984.

Yuseff Sotomayor, Gonzalo. “La prescripción de la pena”. Ciudad de México; Editorial de las Américas 2009.

Normas nacionales e internacionales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969

Decreto N°518, del Ministerio de Justicia, de 21 de agosto de 1998, que aprueba el reglamento de establecimientos penitenciarios.

Decreto N°924, del 28 de diciembre de 2016 del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, que modifica el Decreto N°518, del Ministerio de Justicia sobre Reglamento de Establecimientos Penitenciarios.

Decreto Ley N°321, del Ministerio de Justicia, Santiago 10 de marzo de 1925 Sobre Libertad Condicional.

Decreto Supremo N° 2.442, del Ministerio de Justicia, Santiago, 30 de octubre de 1926 de reglamento de la Ley de Libertad Condicional.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado en Roma el 17 de julio de 1998.

Ley N°19.880, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, de 19 de mayo de 2003 que Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del estado

Ley N°20.357, sobre crímenes de lesa humanidad, Genocidio y/o Crímenes de Guerra, de 2009.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas. Adoptadas por el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

Reglas de Procedimiento y prueba del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se reproduce de Documentos Oficiales de la Asamblea de los Estados Partes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, primer período de sesiones, Nueva York, 3 a 10 de septiembre de 2002.

Informes y otros documentos

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales: Tomás Vial Solar (editor general) “Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016”.Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2016.

Opinión de INDH Sobre Beneficios Carcelarios a Condenados por Crímenes de Guerra y/o Delitos de Lesa Humanidad. Minuta aprobada por el Consejo del instituto Nacional de Derechos Humanos el 14 de mayo de 2013. Sesión 153.

Unidad de Defensa Penitenciaria. “La doctrina de las relaciones de sujeción especial en la jurisprudencia” Documento de trabajo N° 1/2011. Defensoría Penal Pública. 2011. Pp.2-3.
<http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6021.pdf>

Proyectos e Historia de la Ley.

Historia Fidedigna de la Ley N° 19.617 [En línea]. Fecha 16 de marzo, 1999. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

Historia Fidedigna de la Ley N° 19.754 [En línea]. Fecha 14 de julio, 1999. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6055/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

Historia Fidedigna de la Ley N° 20.042 [En línea]. Fecha 4 de mayo, 2005. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5630/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

Historia Fidedigna de la Ley N° 20.357 [En línea]. Fecha 15 de abril, 2009. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4697/>> [Consulta: 5 de noviembre 2017]

Historia Fidedigna de la Ley N° 20.507 [En línea]. Fecha 5 de enero, 2005. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4627/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

Historia Fidedigna de la Ley N° 20.587 [En línea]. Fecha 10 de marzo, 2012. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442/>> [Consulta: 25 de septiembre 2017]

Historia Fidedigna de la Ley N° 20.685 [En línea]. Fecha 08 de noviembre, 2012. <
<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4263/>> [Consulta: 29 de agosto 2017]

Proyecto de Ley boletín N°10696-07, que Sustituye el Decreto Ley N°321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. 18 de mayo de 2016.

Proyecto de Ley boletín N°8600-07, que modifica la ley 20.357. 2 de octubre de 2012.

Sentencias

Corte de Apelaciones:

Acción de Amparo. **Rol N° 1027-2015**. 20 de julio de 2015

Acción de Amparo. **Rol N° 11-2017**. 10 de enero del 2017

Acción de Protección. **Rol N° 612-2008**. 22 de abril de 2009.

Acción de Protección. **Rol N° 49.155-15**. 20 de agosto de 2015

Acción de Protección. **Rol N° 49.153-15**. 11 de septiembre de 2015.

Acción de Protección. **Rol N° 101473-2015**. 3 de marzo de 2016.

Corte Suprema:

Casación. **Rol N° 3808-06**. 30 de julio de 2007

Apelación. **Rol N° 14.265-2015**. 21 de septiembre de 2015

Apelación. **Rol N° 13.852-2015**. 19 de octubre de 2015

Apelación. **Rol N° 20.456-2016**. 19 de julio de 2016.

Apelación. **Rol N° 88995-2016**. 22 de noviembre de 2016

Apelación. **Rol N° 4785-2017**. 15 de febrero de 2017.