



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Escuela de Postgrado

Magíster en Derecho con mención en Derecho Penal – Versión IX

**LA LIBERTAD CONDICIONAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD  
DE LA LEY PENAL**

DANIELA MOLINA TORRES

17.965.147-5

ALVARO CASTRO MORALES

SANTIAGO – 2019

## RESUMEN

La presente investigación se aboca a un estudio sobre el ámbito de aplicación temporal de la ley 21.124, que recientemente reformó el estatuto de la libertad condicional. Dicha tarea, supone determinar los requisitos de procedencia del instituto, a partir, de la problematización del actual artículo 9 del DL 321 bajo el tamiz del artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución Política de la República, esto es, si atender a las exigencias vigentes al momento de la postulación, pugna o no, con el principio de irretroactividad de la ley penal, a la par, de introducir una vía de solución.

Resolver la problemática, supone responder sucesivamente: ¿es la ley N° 21.124 Derecho Penal?; ¿se aplica el principio de irretroactividad de la ley penal a la fase de ejecución de pena propiamente tal?; y ¿es el cuerpo normativo vigente más desfavorable para los condenados que postulan a la libertad condicional?

Esta obra no se agota en el análisis sistemático y pormenorizado de la ley N° 21.124, sino que supone un examen comparativo por cuanto ley vigente no se puede homologar a ley aplicable, para lo cual se recurrirá a doctrina y se sistematizará la más reciente jurisprudencia.

Palabras claves: libertad condicional, reinserción social, irretroactividad de la ley penal, principio de legalidad.

## **ABSTRACT**

The following research studies the temporary enforcement of the law 21.124, which recently reformed the parole statute. Such a task entails to determine the requirements in respect of the institute provenance by problematizing current article 9 of the DL 321 from the perspective of article 19 number 3 section 8 of the Political Constitution of the Republic, i.e., whether meeting the demands in force at the time of the application conflicts with the principle of non-retroactivity of criminal law, and at the same time to arrive at a consensus solution.

In order to solve the problem, we need to simultaneously answer: Does law 21.124 refer to criminal law? Is the principle of non-retroactivity of criminal law applied in the sentence-serving phase itself? Is the existing body of law more unfavorable for convicts applying for parole?

The study does not stop at a systematic and profound analysis of law 21.124: it rather provides a comparative examination on how prevailing law cannot homologate applicable law. To this end, we will go through legal doctrine as well as we will systematize the most recent jurisprudence.

Key words: parole, social reintegration, non-retroactivity of criminal law, legality principle.

## ABREVIATURAS

Art.....	Artículo
CPR.....	Constitución Política de la República
CP.....	Código Penal
CPP.....	Código Procesal Penal
DL.....	Decreto Ley
DS.....	Decreto Supremo
ECS.....	Excelentísima Corte Suprema
ICA.....	Ilustrísima Corte de Apelaciones
Id.....	ídem: lo mismo
Inc.....	inciso
N°.....	número
Ob. Cit.....	obra citada
P.....	página
PIDCP.....	Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos
s., ss.....	siguiente, siguientes
Sic.....	así escrito por el autor a quién se está citando
Vol.....	volumen

## ÍNDICE

Introducción.....	1
CAPÍTULO I: DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN GENERAL.....	5
1. Aproximación desde los “beneficios penitenciarios” .....	5
2. Principios del Derecho penitenciario.....	5
2.1 Reinserción.....	6
2.2 Legalidad.....	7
2.3 Proporcionalidad.....	8
2.4 Control jurisdiccional.....	8
3. Concepto.....	9
4. Naturaleza jurídica de la Libertad Condicional: ¿Derecho o beneficio?.....	10
5. Fundamento dogmático. Teoría de la pena.....	14
6. Órganos y mecanismos de control ¿des judicialización?.....	18
7. Nuevo marco normativo: ley 21.124 ¿cambio de paradigma?.....	20
A. En cuanto a requisitos de procedencia.....	22
B. Creación de la figura del delegado.....	23
C. Reconocimiento deber del Estado en la rehabilitación.....	24
8. Requisitos legales de procedencia de la libertad condicional.....	24
8.1 Cuadro sinóptico: Previo y conforme a la ley N° 21.124.....	24
8.2 Análisis crítico de los requisitos.....	25
8.2.1 Previo a la reforma de la ley 21.124.....	26
A. Tiempo de cumplimiento efectivo de la condena.....	27
B. Conducta intachable.....	28
C. Aprendizaje de un arte u oficio.....	30
D. Educación.....	30
E. ¿Otros a descartar? Salida dominical e Informe psicosocial.....	31
8.2.2 Conforme a la ley 21.124 para delitos comunes.....	34
8.2.3 Conforme a la ley 21.124 para delitos de lesa humanidad.....	36
9. Prueba.....	38

CAPÍTULO II: LEY 21.124 ¿AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL?.....	41
1. Principio de Irretroactividad de la ley penal.....	41
1.1 Aproximación.....	41
1.2 Fundamento normativo.....	42
1.3 Fundamento dogmático.....	44
1.4 Contenido de la excepción “Ley más favorable” .....	45
2. Aplicación temporal ley 21.124.....	47
2.1. Análisis legal-atomista: artículos 9 y 12 DL 321, modificado ley N° 21.124.....	48
2.2. Planteamiento del problema ¿la aplicación temporal de ley N° 21.124 (artículo 9) constituye una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal?.....	49
2.3. Análisis crítico sentencia del Tribunal Constitucional ¿Un debate resuelto?.....	50
2.4. Tesis negativa.....	53
1º Las Normas contenidas en la ley N° 21.124 no son Derecho Penal.....	54
2º El principio de irretroactividad no se aplica al derecho penitenciario.....	56
3º No se constituye en una ley más desfavorable.....	57
2.5. Tesis positiva.....	58
1º Es derecho penal.....	58
2º Aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en materia penitenciaria...	60
3º Manifestaciones del carácter “más desfavorable” .....	61
3. Nuestra postura frente al problema de irretroactividad de la ley 21.124.....	63
3.1. Posición: Tesis positiva, atendiendo al tiempo de la condena de término y al caso concreto.....	63
3.2 Fundamentos.....	63
a) La ley 21.124 es derecho penal.....	63
b) El principio de irretroactividad si se aplica a la ejecución de la pena.....	65
c) Manifestaciones del carácter “más desfavorable” .....	65
3.3. Propuesta de solución.....	66
Conclusiones.....	69
Bibliografía.....	70

## INTRODUCCIÓN

El Derecho Penal se erige como una rama del derecho en constante evolución, cuya decantación en poco más de un siglo ha sido capaz de construir una teoría del delito, la que no sólo permite limitar la libertad, sino que también la crea. Es en este marco, que el interés dogmático no se debiera agotar en el derecho penal sustantivo o en su faz procesal, tal como, si el sujeto a quien se le aplica la pena, aquel que adquiere la calificación ilustrativa de “rematado”, fuera un subproducto social ajeno a la preocupación del derecho, que permanece temporalmente oculto tras el manto de la condena, ya que aquí, es precisamente donde se erige el Derecho Penitenciario, que en su seno alberga los llamados beneficios penitenciarios, y en cuyo marco, se sitúa la libertad condicional fundada dogmáticamente en la reinserción social, móvil que es ajeno al marco normativo legal vigente.

El estado del arte, da cuenta que el interés dogmático por el instituto de la libertad condicional adquirió connotación pública nacional, a propósito, de las resoluciones dictadas por la Segunda Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema en que se procedió a acoger, en un intervalo de dos días siete recursos de amparos, respecto de condenados por violación a los Derechos Humanos por hechos acaecidos durante la dictadura cívico-militar,<sup>1</sup> sin afán de desconocer fallos precedentes ni ulteriores. Acto seguido, se interpuso una acusación constitucional, si bien rechazada, incoada contra aquellos Ministros de la Excelentísima Corte Suprema con imputaciones cruzadas de

---

<sup>1</sup>De ellas, cinco fueron dictadas el día 30 de julio de 2018, por la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuaud D., y Antonio Barra R, a saber, *Soto Segura Gamaliel contra comisión de libertad condicional* (2018): Corte Suprema, causa Rol 16.817-2018. *Pérez Santillán Manuel Antonio contra Comisión de Libertad Condicional* (2018): Corte Suprema, causa Rol 16.819-2018; *Quintanilla Fernández José contra comisión de libertad condicional de la I. Corte de Apelaciones de Santiago* (2018): Corte Suprema, causa Rol 16.820-2018; *Portillo Aranda Hernán Ernesto contra comisión de libertad condicional* (2018): Corte Suprema, causa Rol 16.821-2018; *González Astorga Felipe Luis Guillermo contra comisión de libertad condicional*(2018): Corte Suprema, causa Rol 16.822-2018. A su vez, al día siguiente 31 de julio, la Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O. y los Abogados (as) Integrantes María Gajardo H., Ricardo Alfredo Abuaud dictó dos resoluciones a su respecto: *De la Mahotiere González Emilio Robert contra Comisión de Libertad Condicional*(2018): Corte Suprema, causa Rol 16958-2018 y *Retamal Bustos Moisés contra comisión de libertad condicional* (2018): Corte Suprema, causa Rol 16961-2018.

notable abandono de deberes, y una acérrima defensa institucional, fundada en la afectación a la independencia judicial,<sup>2</sup> y finalmente, un agitado debate ante el Tribunal Constitucional.<sup>3</sup>

Frente al fenómeno jurídico - social el legislador procedió a actuar en forma reactiva, y con celeridad envidiable promulgó la ley N° 21.124, el 18 de enero de 2019, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, y que pretende erigirse en el coto a cualquier debate.

Es en este marco, que este novel cuerpo normativo se constituye en un cambio de paradigma en el tratamiento de los condenados, centrándose en la rehabilitación como motor de la reinserción, con una mirada al futuro y no limitada a la buena conducta carcelaria, además, de legitimar democráticamente la libertad condicional de los condenados por delitos de lesa humanidad.

Con todo, en la presente investigación no pretendemos abordar la procedencia general de la libertad condicional conforme al Decreto Ley 321, modificado por la ley 21.124, sino, a partir de la comprensión de sus requisitos de procedencia, mediante una reinterpretación sistemática del instituto en el tiempo, resolver si acaso ¿vulnera el artículo 9 de la ley 21.124, esto es, atender a los requisitos vigentes al momento de la postulación el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal?

Para poder comprender con exactitud el debate, damos cuenta de las siguientes interrogantes, que sirven de hilo conductor: Primero, ¿es la ley N° 21.124 Derecho Penal?; Segundo, se aplica el principio de irretroactividad de la ley penal a la fase de ejecución de pena propiamente tal?; y Tercero, ¿Es el cuerpo normativo que se propugna más desfavorable para él o los condenados que postulan al beneficio de la libertad condicional?

Central es comprender, que a las consideraciones sobre las que se desarrolla la polémica propugnamos como hipótesis de trabajo que: el artículo 9 del DL 321,

---

<sup>2</sup>Acusación constitucional deducida por las diputadas señoras Hernando; Hertz y Sepúlveda, doña Alejandra, y los diputados señores Boric; Celis, don Ricardo; Crispí; Hirsch; Naranjo; Núñez, don Daniel, y Soto, don Raúl, en contra de Ministros de la Excma. Corte Suprema señores Hugo Enrique Dolmestch Urra, Manuel Antonio Valderrama Rebolledo y Carlos Guillermo Künsemüller Loebenfelder, por notable abandono de deberes, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52 N° 2 letra c) de la Constitución Política de la República. Finalmente, fue desestimado por 73 votos en contra y 64 a favor.

<sup>3</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019.



modificado por la ley 21.124, vulnera el principio de irretroactividad de la ley penal, atendiendo al caso concreto.

Propugnamos, como premisa argumentativa, que el derecho no se ha de reducir a la ley, máxime, en un ámbito de aplicación temporal en que no es dable homologar ley vigente y ley aplicable, conforme al principio de irretroactividad de la ley penal, entendiéndose éste aplicable al ámbito penitenciario, ergo, a la libertad condicional.

Metodológicamente, podría sostenerse que bastaría pasar revista por las disposiciones contenidas en la ley N° 21.124, empero, dicha visión resulta manifiestamente sesgada. A saber, determinar la afectación al principio de irretroactividad de la ley penal supone, primero, dos pares en comparación, esto es, dos cuerpos legales conforme a un hito que marca su vigencia; y segundo, la determinación de lo favorable o desfavorable de uno u otro cuerpo normativo, a propósito, de su diverso tratamiento.

El *quid* descansa *a prima facie* en la inteligencia de los requisitos establecidos en el artículo 2 del DL 321 y complementariamente en los artículos 3 y 19 del Decreto 2442, en comparación con lo asentado, en los artículos 2, 3, 3 Bis y 3 Ter del DL 321, modificado por la ley 21.124.

Esta tarea, explica la estructura de la obra, pues primero, acordar lo favorable o desfavorable de una ley es una cuestión de mera legalidad<sup>4</sup>, ergo, se deben entregar los insumos al operador jurídico, esto es, la naturaleza jurídica y fundamento de la figura, aunado, a la determinación del sentido y alcance de las exigencias legales, a fin de posibilitar su determinación.

Así las cosas, en esta investigación se pretende dar una visión dogmática y jurisprudencial de carácter integral, coherente y crítica de los requisitos de procedencia de la libertad condicional respecto de los condenados que aspiran a obtener la calidad de libertos, a la vista, especialmente de los principios de resocialización y legalidad, todo lo cual, supone una visión holista desde el Derecho Penal y Derecho Penitenciario.

En la I Parte, se exponen los principios del derecho penitenciario e inteligencia del fundamento del instituto estructurando los demás elementos de la libertad condicional, con un objeto no meramente descriptivo, sino encaminado a asentar las

---

<sup>4</sup> Sentencia Tribunal Constitucional (voto de mayoría), causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 24 y siguientes.

bases a fin de efectuar una interpretación sistemática de los requisitos de procedencia de la libertad condicional, previo y conforme, a la ley N° 21.124.

En la II Parte, se propone demostrar que el artículo 9 de la ley 21.124 puede vulnerar el principio constitucional de irretroactividad de la ley penal, atendiendo el caso concreto, y se otorga, una vía de solución a su respecto.

## **CAPITULO I: DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN GENERAL**

En este capítulo realizaremos un análisis de la libertad condicional a partir de su fundamento, naturaleza jurídica a fin de atribuirle contenido a los requisitos del instituto, siempre en vista de los principios del derecho penitenciario.

El objetivo no es meramente descriptivo, si no que examinar sistemáticamente la libertad condicional en el ordenamiento jurídico interno.

### **1. Aproximación desde los “beneficios penitenciarios”**

La libertad condicional no es una figura aislada en el derecho, si no que se inserta en el marco mayor de beneficios penitenciarios, y estos a su vez, en el denominado derecho penitenciario.

El derecho penitenciario se puede entender como el “conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad”<sup>5</sup>.

Por su parte, los beneficios penitenciarios son “aquellas medidas que permiten la reducción de la condena impuesta o la duración de la misma, suponiendo un adelantamiento de la excarcelación (...) especie de medidas que recibe el interno durante la ejecución de la pena, fundamentadas en su buen comportamiento”.<sup>6</sup>

La cuestión se complejiza ya que el derecho penitenciario se caracteriza por su regulación atomizada, reglamentaria, sin juez de ejecución especializado y carente de una institucionalidad acorde, por lo que es difícil dar forma al modelo de ejecución penitenciaria. A reglón seguido, la indefinición del continente (derecho penitenciario) conlleva indudablemente mayores dificultades en la atribución del contenido, en este caso, de la libertad condicional.

### **2. Principios del Derecho penitenciario**

---

<sup>5</sup> CURY Urzúa, Enrique. Derecho penal: parte general. 10º edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, Pontificia Universidad Católica de Chile. p. 116.

<sup>6</sup> ESPINOZA, Olga. *Apartados “Estudio Jurídico. Chile”*. En su: Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. Madrid España, Programa EUROsocial c/ Beatriz de Bobadilla, 2014, p. 282.

En consonancia con lo anterior, el afán de traer a la vista los principios no es meramente descriptivo, si no que en su inteligencia permita constituirse en elementos de interpretación e integración del instituto, máxime atendida el alto grado de controversia ideológica que despierta la libertad condicional.

Se hace necesario definir lo que se entiende por principios, y en tal sentido se sigue a Robert Alexy, para quien “son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”.<sup>7</sup>

Se propone la siguiente sistematización de principios:

### **2.1. Reinserción**

Este se erige como el principio rector del sistema carcelario nacional conforme al cual el diseño institucional está orientado a entregar colaboración al sujeto privado de libertad y promover la reinserción social del condenado.

En su carácter de principio implícito, su recepción debe ser justificada de lo cual cabe cuestionarse ¿Dónde se manifiesta? En una serie de cuerpos normativos de diverso rango, tales como, DL 2859 que es la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile que mandata tender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que fueren detenidas o privadas de libertad; DL 409 sobre eliminación de antecedentes una vez cumplida la condena; ley 18.216 sobre penas sustitutivas; DL 321 sobre libertad condicional, Decreto 518 sobre reglamentos de establecimientos penitenciarios; ley 19.856 sobre reducción de pena.

A razón de lo expuesto, nos permitiremos acotar algo más: la reinserción es una obligación del Estado conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A modo ilustrativo, el Pacto de San José de Costa Rica que fija que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”<sup>8</sup> o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que a su vez

---

<sup>7</sup>ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 84.

<sup>8</sup> Artículo 5, Convención Interamericana de Derechos Humanos.

propugna que “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”<sup>9</sup>.

Garzón Pérez, señala que “una de las metas claras de cualquier sistema penitenciario es la rehabilitación y adaptación del sujeto delincuente a la estructura y sistema social”.<sup>10</sup>

En suma, la reinserción no es un mero eslogan sujeto a vaivenes políticos, sino que es un derecho del recluso y un principio del derecho penitenciario que servirá de sostén de interpretación de la libertad condicional.<sup>11</sup>

Sin embargo, desde ya cabe asentar que la deplorable realidad carcelaria nacional nos lleva con razón a desconfiar de la capacidad resocializadora de la cárcel, pues es difícil pensar que en las condiciones limítrofes a la dignidad humana en que se desenvuelven los reclusos, se erija al establecimiento penitenciario como un lugar hacia la reintegración, de ello, es que sin afán de simplificación la libertad se pudiera erigir como un mero catalizador disciplinario.

## 2.2. Legalidad

Todo ejercicio de poder público debe realizarse conforme a la ley.

Este principio tiene consagración constitucional en la Carta Fundamental y se erige como un pilar del Estado de Derecho<sup>12</sup> y como una pieza fundamental del derecho en general y del derecho penal en particular.

---

<sup>9</sup> Artículo 10 N° 3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En dicho marco, véase “Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción”, Artículo 4, Reglas de Mandela o de tratamiento mínimo de los reclusos de la Asamblea General de Naciones Unidas, año 2015.

<sup>10</sup> GARZÓN, Adela. *Reincidencia y libertad condicional*. Estudios penales y criminológicos (7): 1983, p.186.

<sup>11</sup> Para un mayor desarrollo, véase FONCEA, María. Revisión del instituto de libertad condicional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (15): 1994, p.460: “la libertad condicional aparece como una medida de gran importancia para conseguir una adecuada reinserción social del condenado”; CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p. 724: “no es más que un esfuerzo por reducir los riesgos de deterioro personal que ellas originan, aumentando las perspectivas de resocialización del condenado”.

<sup>12</sup>Artículo 6 CPR: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”. A nivel legal, entre otras múltiples normas que lo consagran artículo 1 (“Es delito toda acción u omisión

En el ámbito del derecho penitenciario, este se erige como una garantía para el condenado por lo que toda interpretación debiera ser acorde, empero, cabe reconocer nuestro sistema normativo está viciado desde un punto de vista formal conforme al principio de reserva legal,<sup>13</sup> dado que abunda la regulación reglamentaria, piénsese, en el sistema disciplinario de los reclusos.<sup>14</sup>

### **2.3. Proporcionalidad**

La proporcionalidad pretende evitar la arbitrariedad, ponderando la relación entre un acto y su fin, el equilibrio entre el hecho y su sanción, siendo parte integrante del control que efectúa un juez.

En nuestro medio se consagra expresamente en el procedimiento disciplinario<sup>15</sup>, aunque no se agota en este.

### **2.4. Control jurisdiccional**

Consiste en que cada una de las actuaciones efectuadas en el ámbito penitenciario deben ser vigiladas o bien controladas por los tribunales, con el objeto de impedir cualquier forma de abuso o arbitrariedad.

---

voluntaria penada por la ley”) y 18 (“Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”) del Código Penal.

<sup>13</sup>Artículo 19 N° 26 Constitución Política de la República “La Constitución asegura a todas las personas: La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en 19 que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

<sup>14</sup> NASH Claudio, MILOS Catalina y AGUILÓ Pedro. *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: Análisis y propuestas desde una perspectiva de Derechos Humanos*. Santiago, Centro De Derechos Humanos: Unión Europea: INDH, 2013, p.27: “Dicho principio ordena que tanto las conductas infractoras como las sanciones disciplinarias estén definidas previamente en una norma escrita de rango legal. Sólo de esta forma las personas privadas de libertad sabrán anticipadamente qué deben o no deben hacer para evitar sanciones disciplinarias”.

<sup>15</sup>Artículo 82 Decreto 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, 21 de agosto de 1998: “...se dejará constancia sucintamente en la Resolución que aplica la sanción, de manera que el castigo sea justo, esto es, oportuno y proporcional a la falta cometida tanto en su drasticidad como en su duración y considerando las características del interno”.

Es por ello, que se puede concordar con la máxima por la cual “la ejecución de la pena privativa de la libertad debe estar sometida a un permanente control judicial”.<sup>16</sup>

### 3. Concepto

En nuestro medio se propugnaba previo a la reforma introducida por la ley 21.124 que libertad condicional era “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 (...) [que] no modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad”.<sup>17</sup>

A la par, a nivel reglamentario se puntualizaba que era “un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, i una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada”.<sup>18</sup>

Por su parte, sin deferir en lo sustancial el DL 321 vigente la define como “un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad y a quien se le concediere, demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social”.<sup>19</sup>

Como se comprenderá, asentada la aproximación conceptual vía legal resta precisar y darle contenido a la noción precedentemente asentada.

En esta línea, se dota de contenido dogmático Morales Peillard, quien explica que es una de las “herramientas más importantes asociados a la progresividad y a la concreción de los fines de prevención especial positiva de la pena”.<sup>20</sup>

---

<sup>16</sup> ESPINOZA, Olga. Ob. cit., p. 48.

<sup>17</sup> Artículo 1 inciso 1 y 2 DL 321, Establece la libertad condicional para los penados, 12 de marzo de 1925. No se observa como se ha de erigir como un medio de prueba habida cuenta que no es un elemento de aportación probatoria dentro del marco de un proceso judicial, a su respecto la expresión proviene de su texto original, no siendo dable escudriñar en la historia fidedigna de la expresión a razón de la falta de la misma dado su naturaleza jurídica de Decreto Ley.

<sup>18</sup> Artículo 1 Decreto 2442, Fija el texto del reglamento de la ley de libertad condicional, 26 de noviembre de 1926.

<sup>19</sup> Artículo 1 DL 321, modificado por ley 21.124.

<sup>20</sup> MORALES, Ana. Redescubriendo la Libertad Condicional. *Revista Razonamiento Penal* (2): 2012, p.1.

Por su parte, Eduardo y Paulina Sepúlveda propugnan que “el condenado puede cumplir la última parte de su condena en libertad, quedando sujeto a ciertos controles y condiciones, cuya infracción será sancionada con el reingreso al sistema carcelario”.<sup>21</sup>

En base a lo que antecede, dado cuenta que no son definiciones sino aproximaciones conceptuales, se propugna que la libertad condicional puede ser entendida como aquel derecho beneficioso, que la ley otorga al reatado para cumplir parte de su condena en libertad reuniendo los presupuestos legales de procedencia, con el objeto de dar aplicación al principio de reinserción social.

#### **4. Naturaleza jurídica de la Libertad Condicional: ¿Derecho o beneficio?**

Determinar la naturaleza jurídica de un instituto consiste en establecer la calificación jurídica del mismo, ergo, contribuye a fijar sus límites y el alcance de sus expresiones lingüísticas siempre de textura más o menos abierta.

Previo, a la reciente reforma legal introducida por la ley 21.124, dogmáticamente imperaba un barullo en cuanto a la naturaleza jurídica de la libertad condicional, en cambio, hoy legalmente se ha asentado que es un beneficio.<sup>22</sup>

Entonces, ¿Cuál es el interés de adentrarse en una discusión “hoy” resuelta? Manifiestamente no nos moviliza un análisis histórico del asunto, sino que a razón de la hipótesis de trabajo resulta que la libertad condicional es un beneficio para la ley vigente mas no necesariamente para la ley aplicable al caso, cuestión que, a su vez, supone interpretar cada cuerpo normativo, tarea para la cual, es de interés determinar la naturaleza jurídica del instituto.

En este marco, la dicotomía se planteaba conforme al DL 321 previo a la reforma, en cuanto al entendimiento de la libertad condicional ya sea como derecho, mero beneficio o eclécticamente como un derecho-beneficio.

Aquí, cabe precisar que el punto inicial de la controversia radicaba precisamente en el tratamiento normativo del instituto de la libertad condicional, ya que tanto en el

---

<sup>21</sup>SEPÚLVEDA Crerar, Eduardo y SEPÚLVEDA, Paulina. A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿Un beneficio desaprovechado? *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios* (13):2008, p. 86.

<sup>22</sup> Artículo 1 DL 321, modificado por ley 21.124. Se emplea la expresión “beneficio” reiterativamente en al menos 19 ocasiones a lo largo del texto legal reformado



precitado DL 321 como su reglamento se empleaba indistintamente las expresiones derecho y beneficio.<sup>23</sup>

La dicotomía se traducía en que, entendida la libertad condicional como derecho, parecía que bastaba con cumplir con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico (antiguo art. 2 DL 321) para poder acceder a la misma, en cambio, entendida como beneficio se podía denegar la libertad condicional al ser su concesión una potestad exclusivamente de la Comisión de libertad condicional constituida, a dicho efecto, en la Corte de Apelaciones respectiva.

Finalmente, conforme a la tesis de la compatibilidad de la concepción derecho - beneficio se sostenía que la libertad condicional es un derecho beneficioso para el reatado, pero que no dejaba de ser un interés jurídicamente protegido.

Es justamente entorno a la confusión normativa y el alto contenido ideológico e incidencia social, que las opiniones se dividen. En este cuadro, el estado de la cuestión era descrito con acierto al señalar que “es discutido si ella consiste o no en un "derecho" del condenado, pero lo cierto es que su concesión, de acuerdo con el Art. 25 del Reglamento para su otorgamiento, está entregada a una decisión discrecional (que es votada por mayoría) de los integrantes de la Comisión de Libertad Condicional”.<sup>24</sup>

Para Soto Kloss, conforme a la legislación previa a la reforma de la ley 21.124, ya era un derecho por cuanto “la misma ley confiere y en que los requisitos debidamente explicitados que ella exige para su goce deben ser comprobados por la autoridad administrativa”.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> El artículo 2 del DL 321, establece que “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 siguientes requisitos:”. En contrapartida, el mismo cuerpo normativo en el artículo 3 alude reiteradamente a beneficio al fijar el plazo de cumplimiento de condena exigido. En tal sentido, el reglamento regido por el Decreto 2442 en su artículo 4 establece “Tiene derecho a salir en libertad condicional”, sin perjuicio de aludir a la misma libertad condicional como un beneficio, concesión (Art. 25) o recompensa; como se entenderá la cuestión no es meramente lingüística. Tras la reforma introducida por la ley 21.124 se emplea única y exclusivamente la expresión beneficio, calificación que define por la que se define el instituto, concordante con el reconocimiento expreso de los requisitos de carácter subjetivo, todo lo cual, no significa abrir un paso a la arbitrariedad, pues reunido los requisitos procede su otorgamiento, no es una mera liberalidad ajena al control jurisdiccional.

<sup>24</sup> POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2<sup>o</sup> edición. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2003, p. 566.

<sup>25</sup> SOTO, Eduardo. De Veleidades Supremas. *Gaceta Jurídica* (436): 2017, p. 2. En igual sentido, ESPINOZA, Olga. op. cit., p. 283.

Ahora, desde el punto de vista funcional se sigue compartiendo la denominada tesis ecléctica en cuanto a que de la sola concepción de los requisitos recogidos en la legislación penitenciaria (DL 321), la expectativa de cese de la afectación a la libertad personal (pena) se constituye en un interés jurídicamente tutelado, lo cual, en nada obsta su discrecionalidad que no puede ser leída bajo ningún respecto como arbitrariedad.

Concordamos con Caffarena, quien postulaba que la libertad condicional conforme al DL 321 (previo a la reforma) era un derecho beneficioso respecto de los cuales “tampoco es un obstáculo el hecho de que para que se concedan sea preciso que concurren ciertos requisitos de carácter subjetivo, como es un pronóstico resocializador positivo. Ni siquiera el *nomen iuris* beneficio es un argumento sólido, ya que un derecho también puede ser beneficioso para quien lo disfruta”.<sup>26</sup>

Por su parte, Cury Urzúa explicaba que el empleo normativo de la expresión beneficio “debía entenderse, por lo tanto, como una licencia estilística fundada en la consideración de que la institución constituye el derecho a algo beneficioso”.<sup>27</sup>

A nivel jurisprudencial, sin afán de incurrir en realismo jurídico el instituto y su naturaleza jurídica adquieren forma, a cuyo respecto atendido la diversidad de opiniones, se ha optado por sistematizar en este punto las resoluciones emanadas de la Excelentísima Corte Suprema, a saber, el máximo tribunal había resuelto diversas causas que conocía vía apelación frente a un amparo constitucional interpuesto por el rematado en contra de la Comisión de Libertad, por lo se procede a pasar revista en las siguientes sentencias conforme a un orden temporal.

La primera, corresponde a la causa RIT N° 14.265-2015 por la que se procede a denegar la libertad condicional al amparado Guillermo González Betancourt haciendo eco de la doctrina por la cual esta es “un derecho, su otorgamiento se supedita al cumplimiento de los requisitos objetivos que el mismo precepto señala, y a la previsión del artículo 1° de dicha ley, sobre cuya base la Comisión Resolutiva debe alcanzar convicción en cuanto a que el condenado se encuentra "corregido y rehabilitado para la vida social". Por esta razón, la salida al medio libre se justifica en la necesidad de

---

<sup>26</sup> MAPELLI, Borja. Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios. Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal, 6(25): 2016, p. 3.

<sup>27</sup> CURY Urzúa, Enrique. op. cit., p.724.

demostrar la rehabilitación, la enmienda personal luego del delito y la sanción, lo que habrá de resultar del comportamiento del propio condenado”.<sup>28</sup>

La segunda, corresponde a la causa Rol N° 13.821-2016 por la que se denegó la libertad condicional a Miguel Ángel Ramírez Sáez condenado por los delitos de Robo con Intimidación, usurpación de nombre y Robo en lugar habitado, dado que “la libertad condicional es un beneficio que deberá o no conceder la Comisión de Libertad Condicional. Se indica además que el hecho de cumplir con los requisitos del artículo 2º del DL 321 sólo lo habilita para postular, mas no para conceder la Libertad Condicional de manera inmediata”.<sup>29</sup>

Como se comprenderá, ya sea derecho o beneficio el asunto no era óbice a juicio del máximo tribunal a fin de denegar la libertad condicional en base a un informe psicosocial desfavorable, por lo que había avalado nuestra interpretación de la tesis de un derecho beneficioso.

A este respecto, es interesante el fallo dictado en la causa RIT N° 16.817-2018 mediante el cual se concedió la libertad condicional del amparado Gamaliel Soto Segura condenado por el delito de secuestro calificado, pese a contar con un informe psicosocial desfavorable, dándole contenido al derecho en cuanto nos interesa al asentar que “el amparado tiene el derecho de reincorporarse a la sociedad mediante mecanismos como el de la libertad condicional”.<sup>30</sup>

Así las cosas, y precisando los términos, en nuestra opinión la libertad condicional, previo a la reforma introducida por la ley 21.124, era un derecho y no un mero acto gracioso del Estado, por lo que no era una cuestión ajena al control jurisdiccional, ergo, al imperio del Estado social y democrático de derecho. En este punto, resulta que estas consideraciones pueden ser importadas al presente, sin

---

<sup>28</sup> *Guillermo González Betancourt contra Comisión de Libertad Condicional* (2015): Corte Suprema, 21 de septiembre 2015, causa Rol N° 14.265-2015. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Jaime Rodríguez E. Considerando 1.

<sup>29</sup> *Ramírez Sáez Miguel Ángel contra Comisión de Libertad Condicional región de Tarapacá* (2016): Corte Suprema, 25 de febrero 2016, causa Rol 13.821-2016. Segunda Sala de febrero, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sras. María Eugenia Sandoval G., Gloria Ana Chevesich R. y Sr. Carlos Aránguiz Z. Considerando 3.

<sup>30</sup> *Soto Segura Gamaliel contra comisión de libertad condicional* (2018): Corte Suprema, 30 de julio 2018, causa Rol 16.817-2018. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuaud D., y Antonio Barra R., considerando 6.

perjuicio, de su calificación expresa como beneficio, es por ello, que aclarado el continente de la cuestión será necesario atribuirle contenido.

## **5. Fundamento dogmático. Teoría de la pena**

Frente a un delito el Estado dispone de dos medios de reacción, a saber, la pena y las medidas de seguridad, en los casos que aplicar aquella no sea posible.

Ahora bien, la teoría de la pena busca resolver ¿qué justifica la naturaleza y fin de la pena? Desde Séneca, se conoce la clásica pregunta respecto a si se castiga porque se ha pecado o para que no se peque, dividiéndose las respuestas, conforme a la díada “retribución y/o prevención”, expresiones que tienen la capacidad explicativa de sintetizar la coexistente pugna filosófica – dogmática en nuestro medio jurídico y social.

Cabe prevenir, que el objeto de este apartado no es solucionar una problemática que se extiende por siglos en cuanto a la teoría de la pena propiamente tal, en cambio, lo que se busca desde su entendimiento, es justificar el instituto de la libertad condicional, en cuanto ¿Por qué un condenado puede salir en libertad condicional si no ha cumplido su condena? ¿No es acaso este el precio que impuso la sociedad? La respuesta a esta y otras interrogantes se dará en las líneas siguientes.

Previo a resolver, cabe asentar que coexiste en doctrina dentro de un abanico mayor de posibilidades tres teorías de la pena, a saber, absolutas, relativas y mixtas.

En lo medular, las teorías absolutas o retributivas, miran hacia el pasado y buscan sancionar sólo el hecho delictivo. En otras palabras, se castiga porque se ha pecado, respondiendo la interrogante porque punir.

Por su parte, las teorías relativas o preventivas, miran hacia el futuro y su finalidad es la prevención de nuevos delitos por parte de condenado, en vista a un proceso de reinserción social. En otras palabras, se castiga para que no se peque, respondiendo a la interrogante para que punir.

Finalmente, las teorías mixtas propugnan amalgamar ambas visiones y resolver sus puntos críticos.

Contribuye en su entendimiento, la aportación de la doctrina a su respecto.

Manuel de Rivacoba, explica que “las absolutas sostienen que la pena no es medio para ningún fin extrínseco, ajeno a su propia noción, sino que constituye la mera

sanción del delito, su función no traspasa los límites de su intimidad y su entidad, acción y finalidad se agotan en ella misma. A pesar de que entiendan de muy distinto modo la retribución, son, todas, retributivas” (...) Para las relativas, en cambio, la pena de un delito pasado es medio que evita otros en lo futuro. Son, pues, preventivas”.<sup>31</sup>

Durán Migliardi, expone en cuanto al pensamiento retribucionista que “la pena se fundamenta en que la culpabilidad del autor de un delito solo se compensa con la imposición de una pena. De ahí que su postulado esencial sea que la pena es retribución del mal causado. Por lo que la justificación de la sanción penal, en estas teorías, es solo y únicamente la realización de la justicia como valor ideal”<sup>32</sup>

Roxin, expone en cuanto al pensamiento relativo que “la misión de la pena consiste únicamente en hacer desistir al autor de futuros delitos”.<sup>33</sup>

Considerando el postulado de la teoría preventiva, se puede distinguir conforme su foco esta puesto en la sociedad (prevención general) o en el sujeto infractor (prevención especial), que a su vez, puede buscar la inoculación del agente (negativa) o su rehabilitación propiamente tal (positiva).<sup>34</sup>

Es en este sentido, precisamente, que, dentro de la gama de teorías y sus variantes en cuanto a la cualidad y calidad del castigo, existen dos puntos en común entre todas ellas, estos son, su carácter pluricompreensivo y las críticas que se esbozan a cada una de ellas.

A continuación, enunciaremos las críticas que son de nuestro interés a propósito del entendimiento de la libertad condicional.

---

<sup>31</sup>DE RIVACOBBA Y RIBACOBBA, Manuel. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993, p. 16.

<sup>32</sup> Durán Migliardi Mario. Teorías absolutas de la pena: Orígenes y fundamento, *Revista de filosofía*, Vol. 67, p. 126.

<sup>33</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. España. Editorial Civitas. 1997. P. 85.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. España. Editorial Civitas. 1997. P. 89.

<sup>34</sup> POLITOF, Matus y Ramírez, explican que “se distingue en el ámbito de las teorías relativas, según las cuales la pena se impone para prevenir nuevos hechos delictivos, las que fundan la pena en el efecto intimidatorio sobre los demás, esto es, la prevención general, y las que tienen la mira de obrar sobre el hechor mismo, educándolo, mejorándolo o siquiera desanimándolo de la idea de cometer nuevos delitos, es decir, la prevención especial”, en POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2<sup>o</sup> edición. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2004, p. 59.

Respecto de las teorías absolutas, propias del antiguo régimen “es justo transformar el mal en otro mal, vinculando esta teoría con las venganzas de sangre, presentes en los ordenamientos primitivos (el Código de Hammurabi, la Biblia, el Torá), que se basaban en el Talión. Incluso, las teorías retributivas están basadas en tres principios fundamentales de características religiosas: la venganza, la expiación, y el reequilibrio entre la pena y el delito”.<sup>35</sup>

Respecto de las teorías relativas, propias de la Ilustración, en particular respecto de las especiales positivas “no sabe qué hacer con los autores que no están necesitados de resocialización. Este problema no sólo surge con muchos autores de hechos imprudentes y con autores ocasionales de pequeños delitos, sino también con personas que han cometido delitos graves, pero en los no existe peligro de reincidencia porque el hecho se autor por el hecho cometido”.<sup>36</sup>

Aclarado lo que antecede, resta afincar la libertad condicional a la teoría de la pena, cuestión necesaria en el entendido que las instituciones jurídicas no son el producto de una elaborada alquimia, ergo, pueden ser objeto de cuestionamientos por la ciudadanía, por lo ajeno a cualquier erudición o encriptación resolver ¿Por qué un condenado puede salir en libertad condicional si no ha cumplido su condena?

Si nos situamos frente al cambio de circunstancias para el reo, cumplimiento de la condena en libertad sujeto a un delegado y condiciones, pareciera *a prima facie* que sólo el paradigma relativo – preventivo, de carácter especial y positivo sirve para fundar el instituto, pues la libertad no resulta compatible con la inoculación del agente dañador, así como tampoco, con la noción de la pena como retribución al hecho perpetrado ni con el efecto disuasivo o integrador para los individuos que no ejecuten el comportamiento legalmente prohibido.

En tal sentido, en doctrina Morales Peillard da cuenta del estado de la cuestión y propugna que “el fin resocializador del sistema, constituye una de las razones mayormente aducidas para justificar esta institución”.<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> De Araujo Alves Jaiza, La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo, en Revista Escuela de Postgrado Universidad de Chile, N° 9, 2017, p. 66.

<sup>36</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Penal, Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. España. Editorial Civitas. 1997. P. 81-82.

<sup>37</sup> MORALES, Ana. op. cit., p. 3.

Normativamente, la ley 21.124, que modifica el DL 321, funda implícitamente el instituto en la reinserción social, máxime, cuando crea la figura del delegado, exige el informe psicosocial con mirada al futuro y eleva a deber del estado la resocialización del penado, ergo, se erige esta como motor de búsqueda y límite al *ius puniendi*. Es por ello, que coincidimos con Morales Peillard en que el fin resocializador está presente en el instituto de la libertad condicional.

Entendemos que esta primera respuesta esbozada, aunque difundida, es incorrecta por parcial, pues la resocialización del penado si bien es preponderante, no es el único punto a tener a la vista.<sup>38</sup>

Pertinente, es tener a la vista, que la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la condena en libertad sujeta a ciertas condiciones, mediando un determinado transcurso de tiempo, aunado, a una conducta intrapenitenciaria intachable por un determinado periodo y la concurrencia de un informe psicosocial, la cual debería estar inserta como el último eslabón de una cadena hacia la libertad, precedida de los otros denominados beneficios penitenciarios, tales como, salida dominical o diaria; a fin de arribar a una reintegración gradual a la vida post privación de libertad.<sup>39</sup>

En este marco, la vida en sociedad supone una reacción de la colectividad frente a un delito que se manifiesta en la pena, que es determinada en abstracto por el legislador y sólo para el caso concreto, por el juzgador. Así, resulta que es la sociedad la que acuerda la pena a imponer conforme a la entidad y bien jurídico protegido, así como también, el marco mínimo de cumplimiento efectivo de la pena, a efectos, de optar

---

<sup>38</sup> En tal sentido, en el ámbito específico de la libertad condicional de los condenados por delitos de lesa humanidad, “de este modo, si el derecho penal sólo persiguiera fines preventivos especiales, los infractores de delitos de lesa humanidad podrían ser puestos en libertad inmediatamente después de su condena. No obstante, el castigo no sólo tiene por objeto la prevención especial y general, sino también la retribución, la disuasión, la reprobación, la rehabilitación, la reconciliación nacional, la protección de la sociedad y el cumplimiento de obligaciones internacionales”, en FERNÁNDEZ, Karina. Libertad condicional de los condenados por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos [en línea]. Marzo 2017 <[http://www.londres38.cl/1937/articles-100980\\_recurso\\_1.pdf](http://www.londres38.cl/1937/articles-100980_recurso_1.pdf)> [consulta: 01 de enero de 2019] p. 6. Cabe consignar, que, aunque se coincide en su posición se disiente en su fundamento, el cual descansa únicamente en la falta de repetición del contexto socio –político, ergo, su rehabilitación, olvidando la concurrencia de otros elementos para dar por acreditada la resocialización, a saber, la característica escasa conciencia del delito en dicho ámbito, el nulo grado de culpa y arrepentimiento por lo que su reintegración a la sociedad resulta mayormente cuestionable.

<sup>39</sup> Para un mayor desarrollo, Supra Capítulo I, numeral 7.

a la libertad condicional. Como se ve, la libertad condicional requiere de un lapso mínimo de tiempo de cumplimiento efectivo, prognosis que el juez, el rematado o la víctima conocen pero que no les es dable intervenir, a efectos, de no deslegitimar democráticamente su actuar. Aquí, se manifiesta la teoría absoluta o retributiva de la pena.

Para reafirmar lo anterior, y dejar en evidencia que la conjugación de ambas teorías funda la libertad condicional, un ejemplo:

Supóngase, un sujeto condenado a determinada pena, situados al primer día de cumplimiento efectivo, con una prognosis de rehabilitación tal que da cuenta analíticamente de una alta probabilidad de reinserción social, expresada numéricamente en un 90% de probabilidades de que no volverá a delinquir. En el supuesto descrito, resulta irrisorio tanto para el juez como para la sociedad conceder la libertad condicional por el solo hecho de que esté resocializado, sin que haya “pagado por sus pecados”.

Supóngase, que el mismo sujeto condenado a determinada pena haya cumplido más de la mitad de la condena en la cárcel, siendo un delito sujeto a la regla general de tiempo exigible. En dicho marco, se presenta el mismo informe (actualizado) de alta prognosis de rehabilitación, la libertad condicional debiera ser concedida.

En suma, la libertad condicional se explica preponderantemente desde el fin resocializador, preventivo, especial y positivo que la funda, empero, coexiste un marco mínimo de cumplimiento efectivo de la condena, por lo que se afinca desde una noción absoluta de la pena, pese a justificarse en la reinserción social.

Finalmente, un elemento debe ser incluido a la ecuación, esto es, la realidad. Pues, resulta que nadie discutiría seriamente que nuestra realidad carcelaria se aleja de ser un foco de reinserción para el penado, en consecuencia, difícilmente se podrá fundar la pena en aquella, empero, el instituto de la libertad condicional emerge desde esta concepción por lo que su adecuada conjugación supone un problema a resolver por la judicatura.

## **6. Órganos y mecanismos de control ¿des judicialización?**

La estructura orgánica y procedimental del instituto no es un asunto baladí. Es por ello, que a fin de asentar el estado de la cuestión cabe traer a la vista las palabras



vertidas hace ya 25 años por Foncea Flores quien puntualizaba que la mayor falencia de la libertad condicional en nuestro medio es la ausencia total de tutela y asistencia post-penitenciaria.<sup>40</sup>

Cualquiera sea el modelo, la búsqueda es una sola tal como puntualiza Garzón Pérez para quien “los sujetos que toman decisiones sobre libertad condicional deben manejar una cantidad amplia de información y tener en cuenta diferentes aspectos pertinentes de dicha información de cara a tomar una decisión adecuada”.<sup>41</sup>

En este cuadro, de la regulación normativa es dable desprender tres órganos que inciden sucesivamente en la concesión o denegación de la libertad condicional, a saber: Tribunal de Conducta, Comisión de libertad condicional y los Tribunales superiores de justicia.

Primero, el Tribunal de conducta es un órgano administrativo<sup>42</sup> colegiado perteneciente a Gendarmería de Chile, cuya función en cuanto a la libertad condicional es determinar si el condenado solicitante cumple o no con los requisitos exigidos de conducta, que se materializa en el informe del Jefe del establecimiento penitenciario.<sup>43</sup>

Segundo, la Comisión de libertad condicional es el órgano colegiado que funciona semestralmente (meses de abril y noviembre) en cada Corte de Apelaciones, cuya función es otorgar o rechazar la libertad condicional conforme a lo dispuesto en el artículo 2, 3, 3 bis y 3 ter del DL 321, previo informe del jefe del establecimiento en que esté el condenado.

Tercero, la alusión a los Tribunales Superiores de Justicia se ha de entender vía acción constitucional de amparo y protección<sup>44</sup> por la cual toman conocimiento las Cortes

---

<sup>40</sup> FONCEA, María. op. cit. P. 469.

<sup>41</sup> GARZÓN, Adela. op. cit., p. 184.

<sup>42</sup> Pese a su denominación entendemos que no es un tribunal por cuanto desde un punto de vista formal conforme al artículo 76 de la Constitución Política de la República la jurisdicción se atribuye “exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley” y este se constituye a partir del Decreto 518 de rango reglamentario; desde la perspectiva orgánica, integra Gendarmería de Chile, que es un servicio público ergo administrativo, siendo conforme al artículo 5 del Decreto 518 un consejo de la misma; y finalmente, desde la faz funcional no conoce, juzga ni hace ejecutarlo juzgado, solo califica una conducta conforme a los informes. En este escenario, propugnamos que la facultad administrativa es reglada y no discrecional.

<sup>43</sup> Artículo 2 N° 3 DI 321, modificado por ley 21.124.

<sup>44</sup> Una sentencia icónica en sede de protección que se pronuncia sobre la libertad condicional infracción al derecho a la igualdad ECS, causa Rol N° 843-2016. En contrario a la admisibilidad de esta acción constitucional Prevención Ministra Sra. Egnem para quien no resulta ser la vía adecuada para dirimir el conflicto planteado. En doctrina, un juicio crítico ROCHOW, Diego.

de Apelaciones y en su caso, la Excelentísima Corte Suprema de mediar recurso de apelación, so pretexto de una resolución denegatoria de la Comisión de libertad condicional.

En razón de lo expuesto, pertinente son las palabras de Künsemüller Loebenfelder quien nos recuerda el olvido histórico de la fase ejecutiva de la pena por parte de los juristas, siendo indispensable trazar una nítida diferencia entre el ámbito administrativo-penitenciario y el ámbito propiamente jurisdiccional<sup>45</sup>.

Hoy, mediante la ley 21.124 no se ha introducido una reforma orgánica a la institucionalidad por lo que es dable dar por reproducidas las objeciones planteadas, sin perjuicio, de reconocer avances a la reinserción social, tal como, la creación de la figura del delegado.

## **7. Nuevo marco normativo: ley 21.124 ¿cambio de paradigma?**

La ley N° 21.124, que modifica la libertad condicional para los penados se presenta como una reforma sistemática al estatuto de la libertad condicional, cuyo hito de vigencia se marca en el calendario el día 18 de enero de 2019.

El interés público radicó su atención en la procedencia o no de la libertad condicional respecto de los condenados por delitos de lesa humanidad,<sup>46</sup> empero, basta revisar su texto para dar por asentado que su enmienda no se agota en dicho asunto.

---

Recurso de protección. Revista de Ciencias Penales, 18(4): 2016, pp. 2: latente falta de motivación de la sentencia y la consideración procesal habida cuenta de la errada vía procesal empleada. En sentido contrario, véase LIZAMA, Felipe. El recurso de amparo y otorgamiento de libertad condicional en la jurisprudencia reciente del a Excelentísima Corte Suprema. Revista de Derecho Público Iberoamericano, (12): 43-70, 2018. p. 65: funda su parecer en el constitucionalismo humanista, superación del legalismo y en concreto que lo incoado afecta al 19 N° 2 de la Carta Fundamental.

<sup>45</sup> KUNSEMUELLER, Carlos. La judicialización de la Ejecución Penal, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, (25): 2005. pp. 114 -119.

<sup>46</sup> Propugnamos, que previa a la entrada en vigencia de la Ley 21.124 era posible afirmar la procedencia de la libertad condicional de los condenados por delitos de lesa humanidad conforme el estatuto general, con un matiz, mayores exigencias atendiendo a su particularidad, toda vez que la naturaleza de dichos delitos no sólo supone una afectación a la persona y su dignidad, sino a la sociedad en su conjunto. Admitir su procedencia se funda en al menos tres criterios: a) *Histórico*. El DL 321 por su naturaleza jurídica no cuenta con historia fidedigna, sin embargo, revisada la historia que va desde su creación a la fecha, no existe ninguna norma tendiente a prohibir la procedencia de la libertad condicional de los condenados por delitos de lesa humanidad; b) *Semántico*. Reiteradamente se recurrió al Estatuto de Roma por la doctrina y

Este novel cuerpo normativo se caracterizó por una rauda y reactiva tramitación legislativa solo una vez que el asunto adquirió connotación pública<sup>47</sup>, empero, permitió que tras el fervor del debate político - legislativo germinara una nueva institucionalidad que con sus bemoles se encuentra legitimada por la discusión democrática e institucional.

Vano resultaría pasar revista por la ley, tal como si fuera un estanco conjunto de reglas contenidas en normas, sin adentrarse en los puntos críticos del instituto.

Aquí, la libertad condicional ha sido objeto de una reforma silenciosa, sin precedentes y cuyo nudo crítico sin afán de exhaustividad es el cambio de paradigma, por el cual, se centra en la rehabilitación como motor de la reinserción, con una mirada al futuro y no limitada a la buena conducta carcelaria.

Por su precisión, nos hacemos eco de las palabras vertidas en el seno de la tramitación legislativa por el que “este proyecto [hoy ley] cambia el paradigma de la ejecución penal en nuestro país. Explicó que la ley sólo se preocupa de premiar al “buen preso”, o sea, el que muestra buena conducta al interior del penal y está dispuesto a participar en alguna actividad de formación, pero no se evalúa su proceso de reinserción social”.<sup>48</sup>

Desde un plano más general, concordamos con Cid y Tébar, quienes propugnan la máxima por la cual la condena en libertad condicional resulta una forma más eficaz de

---

jurisprudencia para negar su procedencia, empero, el artículo 110 del Estatuto de Roma alude a la reducción de la pena y no a al beneficio de la libertad condicional; c) *Sistemático*. En el ordenamiento jurídico nacional no existe norma y/o principio que limite su concurrencia, y además, el artículo 109 ter del Reglamento de Establecimiento Penitenciarios contempla el beneficio de salida dominical para los condenados por delitos de lesa humanidad, siempre que hayan aportado antecedentes serios y efectivos en las causas criminales, ergo, lo contempla en un beneficio penitenciario particular, lo que refuerza su concurrencia general.

<sup>47</sup> Historia Fidedigna de la Ley 21.124 boletín 10.696-07, publicada el 18 de enero de 2019, [en línea] <[https://www.camara.cl/pley/pley\\_detalle.aspx?prmID=11120&prmBoletin=10696-07](https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=11120&prmBoletin=10696-07)> [Consulta: 30 enero 2019]: da cuenta como el Proyecto de ley se mantuvo paralizado desde el día 14 de diciembre de 2016 al 3 de agosto de 2018, vale decir, fue reactivada tan solo tres días después de resoluciones emanadas de la Excelentísima Corte Suprema, véase, a su respecto Diario Constitucional, CS acoge amparos y reconoce derecho a libertad condicional a cinco condenados por crímenes de lesa humanidad [en línea]. 31 julio de 2018. <<https://www.diarioconstitucional.cl/noticias/asuntos-de-interes-publico/2018/07/31/cs-acoge-amparos-y-reconoce-derecho-a-libertad-condicional-a-cinco-condenados-por-crimenes-de-lesa-humanidad/>>. [Consulta: 30 enero 2019].

<sup>48</sup> Historia Fidedigna de la Ley 21.124 boletín 10.696-07, publicada el 18 de enero de 2019, Informe Comisión Mixta, p. 296

prevenir la reincidencia que sin dicho instituto.<sup>49</sup> Concordamos con lo expuesto, aunque *per se* resulta insuficiente, dada la constatación práctica del alto índice de reincidencia a nivel nacional<sup>50</sup>, realidad que sería miope leerla como un reproche personal al que delinque, sino que desde el marco de las políticas públicas, se ha de entender como una derrota.<sup>51</sup>

Son manifestaciones de este cambio de paradigma:

#### A. En cuanto a requisitos de procedencia

El marco normativo previo a la ley N° 21.124, suponía para el otorgamiento de la libertad condicional en su carácter objetivo la exigencia del cumplimiento de un determinado plazo de condena efectiva, a la par, en su carácter subjetivo del cumplimiento de exigencias legales que miraban mayoritariamente a la conducta intrapenitenciaria.<sup>52</sup> En suma, una mirada al pasado intrapenitenciario, con elementos formales y añejos de reinserción, aunado, a una prognosis de rehabilitación de discutida legalidad y sujeta a vaivenes jurisprudenciales, que en términos generales negaban su exigencia.

En contrapartida, la ley N° 21.124 da vida al principio de legalidad y de reinserción connatural al derecho penitenciario, al consagrar el informe psicosocial emanado de Gendarmería de Chile como requisito de procedencia, aunque limitando su función, pues no es vinculante a fin de no radicar en la autoridad administrativa la decisión, sino que

---

<sup>49</sup> CID, José y TEBAR, Beatriz. Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo. *Revista Española de investigación criminológica* (8): 2010, p. 13.

<sup>50</sup> MORALES, Ana. Una propuesta de modelo integral de reinserción social para infractores de Ley [en línea] julio 2018. <[https://www.cesc.uchile.cl/Modelo\\_ReinsercionSocial\\_CESC\\_FPC.pdf](https://www.cesc.uchile.cl/Modelo_ReinsercionSocial_CESC_FPC.pdf)> [Consulta: 30 enero 2019]: “una de cada dos personas que egresan de las cárceles, son condenadas nuevamente. Este indicador, muestra un bajo desempeño del sistema penitenciario en la prevención de la reincidencia delictual”.

<sup>51</sup> Para David Rozowski Director de la Fundación Ciudadano Seguro “la reincidencia, desde el punto de vista de los propios victimarios, se da principalmente por factores de vulnerabilidad social, económica, falta de oportunidades, dinero fácil y bajo costo penal”. En RIVERA V y VEDOYA S. Reincidencia en cifras: hay delincuentes que suman más de 120 detenciones [en línea] 11 junio 2018. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/reincidencia-cifras-delincuentes-suman-mas-120-detenciones/200605/>> [Consulta: 30 enero 2019]

<sup>52</sup> Artículo 2 DL 321 (previo a la modificación) en síntesis: conducta intachable en el establecimiento penal, haber aprendido un arte u oficio si hay talleres y haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento.

en la Comisión de Libertad Condicional. Lo que antecede, no es una decisión meramente formal sino que encarna una mirada al futuro del condenado en la vida pos penitenciaria.<sup>53</sup>

Esta mera enunciación será desarrollada, a fin, de fundar la hipótesis de trabajo.<sup>54</sup>

## B. Creación de la figura del delegado

Éste, es la vivida representación de la creación de la institucionalidad tendiente a dar apoyo y control respecto del adecuado tratamiento, orientación y vigilancia de los libertos en la vida pos penitenciaria, que se hace cuerpo, mediante la elaboración, seguimiento y ejecución de un plan de intervención individual, de acuerdo a su perfil, similar al de la libertad vigilada.

Su creación supone introducir elementos sicosociales personalizados de control y supervisión asociados al nivel de riesgo delictivo del sujeto, tendientes a garantizar la reinserción y la no reincidencia.

En el seno del debate legislativo, no nos fue posible hallar una opinión divergente a su consagración. Solo a modo ilustrativo, se asentó que “esta es una innovación muy importante que propuso el Ejecutivo en la Comisión Mixta. Actualmente, quien accede a la libertad condicional solo queda sujeto a un control administrativo en un establecimiento penitenciario, lo que impide evaluar si se encuentra en un proceso de reinserción social efectivo”.<sup>55</sup>

Finalmente, la criminología nos aporta a fin de entender su función, tendiente a no mutarlo en una mera formalidad, por cuanto “la resocialización, sólo es posible cuando el individuo a resocializar y el encargado de resocializarlo tienen o aceptan el

---

<sup>53</sup> Artículo 2 N° 3 DL 321 (modificado por ley 21.124) “Contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos”.

<sup>54</sup> Supra Cap. I, N° 8.2.2.

<sup>55</sup> Historia Fidedigna de la Ley 21.124 boletín 10.696-07, publicada el 18 de enero de 2019, Discusión en Sala Comisión Mixta, p. 325 consta que para el Senador Huenchumilla (Democracia Cristiana)

mismo fundamento moral que la norma social de referencia. Una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos sobre otros y una lesión grave de la libre autonomía individual”.<sup>56</sup>

### C. Reconocimiento deber del Estado en la rehabilitación

Conforme al artículo 10 del DL 321 el Estado asume formalmente el deber promover y fortalecer especialmente la formación educacional, la capacitación y la colocación laboral de los condenados que gocen de la libertad condicional. Es por ello, que el delegado debe apoyar y articular el acceso del condenado a la red de protección del Estado, particularmente, en las áreas de salud, educación, empleo y de desarrollo comunitario y familiar, conforme el caso.

Nos aventuramos a asentar que esta norma al establecer un deber para el Estado, en contrapartida, reconoce un derecho para el liberto, un derecho que se le entreguen los insumos sicosociales tendientes a posibilitar su reinserción, máxime, cuando sin afanes abolicionistas de las penas privativas de libertad, resulta sociológicamente asentada que “la cárcel cambia abiertamente al delincuente, pero generalmente lo hace para empeorarlo. No le enseña valores positivos, sino negativos para la vida libre en sociedad”.<sup>57</sup>

## 8. Requisitos legales de procedencia de la libertad condicional

### 8.1 Cuadro sinóptico: Previo y conforme a la ley N° 21.124

Criterio	DL 321 (previo a ley 21.124)	DL 321 (conforme ley 21.124)
----------	------------------------------	------------------------------

<sup>56</sup> MUÑOZ Conde, Fernando. *La prisión como problema: resocialización versus desocialización*. Santiago, Fundación Universitaria de Jerez, 1985. P. 98

<sup>57</sup>MUÑOZ Conde, Fernando. *La prisión como problema: resocialización versus desocialización*. Santiago, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, p. 101.

Requisito general Objetivo: tiempo efectivo de condena	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Regla general mitad pena; excepciones por naturaleza del delito o de la pena.</li> <li>- Sin contra excepción.</li> <li>- Lesa humanidad sin norma expresa.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Regla general mitad pena; excepciones por naturaleza del delito o de la pena.</li> <li>- Contra excepción: facultad mujer embarazada o madre hijo menor 3 años.</li> <li>- Se consagra 2/3 delitos lesa humanidad.</li> </ul>
Requisito general Subjetivo	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conducta intachable.</li> <li>- Aprendido oficio.</li> <li>- Asistencia regular colegio / saber leer y escribir.</li> <li>- Discutible rol de informe psicosocial.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conducta intachable.</li> <li>- Se elimina.</li> <li>- Se elimina.</li> <li>- Informe psicosocial.</li> </ul>
Requisito lesa humanidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Discutible procedencia, de serlo por reglas generales.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Requisitos generales objetivos y subjetivos.</li> <li>- Colaboración, confesión o aportación de antecedentes serios y efectivos otras causas.</li> </ul>
Vigencia	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Momento de la postulación anterior 18 enero 2019.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Momento de la postulación posterior 18 enero 2019.</li> <li>Discutible constitucionalidad en concreto.</li> </ul>

## 8.2. Análisis crítico de los requisitos

Innegable es que el *ius puniendi* reconoce ciertos límites, entre los cuales, se contempla la proscripción de la irretroactividad de la ley penal, como manifestación del principio de legalidad.

En este marco, forzoso resulta previamente desentrañar el contenido de los requisitos de la libertad condicional, con y sin reforma. Aquello es útil, para dotar de un mayor rendimiento a tales exigencias, a fin de resolver si la ley conlleva o no en una ley más favorable para los privados de libertad, que aspiran legítimamente a la libertad condicional.

Lo expresado se representa en la siguiente sistematización:

#### 8.2.1 Previo a la reforma de la ley 21.124

En las siguientes líneas se reconstruye un modelo que subyace al DL 321 de 1925, sin reforma de la ley 21.124, y el Decreto N° 2.442 que fijaba su reglamento.

El artículo 2° del precitado DL es la norma decisoria Litis en la concesión o no del beneficio penitenciario en estudio, regla, que, si bien no agota el asunto, establecía 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;*

2. *Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno;*

3. *Haber aprendido bien un oficio, si hai talleres donde cumple su condena;*

4. *Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir*

En doctrina se habían sistematizado las exigencias conforme a su naturaleza “referidos los primeros al tiempo servido de la condena impuesta, y los segundos al comportamiento del condenado dentro del penal”.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia, op. cit., p.566.



Con un matiz Morales Peillard sistematiza los requisitos distinguiendo entre aquellos que tienen relación a la condena y al condenado. A saber, a propósito de la condena se exige el cumplimiento de un periodo de aseguramiento y a la vez que la condena privativa de libertad sea superior a un año (encabezado y N° 1). En relación al condenado, se incorpora como requisitos referentes a que el condenado sepa leer y escribir, conducta intachable y avances efectivos en el proceso de reinserción social (N° 2, 3 y 4).<sup>59</sup>

En base a lo expuesto se analizan las exigencias en forma atomista:

#### A. Tiempo de cumplimiento efectivo de la condena

La regla general, era la contenida en el artículo 2 DL 321, la cual suponía completar al menos la mitad la pena privado de libertad, empero, dicha norma debía ser concordada con lo predispuesto en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo, por la cual, los condenados a presidio perpetuo calificado les era necesario el cumplimiento de 40 años de privación de libertad efectiva; presidio perpetuo a 20 años de privación de libertad efectiva; 2/3 de la condena parricidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación de persona menor de catorce años, infanticidio, los contemplados en el número 2 del artículo 365 bis y en los artículos 366 bis, 366 quinquies, 367, 411 quáter, 436 y 440, todos del Código Penal, homicidio de miembros de las Policías y Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones y elaboración o tráfico de estupefacientes; 10 años de pena en caso de condena por delito terrorista perpetrado entre el 1 de enero de 1989 y 1 de enero de 1998.<sup>60-61</sup>.

---

<sup>59</sup> MORALES, Ana. op. cit., pp. 10, 11 y 12.

<sup>60</sup> Artículo 3 DL 321 de 1925.

<sup>61</sup> La regulación de los delitos terroristas parece acotada en el tiempo en nuestro medio, aunque se ha de leer como una permisión histórica al contexto de transición democrática. En derecho comparado, el caso español es ilustrativo y es sintetizado con acierto Ester Erices, para quien se exige la demostración de signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios terroristas, colaboración activa, petición de perdón a las víctimas e informes técnicos que den cuenta de la desvinculación con asociaciones terroristas, en Erices Ester. La libertad condicional de personas penadas por delitos de terrorismo. *Revista de pensamiento e historia*, (47): 2014, p. 53. Como se comprenderá, dichas exigencias se erigen como un punto inicial para la reinserción social, ajeno a una injerencia en la libertad de conciencia del rematado.

Como se comprenderá, en el marco de la tramitación legislativa durante los años, el legislador junto con endurecer la persecución penal de ciertos delitos introdujo limitantes a los beneficios penitenciarios, sin que mediara hasta el 18 de enero de 2019, una regla respecto de los delitos de lesa humanidad.

Vista desde el prisma de la teoría de la pena este tiempo mínimo de permanencia en la vida penitenciaria se justifica desde la faz retributiva, a razón, de constituirse en una contrapartida mínima (castigo) al delito perpetrado. En cambio, el periodo de cumplimiento en libertad condicional, se explica por antonomasia en el imperio de nociones preventivas especiales.

Ulda Figueroa, critica la extensión temporal de la privación de libertad del condenado en torno a los 2/3 para ciertos y determinados delitos, por cuanto dichos plazos suponen disminuir el periodo en libertad condicional, ergo, sus probabilidades de resocializarse.<sup>62</sup>

Disentimos con la opinión autorizada que antecede, por cuanto si bien podemos concordar que la realidad carcelaria contribuye a un proceso de desocialización y trae aparejado un problema de reinserción, lo cierto es que la determinación del quantum de pena efectiva es por regla general una decisión democrática de cada sociedad en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, máxime, cuando aparece fundado atendiendo a la entidad de los ilícitos y su desvalor social. En particular, la disminución del tiempo de reinserción es la constatación de una realidad, empero, atendiendo la extensión temporal de las condenas, igualmente, es más extenso el periodo de reinserción, que a la postre se extenderá durante largos años.

#### B. Conducta intachable

Esta exigencia se centra en la vida intrapenitenciaria del condenado, que se traducía en la calificación por el Tribunal de Conducta de Gendarmería de Chile de tres periodos completos bimestrales de “muy buena conducta” disciplinaria, vale decir, un

---

<sup>62</sup> FIGUEROA, Ulda Omar. La libertad condicional como mecanismo de prevención del delito y promotor de la reinserción social: Propuestas para una reforma basada en evidencia. *Derecho y Justicia*. (6): 24-25, 2016.

incentivo al condenado en las etapas finales de su permanencia en el centro penitenciario.

Dotaba de mayor contenido, el reglamento vigente a la época, por el cual son elementos a tener a la vista en su determinación “a) Su conducta en el patio o calle, en el taller i en la escuela; b) Su asistencia al taller i a la escuela; c) El aseo personal de su celda i útiles; d) Las manifestaciones de su carácter, sus tendencias, educación i moralidad”.<sup>63</sup>

Resulta que esta exigencia mira al pasado y presente intrapenitenciario, y no a las probabilidades de reinserción en la vida post penitenciaria, a lo más se puede considerar como un indicio de espíritu de superación a fin de optar a la libertad condicional, empero, nada asegura que una persona que tiene la mejor conducta en la cárcel durante un semestre no volverá a delinquir al momento de salir, pero lo más peligroso, es que no hay prognosis alguna a su respecto. En definitiva, la exigencia se explica mejor como un incentivo al condenado dentro del marco de una política de buena conducta penitenciaria.

Una visión crítica y negativa de la exigencia, la sostiene Foncea Flores para quien “los requisitos señalados son puramente empíricos y objetivos que dicen relación con el comportamiento externo del penado dentro de la prisión, y nada indican de su real grado de resocialización. El condenado puede perfectamente cumplir con todos estos requisitos y aun así continuar empeñado en una vida delictual”.<sup>64</sup>

Estimamos que la exigencia no es objetable pero *per se* resultaba insuficiente.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> Artículo 19 del Decreto 2442. Resulta ser llamativa la inclusión de elementos contemplados en la letra d) (carácter y moralidad), en cuanto a que introduce conceptos en demasía abiertos y ajenos en términos generales al derecho, a razón de supuestamente darle contenido a la expresión buena conducta. De ello, es que pareciera que más que darle contenido introduce un requisito, lo cual pugna con la cláusula de esencialidad conforme al 19 N° 26 de la Constitución Política de la República, por el cual los derechos fundamentales (libertad ambulatoria) no se pueden restringir si no por ley.

<sup>64</sup> FONCEA, María. op. cit., p. 463. En este sentido, puede leerse el razonamiento del ministro de la ECS Sr. Künsemüller, quien consistente en el tiempo exige que el amparado solo cumpla los requisitos objetivos exigidos por el DL N° 321, únicos que ha de satisfacer el condenado, la edad del solicitante y la circunstancia de que no se divisan qué mayores fines de rehabilitación podrán obtenerse con una prolongación de la privación de libertad” Sentencia Rol N° 16.819-18 Corte Suprema.

<sup>65</sup> En suelo trasandino el asunto está regido por ley hace larga data, ello se expone en KALINSKY, Beatriz. El instituto jurídico de la “libertad condicional”. Un análisis conceptual, (5): 2011, p. 2: “En Argentina: La condición para acceder a este beneficio está dada por dos ítems que deben poder

### C. Aprendizaje de un arte u oficio

Aquí, se debe destacar la conjugación en pasado de la exigencia, pues hoy no subsiste.

Entendido aquello, estimamos que alentar el aprendizaje de un trabajo contribuye a una favorable autovaloración psicosocial, a partir, de una forma honesta de sustento, lo que incentivaba la reinserción social.

Es evidente que este requisito tenía una mirada hacia el futuro, es decir, focalizado al momento en que el liberto deba reencontrarse de frente a una sociedad competitiva y marcadamente discriminadora, particularmente, en el ámbito laboral. Aquí, radicaba la importancia de esta exigencia la cual permitía que un condenado pudiera aprender alguna actividad remunerada, a fin de que al recuperar su libertad se dedicara a ella posibilitando una mejor y más rápida reinserción.

Como se comprenderá, este es uno de los elementos y no conlleva una visión sesgada de la delincuencia, aunque en parte la explica el fenómeno con raíces sociales. Esta tarea se inserta en un marco mayor, por el cual “el Derecho penal de un Estado social y democrático debe asegurar la protección efectiva de todos los miembros de la sociedad, por lo que ha de tender a la prevención de delitos (Estado social)”.<sup>66</sup>

### D. Educación

Se busca que el condenado mientras esté privado de libertad pueda adquirir las herramientas necesarias para enfrenar el mundo post penitenciario, en detalle, que el condenado aprenda a leer y escribir, o en su caso, deba asistir a las escuelas de los establecimientos penitenciarios a fin de completar una formación escolar que les permita relacionarse con personas ajenas al mundo delictual, mejorando con ello, su conducta.

---

cumplirse- que se hayan ejecutado en la cárcel las dos terceras partes de la condena y que los informes correspondientes sean favorables”.

<sup>66</sup> MIR Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª Edición. Barcelona, Editorial Casa S.A, 1982.p. 30.

García-Pablos asienta que “la resocialización implica un proceso de «aprendizaje» y de «interiorización» de valores que se perciben y aceptan como tales por la sociedad y el individuo”.<sup>67</sup>

Entendemos que resocializar es en parte (re)educar, tarea que no sólo se limita a una educación formal, aunque esta contribuya en aquella. Es por ello, que creemos que la ley 21.124 no apunta en la dirección correcta al haber derogado su exigencia al menos a nivel legal, consideración que hacemos extensible al aprendizaje de un arte u oficio.

E. ¿Otros a descartar? Salida dominical e Informe psicosocial

De los intereses sociopolíticos en contraposición, aunado, a una regulación legal algo lacónica y un reglamento con marcado acento sustantivo, resulta que la configuración de requisitos es terreno fértil a la discusión, de ello es que se propongan al menos dos a añadir a lo predispuesto en el artículo 2 del DL 321, previo a la reforma.

Primero, en cuanto a la exigencia de salida dominical en forma previa, atendiendo el principio de progresividad.

Si bien dogmáticamente la libertad condicional es el último eslabón de una cadena tendiente a la libertad del penado, tras la salida esporádica, dominical, de fin de semana y controlada al medio libre; cuestión diversa era exigir la concurrencia de alguna de ellas tendiente a conceder la libertad condicional, por lo que estimamos errado el fundamento esgrimido en su oportunidad por la Excelentísima Corte Suprema, en causa RIT 843-2016, que estimaba ajustado a derecho “la decisión de la Comisión de Libertad Condicional, que le denegó la libertad solicitada, considerando al efecto la reciente concesión de beneficios intrapenitenciarios y la cantidad de ocasiones en que ha delinquido”.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> GARCIA-PABLOS, Antonio. La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. (32): 646, 1979.

<sup>68</sup> *Sepúlveda Valdebenito Natalia contra comisión de libertad condicional* (2016): Corte Suprema, 21 de julio 2016, causa Rol 843-2016. Tercera Sala Constitucional, integrada por los Ministros Sres. Pedro Pierry A., Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G., Carlos Aránguiz Z., y Manuel Valderrama R. Considerando 5.

En la especie, el penado Sr. Millard era acreedor de salida dominical por un periodo calificado vagamente como “insuficiente” por la Comisión, lo cual, no permitiría comprobar su rehabilitación, cuestión que el Tribunal reprodujo sin más.

Estimamos, que si bien la rehabilitación es el fundamento del instituto su mera invocación no se puede erigir en un mantra tendiente a la desnaturalización del sistema, por cuanto el Tribunal recurre a un argumento que no solo afecta el principio de reserva legal y la libertad personal del amparado, sino que lo hace con vaguedad extrema al dar cuenta de “tiempo insuficiente” de salida dominical, cuando resulta que en la mayoría de los casos aquella no concurre, e igualmente, se otorga la libertad condicional.

En otras palabras, la necesaria progresividad de los beneficios no se exigía, así como tampoco hoy se exige, a fin de conceder la libertad condicional (*lege data*), sin perjuicio, de que pareciera recomendable su concurrencia, por el que la libertad condicional debiera ser el último eslabón hacia la integración a la vida post penitenciaria (*lege ferenda*).

Segundo, en cuanto a la exigencia de informe psicosocial, atendiendo el principio de reinserción.

Este informe elaborado por Gendarmería de Chile, hace cuerpo la preocupación en la vida post penitenciaria del liberto al focalizarse en aspectos sociales, familiares y psicológicos del postulante, por lo que tiene a la vista la reinserción, ergo, la pena desde una faz preventiva especial - positiva.

Pese a lo que antecede, sendas objeciones se levantaron a su exigencia, a saber, emana del mismo ente administrativo a cargo del resguardo de los reclusos, su metodología no es clara y parecían ser informes tipo, y de sobremanera, su exigencia acarrea una afectación al principio de legalidad, ya que, en ninguna parte del DL 321 emergía su procedencia, sino solo a nivel reglamentario.

Revisar lo que había dicho la judicatura adquiere relevancia, a saber:

Imperaba la tesis por la cual se debía prescindir de su exigencia, por cuanto es un requisito establecido a nivel reglamentario.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Ureta Iglesias Carlos con Comisión de Libertad Condicional (2019): Corte Suprema, 31 de enero 2019, causa Rol 2.592-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O.

En contrario, fallos más bien aislados daban cuenta de su exigencia al razonar con sentido práctico, por cuanto “que no puede pretenderse que la concesión de la libertad condicional esté supeditada -siempre y en todo caso-, a la concurrencia de requisitos enteramente “objetivos”, porque si así fuera, carecería de todo sentido la intervención de la Comisión de Libertad Condicional y supondría asignar a un Ministro de esta Corte y a 10 jueces con competencia en materias penales de esta jurisdicción, a una función de mero o simple chequeo de los datos proporcionados por el llamado “Tribunal de Conducta”.<sup>70</sup>

En definitiva, nuestro máximo tribunal asentaba que su empleo era facultativo, tal como se lee, en un reciente pronunciamiento sujeto al marco del DL 321 sin reforma, por el cual “el mero cumplimiento de los requisitos objetivos contemplados en el artículo 2° de ese cuerpo legal no impone el deber de otorgar la libertad condicional, quedando reservado a la Comisión recurrida la facultad de ponderar los antecedentes que le sean presentados y, conforme a ellos, decidir fundadamente sobre la solicitud, el carácter facultativo de esa determinación no importa que la misma pueda adoptarse descuidando el deber de motivarla adecuadamente, deber que no se cumple en la resolución impugnada, la que entrega fundamentos genéricos en relación a diversos condenados, lo que resulta menos aceptable si dichos fundamentos son atinentes a elementos psicológicos de carácter estrictamente personal”.<sup>71</sup>

Directamente vinculando la exigencia con la teoría de la pena, la Excelentísima Corte Suprema razonó que “atendido el tiempo de encarcelamiento enterado por el amparado y, en particular, su edad actual (ochenta y cinco años) resulta imposible apreciar, en sede jurisdiccional, que concretos fines de resocialización podrían obtenerse con prolongar el encarcelamiento del interno Fernández Espinoza. La

---

<sup>70</sup> Osse Novoa Jorge con Comisión de Libertad Condicional Corte de Apelaciones (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol13-2019, considerando 9. Octava Sala., integrada por los Ministros Sres. Marisol Andrea Rojas M. Gloria María Solís R. y Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Z.

<sup>71</sup> Rubio Basaure Juan con Comisión de Libertad Condicional (2019): Corte Suprema, 11 de febrero de 2019, causa Rol 3586-2019, considerando 3. Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O.

imposibilidad de asegurar objetivos de prevención especial dejaría subsistente la mera retribución, desestimada, como se indicó, hace más de una centuria”.<sup>72</sup>

Por nuestra parte, se reconoce que la libertad condicional se funda en la reinserción social por lo que su falta de consideración difumina los límites con un mero mecanismo de reducción de condena, empero, estimamos que se erige como un límite infranqueable el principio de reserva legal, por lo que su exigencia sólo se puede erigir vía legal. En este marco, propugnamos desde ya que su reconocimiento no ha de suponer carácter vinculante, sino que es sólo un insumo más tendiente a la acreditación de la rehabilitación.

#### 8.2.2 Conforme a la ley 21.124 para delitos comunes

El DL 321, modificado conforme a la ley N° 21.124, en su artículo 2° establece los requisitos a cumplir para acceder al beneficio de la libertad condicional, dentro de los cuales se contempla:

1.- Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva.

Esta es la regla general, dado que atendiendo a la gravedad del delito el tiempo de cumplimiento efectivo se eleva a 2/3, tal como se establece por vez primera respecto de los delitos de lesa humanidad.

2.- Haber observado conducta intachable (“muy buena”) durante el cumplimiento de la condena.

A su respecto, la norma exige 4 o 3 bimestres de “muy buena” conducta durante los bimestres anteriores a la postulación, según la condena excediere o no los 541 días de presidio efectivo, respectivamente.

Respecto de las exigencias contenidas en los numerados precedentes, damos por reproducidas las consideraciones vertidas en la sección anterior, respecto de iguales requisitos sin perjuicio de reconocer sus diferencias.

---

<sup>72</sup> Fernández Espinoza Santiago con Comisión de Libertad Condicional (2019): Corte Suprema, 17 enero de 2019, causa Rol 1.482-2019, considerando 3. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Ministro Suplente Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Julio Edgardo Pallavicini M.



3.- Contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile.

Con la incorporación de este requisito se pretende dar legitimidad a la exigencia de pronóstico de vida post penitenciaria del postulante a la libertad condicional, revisando su perspectiva de rehabilitación y sus condiciones reales de reinserción.

En concreto, del tenor literal de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2, pone el acento en la existencia, o no, de factores de reincidencia a partir de la consideración de antecedentes sociales, características de personalidad, conciencia de gravedad del delito y su rechazo explícito.

Como se comprenderá, permite dar cuerpo a que “el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho exige, como se ha visto, atribuir a la pena la función de prevención de delitos”.<sup>73</sup>

De la sintaxis de la norma, la exigencia no es informe favorable sino contar con informe psicosocial. Esto resulta del todo atendible, pues de lo contrario la facultad quedaría radicada enteramente en la autoridad administrativa, Gendarmería de Chile, misma institución destinada a aplicar la pena privativa de libertad, concentración de atribuciones peligrosa, atentatoria al debido proceso y que desligaría de facultades al órgano jurisdiccional a su cargo, como es la Comisión de Libertad Condicional.

El carácter vinculante fue objeto de un amplio debate legislativo, a saber, a favor de su fuerza obligatoria el diputado Leonardo Soto sostenía que “para postular se requiere de la existencia de un informe psicosocial favorable de reinserción social, que examina las posibilidades de que el condenado pueda volver a reincidir si recupera la libertad. La idea es evitar que la persona siga con su carrera delictiva”.<sup>74</sup>

En contrapartida, el Defensor Nacional Andrés Mahnke indicó “la labor de la Comisión de la Libertad Condicional sería suplida por la de Gendarmería. En efecto, la Comisión solo podría analizar aquellos casos en que hubiera un “informe favorable” de Gendarmería, lo que deja en esta última institución la doble función de aplicar la pena

---

<sup>73</sup>MIR Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª Edición. Barcelona, Editorial Casa S.A, 1982.p. 37.

<sup>74</sup> Historia de la ley 21.124 pp. 363.

de encierro y luego, conforme a su propia evaluación decidir si el condenado merece ser beneficiado con la libertad condicional aun cumpliendo los requisitos legales”.<sup>75</sup>

Entendemos, que este informe psicosocial es solo un insumo en la resolución radicada en la Comisión de Libertad Condicional, sin perjuicio, de las dificultades probatorias de arribar por el liberto con demás antecedentes.

### 8.2.3 Conforme a la ley 21.124 para delitos de lesa humanidad

Recibe un tratamiento diferenciado a razón de su diversa naturaleza, por lo que resolver la hipótesis inicial en este ámbito, supone la inteligencia de sus requisitos.

Fuera de toda controversia a asentarse en el devenir jurisprudencial, la ley 21.124 otorga legitimidad democrática a la procedencia de la libertad condicional respecto de condenados por delitos de lesa humanidad.

En detalle, los condenados por delitos de lesa humanidad deben reunir los requisitos generales de procedencia de libertad condicional analizados en el numeral que antecede, aunado, a los contenidos en el artículo 3 bis del DL 321, por lo que es dable exigir el cumplimiento efectivo de la condena en forma privativa de libertad en torno a los 2/3 del tiempo de la pena, además, de prestar colaboración sustancial al esclarecimiento del delito, confesado su participación, o haber aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza.

Como se entenderá, la exigencia del plazo damos por reproducidas consideraciones precedentes y en cuanto a las demás exigencias estas tienen un carácter alternativo, vale decir, de mediar cualquiera de ellas se dará por acreditada su concurrencia.

Propugnamos la siguiente sistematización: aquellas que miran al pasado (colaboración y confesión) y la que mira al presente (aportación de información). Cuestión de interés, por cuanto las primeras atienden a un hecho ajeno hoy a quien se le exige, pues atienden al momento de dictación de la sentencia de condena, en cambio, la aportación de antecedentes es connatural a la época de postulación.

---

<sup>75</sup> Primer Informe de Comisión de Constitución, Primer Trámite Constitucional: Senado, pp. 22.

En términos generales, concordamos con lo expuesto por el Senador Bianchi para quien estas nuevas exigencias, incorporan “un elemento proporcional a la circunstancia de obtenerse a cambio un beneficio para el condenado por delitos de lesa humanidad, lo que, además, importa ayudar a que en este tipo de delitos no exista impunidad, objetivo que debería ser prioritario para el Estado”.<sup>76</sup>

El requisito de mayor apertura semántica en su entendimiento, es aquel por el cual se exige entrega de información seria y verosímil en otros delitos de los que tenga conocimiento. En este sentido, si se le exigiera respecto de procesos propios constituye una manifiesta vulneración al principio de no autoincriminación de raigambre constitucional,<sup>77</sup> en cambio, respecto de terceros una respuesta plausible, aunque no necesariamente cierta, será la invocación de ignorancia o falta de información de los mismos, máxime, en un ámbito donde han imperado pactos de silencio, frente a lo cual, solo quedarían dos vías que miran al pasado tendiente a acreditar la exigencia.

¿Cómo se acreditará? En el caso de la colaboración o confesión la ley resuelve que se probará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes contenidas en los números 8° y 9° del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente.

Aquí, sin afán de adelantar juicios, cabe asentar que el Tribunal Constitucional al realizar un control de carácter abstracto y preventivo de la ley 21.124 propugnó por una interpretación por la cual “es indiscutido, para quienes suscribimos esta sentencia, que el proyecto de ley confiere una nueva oportunidad para quienes, voluntariamente, decidan colaborar o confesar su participación en el esclarecimiento de los hechos vinculados a los graves delitos mencionados en el inciso primero del nuevo artículo 3° bis. Pero esa decisión, si no se adopta libremente, no puede ser objeto de sanción ex post facto, contrariando el derecho asegurado en el artículo 19 N° 7° letra f) de la Constitución”.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> Historia de la Ley 21.124 pp. 331.

<sup>77</sup> Constitución Política de la República de la República artículo 19, número 7, letra f) “En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”

<sup>78</sup> Considerando 46 sentencia TC

Adicional a esto, el legislador otorga máxima apertura semántica a las exigencias de procedencia de la libertad condicional al aludir a “factores”, eufemismo de requisito, en torno a los siguientes: “a) no afectare la seguridad pública por el riesgo de comisión de nuevos delitos de igual naturaleza; b) Si el condenado ha facilitado de manera espontánea la ejecución de las resoluciones durante la etapa de investigación y enjuiciamiento, en particular colaborando en la localización de los bienes sobre los que recaigan multas, comisos o de reparación que puedan usarse en beneficio de las víctimas, y c) Si con el otorgamiento de la libertad condicional pudiese presumirse que el condenado no proferirá expresiones o realizará acciones que afecten a las víctimas o a sus familiares”.<sup>79</sup>

Finalmente, a propósito de la lectura de ciertos sectores políticos como un contra freno a su procedencia respecto de condenados por delitos de lesa humanidad, resta por despejar ¿constituye su tratamiento diferenciado discriminación arbitraria? Nos inclinamos por su negativa, a saber, lo primero a determinar en un juicio de igualdad son los pares en comparación: condenados por delitos de lesa humanidad v/s condenados por delitos comunes; el tratamiento específico: procedencia de la libertad condicional y constatar el desigual tratamiento en uno y otro caso conforme al DL 321, modificado por la ley 21.124. Ahora ¿es discriminatorio? Si, por cuanto recibe diferente trato, al imponer en carácter de imperativo diversas exigencias; ¿Es arbitrario? Cabe prevenir, que todo juicio de igualdad es por esencia argumentable, empero, nos inclinamos por la negativa, a razón, de la gravedad de los delitos cometidos, destacando que el núcleo de los delitos de lesa humanidad no sólo vulnera a la víctima, sino a la sociedad en su conjunto, por lo que claramente han de recibir un trato diferente, tanto en la pena a imponer como los requisitos a cumplir a la hora de acceder a un beneficio intrapenitenciario.

## **9. Prueba**

Actualmente y como es sabido, quien determina si un condenado cumple con los requisitos de la libertad condicional es la Comisión de Libertad Condicional, y en su caso, los Tribunales Superiores de Justicia conociendo el asunto vía recurso de amparo.

---

<sup>79</sup> Artículo 3º, inciso final, DL 321 modificado por la Ley 21.124.

En términos generales, no plantea mayor inconveniente su acreditación probatoria conforme los registros que otorga Gendarmería de Chile en cuanto plazo de cumplimiento efectivo de la pena o conducta intrapenitenciaria, quedando sujeta a la valoración de los órganos jurisdiccionales conforme el deber de motivación.

El problema radica en cuanto a la necesidad y forma de probar la resocialización.

En cuanto a la necesidad de probar la reinserción social es una cuestión de fondo, por cuanto si bien esta es un principio del derecho penitenciario y el fundamento dogmático de la libertad condicional, aquella no se vería plasmada, en una exigencia formal y concreta sino que se engloba en una mirada a futuro en torno a un instrumento (Informe Psicosocial), que a todas luces, no es vinculante ni debe tener carácter favorable.

A su respecto, propugnamos que la no exigencia de reinserción social desnaturaliza el instituto, máxime, cuando el contenido del artículo 2 N° 3 del DL 321 plasma una visión de futuro y de resocialización, pues que no se exija informe “favorable” deviene del hecho de la proscripción de delegación de funciones en un órgano no jurisdiccional (GENCHI) por parte de la Comisión de Libertad y los Tribunales Superiores de Justicia,<sup>80</sup> y no que no sea dable exigir la reinserción social.

Con matices, impera la doctrina en el máximo tribunal que supone la acreditación probatoria, en particular razona que “el informe psicosocial de Gendarmería de Chile, elaborado en cumplimiento de la normativa legal aplicable, no resulta suficientemente categórico para demostrar que el amparado no presenta “avances en su proceso de reinserción social”.<sup>81</sup>

---

<sup>80</sup> Desde una perspectiva general expone una visión crítica al aura de infabilidad de la prueba pericial, en la especie informe psicosocial, Gascón Abellán para quien “la validez de la prueba científica (y por consiguiente la fiabilidad de sus resultados) no es algo que haya que dar por descontado, sino que depende de la validez científica del método usado, de que se haya utilizado la tecnología apropiada y de que se hayan seguido rigurosos controles de calidad (...). El problema reside en que hay otras muchas áreas de la policía científica que están muy lejos de haber gozado del mismo grado de atención y desarrollo científico que la genética forense, pero sobre las que sin embargo se fundan diariamente muchas decisiones judiciales”, en GASCÓN, Marina. Prueba científica: un mapa de retos. En: VASQUEZ, Carmen (dir.). Estándares de prueba y prueba científica. España, Marcial Pons, 2013, p. 185.

<sup>81</sup> *Castro Pinto Luis contra Comisión de Libertad Condicional* (2019): Corte Suprema, 27 de mayo de 2019, causa Rol 13.827-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O. y Abogado Integrante Ricardo Alfredo Abuauad D. En igual sentido, *Reyes Arenas Patricio*

Finalmente, atendiendo que el fundamento del instituto y lo dispuesto en el artículo 2 numeral 3 del DL 321 la libertad condicional descansa en una teoría preventiva especial y positiva, de lo que no le es dable a la judicatura invertir la carga de la prueba y asentar que no está acreditado “su falta de rehabilitación”, ergo, conceder la libertad condicional. Como se comprenderá, el problema descansa en que la política criminal del máximo tribunal no se ve plasmada en una fundamentación acorde a la función que emprende.

En cuanto a la forma de acreditar la reinserción social, cualquiera sea la vía determinar que una persona se encuentra rehabilitada no es tarea sencilla, en consecuencia, es necesario un proceso que permita rendir prueba a las partes a fin de probar la procedencia de la libertad condicional, y que bajo ningún respecto, se ha de reducir a lo asentado por el denominado “Informe Psicosocial”.<sup>82</sup>

El Informe Psicosocial es un instrumento muchas veces tipo, elaborado por quien no se conoce ni es dable cuestionar, cuya metodología no es expuesta, empero, cuyas conclusiones en la práctica a falta de otro elemento de aportación probatoria se erige *a priori* como una verdad difícil de contrarrestar.

En definitiva, el llamado como tantas veces, es a explicitar por los órganos de resolución las razones jurídicas, sociológicas y de política criminal que fundamenten la decisión.

---

*Alejandro contra comisión libertad condicional* (2019): Corte Suprema 20 junio 2019, causa Rol 16301-2019. En contrario, véase, fallo Supra cita N° 72.

<sup>82</sup> La ley N° 21.124 que modifica el DL 321 exige el Informe Psicosocial conforme al artículo 2 numeral 3, previamente sólo se desprendía a nivel reglamentario en Decreto 2442. A su respecto, la preocupación por el legislador en la regulación expresa de dicha exigencia no es nueva, véase, Proyecto de ley Boletín N° 10.654-07, moción cámara de Diputados. Santiago, Chile, 5 de mayo de 2016.

## **CAPÍTULO II: LEY 21.124 ¿AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL?**

### **1. Principio de Irretroactividad de la ley penal**

#### **1.1. Aproximación**

Comprender la aplicación temporal de la ley penal (y procesal penal) supone en parte entender el principio de irretroactividad de la ley penal.

Este, se ha de traducir en que por regla general las leyes penales sólo se aplican a los hechos acaecidos durante su vigencia y no a los acontecimientos previos a su entrada en rigor, en otras palabras, que la ley penal dispone sólo para lo futuro y no podrá tener efecto retroactivo, salvo excepciones que el propio ordenamiento jurídico contempla.

En doctrina, no existe discordancia en su entendimiento abstracto.

Jaime Naquira, explica que “por regla general la ley entra en vigencia a partir de su publicación, salvo disposición especial al respecto, y concluye su vigencia al momento de su derogación expresa o tácita. En lo penal (sustantivo), al igual que en otras áreas del derecho rige el principio de irretroactividad de la ley de conformidad a lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal Chileno”.<sup>83</sup>

Por su parte, Bascuñán Rodríguez propugna que “el Estado de Derecho [debe reconocerlo] como garantía del individuo. Estos principios garantísticos son la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable (en general: "principio de la irretroactividad") y el mandato de aplicación retroactiva de la ley penal favorable (en general: "principio de la favorabilidad"). El manejo consistente de estos dos principios garantísticos requiere una adecuada diferenciación de sus fundamentos”.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> NAQUIRA, Jaime. Principios y penas en el derecho penal chileno. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*: 1-71, 2008. P. 10.

<sup>84</sup>BASCUÑAN Rodríguez, Antonio, *La aplicación de la ley penal derogada*, Revista del abogado, N° 17, 1999, s/p.

Oliver Calderón, afirma que “al hecho de que las leyes penales (y procesales penales) sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes”.<sup>85</sup>

Etcheberry da cuenta que “la ley penal rige los hechos acaecidos durante su vigencia, y exclusivamente ella puede hacerlo, de tal modo que aun después de derogada, seguirá en vigencia para los efectos de juzgar los hechos que acontecieron antes de su derogación”.<sup>86</sup>

Resulta que, el principio de irretroactividad de la ley penal no es exclusivo del ámbito penal, sino que es propio de todo el ordenamiento jurídico nacional, a saber, el Código Civil lo consagra con carácter general y supletorio al establecer que “la ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.<sup>87</sup>

No obstante, lo expuesto, subsisten dos diferencias desde donde radica su particularidad de su configuración penal, a saber:

Primero, en materia penal su consagración es constitucional conforme el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Carta Fundamental, ergo, una simple ley retroactiva no puede minar su fuerza, tal como ocurre en otras materias.

Segundo, en materia penal el principio reconoce formalmente una excepción, esta es, que la ley sea más favorable para el reo o retroactividad benigna. En cambio, la consagración supletoria del Código Civil no reconoce excepción, aunque se erige como límite infranqueable a la noción de derecho adquirido.

En lo que sigue, se desarrollarán los nudos críticos con el objeto de permitir su entendimiento y aplicación con ocasión de la ley N° 21.124, a fin de definir la situación de un condenado en un caso concreto.

## **1.2. Fundamento normativo**

---

<sup>85</sup> OLIVER Calderón Guillermo. Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales. Santiago, Editorial Jurídica, 2007. p. 62.

<sup>86</sup>ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, 3era edición, t. 1, Editorial Jurídica, 1999, p. 141-142. Entre líneas, se puede leer la diferencia entre ley vigente y ley aplicable, en el caso concreto, la ley 21.124 es vigente, la tesis se cuestiona su aplicabilidad.

<sup>87</sup>Artículo 9 Código Civil.



El principio de irretroactividad de la ley penal se afina normativamente en nuestro ordenamiento jurídico sin inconveniente.

En efecto, a nivel convencional integrado vía 5 inciso 2 de la Constitución Política de la República, es dable reconocer.

Que, la Convención Americana de Derechos Humanos propugna que “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.<sup>88</sup>

Que, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza que “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.<sup>89</sup>

Por su parte, directamente estatuida en la Constitución Política de la República se reconoce que “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.<sup>90</sup>

Finalmente, a nivel legal se manifiesta en las siguientes normas.

En cuanto derecho penal sustantivo “Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento”.<sup>91</sup>

---

<sup>88</sup> Artículo 9 Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>89</sup> Artículo 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>90</sup> Artículo 19 N°3 inciso 8 Constitución Política de la República.

<sup>91</sup> Artículo 18 inciso 1 y 2 Código Penal.

En cuanto ejecución penal “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”.<sup>92</sup>

En cuanto procesal - penal “Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.<sup>93</sup>

### 1.3 Fundamento dogmático

En este apartado se busca responder a la siguiente interrogante ¿Por qué es necesario el principio de irretroactividad penal? En otras palabras, resolver donde radica su fuerza vinculante, a fin, de contribuir en su interpretación.

Con matices, en doctrina se han otorgado diversas respuestas.

Bascuñán Rodríguez, propugna que “es una concreción del principio de la proporcionalidad, o, más específicamente, de la prohibición de exceso que se deriva del principio de proporcionalidad. Si al cambiar la ley el Estado ha declarado total o parcialmente innecesaria una pena, entonces constituye un exceso inadmisibles aplicar o continuar aplicándola a algunas personas”.<sup>94</sup>

Claus Roxin, explica que el principio sirve para “impedir que se produzcan tales leyes ad hoc, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho”.<sup>95</sup>

No obstante, impera su comprensión a partir de la noción de seguridad jurídica.

---

<sup>92</sup> Artículo 80 inciso 1 Código Penal. Basta con asentar, que, mediante el vehículo de la consagración del principio de legalidad, reconociendo sus diferencias, es dable reconocer el principio de irretroactividad penal en materia de ejecución.

<sup>93</sup> Artículo 11 Código Procesal Penal. Como se comprenderá, en materia procesal – penal se puede cuestionar abiertamente la difundida regla por la cual las disposiciones adjetivas rigen “in actum”.

<sup>94</sup> BASCUÑÁN Rodríguez, Antonio, *La aplicación de la ley penal derogada*, Revista del abogado, N° 17, 1999, s/p.

<sup>95</sup> ROXIN Claus, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y la estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, Civitas, España, 1997, Tomo I, p.161.

En tal sentido, el profesor Garrido Montt asienta que “el principio de irretroactividad de la penal se explica o funda en el valor de la seguridad jurídica”.<sup>96</sup>

En igual sentido, Ruiz Anton propugna que “el fundamento de la prohibición de retroactividad de los delitos y sus penas se encuentra-por encima de cualquier otra consideración- en la idea de seguridad jurídica”.<sup>97</sup>

Oliver Calderón, no sólo propugna por la seguridad jurídica,<sup>98</sup> sino que descarta la noción de derecho adquirido, cuestión que es de nuestro interés ya que es una noción civilista común que se ha difundido en todo el resto del ordenamiento jurídico, a saber, explica que la teoría de los derechos adquiridos resulta insuficiente por dos razones, primero, el delito no es fuente de derechos subjetivos, a lo mas de obligaciones; segundo, de ser derecho no tiene contenido patrimonial, tendiente a que ingrese al patrimonio del condenado por cuanto debiera ser transferible, transmisible, susceptible de extinguirse por prescripción y/o renunciable, propiedades que carece.<sup>99</sup>

Adherimos, a la noción de que la seguridad jurídica tiene la mayor capacidad explicativa del principio, empero, entendemos que es compatible con la noción de proporcionalidad de la pena, pues la primera es de carácter axiológico, en cambio, la segunda normativa.

Resta por descartar, el principio de legalidad como fundamento del principio en estudio, por cuanto si bien coexiste una relación de género – especie, no tiene la capacidad de explicar su fuerza vinculante para el juez.

#### **1.4 Contenido de la excepción “Ley más favorable”**

Como comprenderá el lector, el principio de irretroactividad penal se erige como una garantía de la persona frente al Estado en el ejercicio del ius puniendi.

---

<sup>96</sup> Garrido Montt, DERECHO PENAL. PARTE GENERAL. TOMO I, p. 108

<sup>97</sup>RUIZ Anton, Luis. El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. Ponencia presentada en las primeras jornadas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, marzo 1986, p.152.

<sup>98</sup>OLIVER Calderón Guillermo, El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI (Valparaíso, Chile, 2000), p. 108.

<sup>99</sup> OLIVER Calderón Guillermo, El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal, Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI (Valparaíso, Chile, 2000), pp. 101.

Es en este marco, que nadie seriamente cuestiona su existencia como principio rector dado su raigambre normativo, sino que las disquisiciones radicarán en cuanto a su alcance, ¿cómo? De la conjugación de la regla general (“irretroactividad”) y de la configuración, o no, de la excepción (“retroactividad benigna”) en un caso concreto, en la especie, la ley 21.124.

Normativamente, el artículo 18 del Código Penal le atribuye contenido a la expresión “ley más favorable”, dado el silencio del texto constitucional. En concreto, el legislador lo explicó mediante dos vías, a saber, que se le exime al hecho de toda pena o se le aplica una menos rigurosa.

Entendida su importancia, pertinente es traer a la vista lo asentado por la doctrina a fin de darle contenido.

El profesor Garrido Montt, señala que “por ley más favorable ha de entenderse aquella que, en la situación fáctica de que se trate, al ser aplicada, deje al autor desde un punto jurídico-material en mejor situación”.<sup>100</sup>

Por su parte, Politof, Matus y Ramírez explican que “la nueva ley puede ser más favorable, sea porque con arreglo a ella la pena no tiene ya que ser infligida (p. ej., porque se estableció una causal eximente de responsabilidad criminal o una condición objetiva de punibilidad que antes no existía, se acortó el plazo de prescripción, etc., o simplemente porque se derogó el delito de que se trata), sea porque la pena que debe infligirse, de acuerdo con la nueva ley, es menos severa. Sin embargo, no cabe dar una fórmula general y abstracta para decidir cuál es la ley más benigna”.<sup>101</sup>

En igual sentido, Naquira puntualiza que son “elementos de esta excepción a la irretroactividad: a) Ley más favorable. Se entiende por ley más favorable: i) Aquella que “exima al hecho de toda pena” (Artículo 18 Código Penal). ii) Aquella que “le aplique una menos rigurosa” (Artículo 18 Código Penal)”.<sup>102</sup>

Cury Urzúa, con un sentido práctico, asienta que “significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia -uno sobre la base de cada ley-, a fin de establecer

---

<sup>100</sup> GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica, 2007. P. 111.

<sup>101</sup> POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2<sup>o</sup> edición. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2004, pp. 130-131.

<sup>102</sup> NAQUIRA, Jaime. Principios y penas en el derecho penal chileno. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*: 1-71, 2008. P. 11.

cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley, que nunca ha estado en vigor".<sup>103</sup>

Finalmente, Etcheberry da cuenta que "la determinación de cuál sea la ley más favorable al reo corresponderá hacerla exclusivamente a quien la ley encomiende el juzgamiento: el tribunal respectivo. (...) Por fin, debe determinarse la benignidad de la ley, no en abstracto, sino en concreto, con relación al caso que se trata de juzgar. Una ley que elevara considerablemente la pena de un delito, pero rebajará el plazo de prescripción, resultaría más "favorable" en algunos casos y "menos favorable" en otros".<sup>104</sup>

De lo expuesto, resulta dable asentar: primero, que su determinación es una cuestión de legalidad radicada en la figura del juez; segundo, que una nueva ley será más beneficiosa para el imputado, encausado o condenado siempre que en el caso concreto lo deje en una mejor situación; y tercero, que el juez debe atender a la ley en su integridad en comparación con el antiguo cuerpo normativo, a efectos de no exceder sus atribuciones jurisdiccionales, lo que se denomina *lex tertia* (tercera ley) o principio de alternatidad.

## **2. Aplicación temporal ley 21.124**

Sin afán de simplificación, ley vigente y ley aplicable no son sinónimos en Derecho Penal, aun cuando, quede por despejar si pueden llegar a serlo para el Derecho Penitenciario, abocado por definición a la ejecución de la pena.

Como se comprenderá, una novel ley no exhorta a quemar estantes colmados de doctrina, máxime, cuando ésta se ha edificado a partir del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin perjuicio, de su *aggiornamento*,

---

<sup>103</sup> CURY Urzúa, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 10ª edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, Pontificia Universidad Católica de Chile. P. 229.

<sup>104</sup> ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General*, 3era edición, t. 1, Editorial Jurídica, 1999, p. 144.

Es por ello, que esta obra no se aboca única y exclusivamente a un análisis de la ley N° 21.124, quedando por despejar si al caso concreto la norma aplicable, es la vigente, la modificada, o incluso, la derogada; cuestión que supone desentrañar el problema del ámbito temporal de la reciente reforma legislativa.

### **2.1. Análisis legal-atomista: artículos 9 y 12 DL 321, modificado ley N° 21.124**

Aquí, el legislador expresamente dispuso de dos normas referentes a la aplicación temporal de la reforma que impulsaba. En detalle, asentó que dicho cuerpo normativo rige desde la fecha de su publicación<sup>105</sup>, y de mayor entidad, fijó que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación.<sup>106</sup>

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 9 del DL 321, su sintaxis no representa dificultades a su entendimiento, y la regla, contenida en la norma es clara: hay que atender a los requisitos al momento de la postulación, prescindiendo de cualquier consideración en cuanto a la fecha de la condena, así como, de perpetración del ilícito.<sup>107</sup>

En cuanto a lo dispuesto en el artículo 12 del DL 321, cabe tener a la vista lo contenido en el Código Civil, cuerpo normativo, que en su carácter de supletorio del ordenamiento jurídico chileno, propugna que “La publicación de la ley se hará mediante su inserción en el Diario Oficial, y desde la fecha de éste se entenderá conocida de todos y será obligatoria”.<sup>108</sup>

De lo que antecede, la inclusión del precitado artículo 12 del DL 321 nos resulta superflua. En igual sentido, se pronunció el Tribunal Constitucional cuando le fuera impugnada la norma en comento, a saber “Por ende, este cuerpo legal no hace otra cosa

---

<sup>105</sup>Artículo 12 DL 321, modificado ley 21.124: “Este decreto ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial”.

<sup>106</sup> Artículo 9 DL 321, modificado ley 21.124: “Para los efectos del presente decreto ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación.”

<sup>107</sup> Este criterio ya había sido empleado anteriormente por la judicatura, a propósito, de la ley 20.931, véase, Excelentísima Corte Suprema, 17 de enero 2019, causa Rol 1.485-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Ministro Suplente Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Julio Edgardo Pallavicini M.

<sup>108</sup>Artículo 7 Código Civil.

que reafirmar la regla más tradicional de vigencia de una ley. De esta manera, resulta inútil estimar esa hipotética inconstitucionalidad puesto que volveríamos a la misma regla tornándolo en superfluo el reproche”.<sup>109</sup>

Como se comprenderá, el *quid* descansa en la sujeción del artículo 9 del DL 321 al principio de supremacía constitucional, a razón, del principio de proscripción de irretroactividad de la ley penal determinando su congruencia, alcance y efectos.

## **2.2. Planteamiento del problema ¿la aplicación temporal de ley N° 21.124 (artículo 9) constituye una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal?**

Resolver el problema, presupone comprender el principio que se invoca vulnerado.

Como ya se dijo, en base al principio de irretroactividad la ley penal se aplicará sólo para lo futuro y no podrá tener jamás efecto retroactivo, salvo excepciones ya indicadas.

Tradicionalmente, se ha entendido como una manifestación del principio de legalidad o reserva legal, el cual se sintetiza en el aforismo “Nullum crimen, nulla poena sine lege”, atribuido históricamente a Feuerbach.

Como se comprenderá, se erige como un límite al *ius puniendi* mediante el cual se frena la tentación de regir una situación de hecho por una ley *ex post facto*, vale decir, “un Derecho Humano Fundamental”<sup>110</sup> del reo.

Atendiendo a lo precedente, el problema podemos reseñarlo del siguiente modo: ¿Alcanza el principio de irretroactividad de la ley penal a la etapa de ejecución de la pena, ergo, a la libertad condicional? En otras palabras, lo que se cuestiona es si acaso tiene, o no, lugar en nuestro ordenamiento jurídico lo que se ha denominado en doctrina como garantía de ejecución.<sup>111</sup>

---

<sup>109</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 29.

<sup>110</sup>POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2<sup>o</sup> edición. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2003, pp. 125.

<sup>111</sup>La expresión acuñada se emplea en Bullemore Vivian y Mackinnon Jhon, Curso de Derecho Penal, Legalpublishing, 2<sup>o</sup> edición, Parte General. T. I, p. 78; y Ricardo M. Mata y Martín, El principio de legalidad en el ámbito penitenciario, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2011), p. 254

Para poder comprender con exactitud el debate, damos cuenta de las siguientes interrogantes, que sirven de hilo conductor: Primero, ¿es la ley N° 21.124 Derecho Penal?; Segundo, ¿se aplica el principio de irretroactividad de la ley penal a la fase de ejecución de pena propiamente tal?; y Tercero, ¿Es el cuerpo normativo que se propugna más desfavorable para él o los condenados que postulan al beneficio de la libertad condicional?

Como se comprenderá, sólo las respuestas afirmativas a dichas interrogantes, supondrá una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución Política de la República, ergo, vía principio de supremacía constitucional conllevará que el novel, y vigente, cuerpo normativo contenido en la ley N° 21.124 no le sería aplicable a los condenados antes del 18 de enero de 2019.

### **2.3 Análisis crítico sentencia del Tribunal Constitucional ¿Un debate resuelto?**

A propósito de lo señalado anteriormente y a fin de determinar si existe o no una afectación al principio de irretroactividad penal con la aplicación de la ley 21.124 es que debemos efectuar un análisis de la sentencia RIT 5677-2018 emanada del Tribunal Constitucional en busca de una respuesta, esto, antes de pasar a revisar en detalle cada de las teorías que se propondrán.

La sentencia mencionada de fecha 02 de enero de 2019 tuvo su origen a propósito de dos requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentada por un grupo de diputados y senadores, respecto de requisitos que se exigían para poder optar a la libertad condicional en el caso de condenados por delitos de lesa humanidad, esto es el arrepentimiento y la colaboración sustancial, confesión o entrega de información<sup>112</sup>, agregándose a dicho requerimiento el nuevo artículo 12 del DL 321 que establece que dicho decreto ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial.

---

<sup>112</sup> Artículo 3 bis contenido en el artículo primero (cinco) del proyecto de ley que "Sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados" (boletín N° 10.696-07)



El Tribunal Constitucional frente al requerimiento incoado, descarta la afectación al principio de irretroactividad de la ley penal por un doble orden de ideas conforme a la sistematización que proponemos:

i. Limitaciones del requerimiento. Resulta que la objeción planteada se limita al cuestionamiento del artículo 12 del DL 321, norma que establece la vigencia desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la normativa modificada del DL 321. Es por ello, que no cabe sino concordar en cuanto a que el libelo asienta la competencia subjetiva del Tribunal.<sup>113</sup> Segundo, que en cuanto a la norma impugnada (art. 12) la eventual declaración de inconstitucionalidad resultaría inocua, ya que el contenido de la norma no es sino la reproducción del artículo 7 del Código Civil.<sup>114</sup>

ii. Limitaciones atendiendo la naturaleza del control. Resulta que dado el carácter preventivo, facultativo y abstracto del control de constitucionalidad encomendado la irretroactividad de la ley penal se erige como un asunto de mera legalidad.<sup>115</sup>

Esto no se ha de leer como un desconocimiento al carácter constitucional del principio, sino que atendido a que la determinación de lo favorable o desfavorable de una ley respecto de un condenado, resulta de la apreciación de la ley y sus particularidades conforme al caso concreto salvo los casos simples, verbigracia, ley que solo aumenta la pena en un grado de un determinado delito.

En cuanto al fondo del asunto se hace necesario traer a la vista los siguientes considerandos de la sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada:

“Esta omisión sobre factores objetivos como la duración de la condena y la ausencia de un examen pormenorizado de la concurrencia de las causales valorativas o

---

<sup>113</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 31°: “En consecuencia, esta dimensión impide considerar los alcances definitivos de una deliberación en torno a los efectos retroactivos de esta legislación en la medida que fue el legislador el que determinó de un modo general el momento a partir del cual no solo rige la ley, sino que se han de determinar los requisitos respecto de las personas condenadas que postulan a la libertad condicional”.

<sup>114</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 29°: “No obstante, cabe situarse en la hipótesis de que el Tribunal estimase que deba declararlo inconstitucional, ¿qué norma regiría en subsidio? Pues bien, ese dilema está resuelto por el artículo 7° del Código Civil que indica en su inciso segundo que “para todos los efectos legales, la fecha de la ley será la de su publicación en el Diario Oficial”. Por ende, este cuerpo legal no hace otra cosa que reafirmar la regla más tradicional de vigencia de una ley. De esta manera, resulta inútil estimar esa hipotética inconstitucionalidad puesto que volveríamos a la misma regla tornando en superfluo el reproche”

<sup>115</sup> Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 26.

descriptivas, lleva a que la identificación de las condiciones de la ejecución de la punibilidad no resulte determinante como evidencia de la infracción constitucional denunciado de un modo general y abstracto para todo tipo de casos. Por lo mismo, tal cual está identificado este conflicto ante este Tribunal no cabe sino estimar que el estudio de esas condiciones es una cuestión de legalidad que se debe ponderar en la práctica, caso por caso”.<sup>116</sup>

Complementando lo anterior, otro considerando, indica que “Por ende, no resulta plausible en un ejercicio interpretativo abstracto adoptar un criterio que no sea claro en asumir la integridad de los cambios planteados puesto que "lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación" (artículo 23 del Código Civil)”.<sup>117</sup>

Como se puede observar, estos dos considerandos dan cuenta que el Tribunal Constitucional a propósito de los requerimientos efectuados, indica que no existe una afectación al principio de irretroactividad penal en términos abstractos, lo que no quiere decir es que en el caso concreto se pueda analizar y declarar la inconstitucionalidad de un determinado precepto legal respecto de un sujeto en un determinado contexto particular, vale decir, inaplicabilidad. Se agrega, además, que siempre va a depender del juez que analice los requisitos a aplicar determinar si estos son o no más beneficiosos, de esta forma lo que resulta desfavorable para una persona, puede no serlo para otro y viceversa.

Ahora bien, una manifestación concreta de la aplicación de la irretroactividad penal la encontramos a propósito de la interpretación del requisito de la colaboración al esclarecimiento del delito o confesión de su participación, respecto de los condenados por delitos de lesa humanidad.

En concreto el Tribunal Constitucional razonó que “la lógica que subyace a todo este pronunciamiento, tal y como se viene manifestando desde un comienzo, hemos concordado que tiene mayor valor, en el ejercicio de nuestra función y en este momento, admitir la constitucionalidad de la disposición contenida en el artículo 3° bis inciso segundo letra a), pero exhortando a todos y muy especialmente a las autoridades administrativas y judiciales, a aplicarla de manera tal que no importe contrariar la

---

<sup>116</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 22.

<sup>117</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 23.

Constitución, porque cuando el condenado intervino en la respectiva causa penal, lo hizo bajo la certeza que su colaboración o confesión podía ser considerada como atenuante, conforme al artículo 11 del Código Penal, decidiendo, en ejercicio de un juicio personal libre al respecto y sopesando, por ende, las consecuencias que su decisión tendría para la determinación de la pena, pero sin que pudiera suponer que ello acarrearía una segunda incidencia, con efecto directo en su derecho a la libertad personal, esta vez como circunstancia que condicionaría la procedencia de la libertad condicional".<sup>118</sup>

En este punto, no nos interesa la interpretación del requisito propiamente tal, sino que preguntarse ¿Por qué es inconstitucional exigir hoy que el condenado haya colaborado o confesado su participación en los hechos? Entendemos que se funda en la seguridad jurídica de la situación procesal del condenado, manifestado a través del principio de irretroactividad penal, por lo que si el condenado al momento de tener la posibilidad de colaborar o confesar, lo que se traduce en una atenuante, no tenía conocimiento que esa misma se le exigiría para optar en un futuro a la libertad condicional, ergo, no se le podría exigir en el presente.

De esta forma, el Tribunal Constitucional no indica que el requisito de la colaboración sea inconstitucional, lo que si asegura es que el condenado tenga la posibilidad de cumplirlo en el presente.

A continuación, y habiendo dado a conocer la postura del Tribunal Constitucional a propósito de la afectación del principio de irretroactividad, procedemos a sistematizar dos posturas, la negativa y positiva con los argumentos respectivas, para finalmente dar a conocer la nuestra.

#### **2.4 Tesis negativa**

Esta tesis postula que no existe una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal en lo dispuesto en el artículo 9 del DL 321, ergo, al momento de conceder la libertad condicional se debe atender a los requisitos vigentes al momento de la postulación.

Es posible fundar la posición en los siguientes argumentos:

---

<sup>118</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019, considerando 44.

## 1º Las Normas contenidas en la ley Nº 21.124 no son Derecho Penal

Sintéticamente, el Derecho Penal se ocupa del estudio de los elementos tendiente a determinar el delito y la pena o medida de seguridad, en cambio, las normas contenidas en ley Nº 21.124 no detentan tal naturaleza, pues actúan una vez determinada la pena, regulando la concesión de un beneficio carcelario, a fin de permitir el cumplimiento fuera del establecimiento penitenciario, precisamente sujeto a una autoridad administrativa como es el Delegado, a cargo de Gendarmería de Chile, quien en iguales términos, está a cargo de la postulación.

La importancia de la escisión, radica en que si bien el principio de irretroactividad legal se trata de un principio general del ordenamiento jurídico conforme lo dispuesto en el Código Civil <sup>119</sup>, adquiere una connotación diversa en sede penal, dada su consagración constitucional conforme lo dispuesto en el artículo 19 Nº 3 inciso 8 de la Constitución de la República. Ergo, sólo en el ejercicio del ius puniendi una ley retroactiva desfavorable entra en conflicto constitucional y se erige como un contra freno infranqueable al legislador.

Nuestra judicatura ha recurrido al argumento que se expone, a fin, de fundar sus resoluciones de acciones constitucionales de amparo, atribuyendo al cuerpo normativo la naturaleza de normas adjetivas y/o administrativas, respectivamente.

Atribuye naturaleza procesal, al cuerpo normativo de la ley Nº 21.124, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Punta Arenas al pronunciarse sobre al problema de los “Pre-informes” de los condenados, correspondiente al primer semestre de 2019.

En concreto razona: “se pide evaluar a los postulantes en virtud de la ley vigente al momento de la determinación de la condena, esto es según los requisitos del DL 321 antes de su modificación. Cuestión que no es posible de efectuar, en primer lugar, pues sería inmiscuirse en las facultades propias de la comisión y de los tribunales de conducta. Asimismo, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 5 y 9 de la ley 21.124, no se puede invocar a su favor el estatuto reglamentario anterior, ya que se trata de normas de carácter adjetivo, que rigen in actum, esto es a partir del 18 de enero de 2019. Además, no existe aún un acto que pueda irrogar una privación o amenaza en contra de

---

<sup>119</sup>Artículo 9 Código Civil “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

la libertad personal y seguridad individual de los internos representados en esta causa”.<sup>120</sup>

Por su parte, atribuye naturaleza administrativa al cuerpo normativo de la ley N° 21.124, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago al pronunciarse sobre los “Pre-informes” de los condenados, correspondiente al primer semestre de 2019.

En concreto razona “que habiendo entrado en vigencia dicha ley el día 18 de enero de 2019, no cabe duda que los requisitos exigibles a los penados para ser postulados al proceso de Marzo de 2019, son los que fijan la ley vigente a partir de esta fecha, descartándose en consecuencia toda posibilidad de aplicar la ley vigente al momento de la confección de la pre-nómina, ello resulta además concordante si se tiene presente que el Decreto Ley N° 321 que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas, se trata de una ley administrativa sobre la ejecución de la pena, de tal forma que rige in actum”.<sup>121</sup>

Con distinta ocasión, atribuye naturaleza administrativa al cuerpo normativo del DL 321, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, al pronunciarse sobre una de reforma (“agenda corta”) que, como tantas veces, aumento el tiempo de cumplimiento efectivo de la condena en razón al otorgamiento de la libertad condicional.

En concreto razona que “si bien esta Corte es de opinión que la decisión de conceder la libertad condicional es de naturaleza administrativa y, en consecuencia, no puede invocarse para su otorgamiento los principios propios de la ley penal como los de irretroactividad o de ley punitiva más favorable para el encausado que reciben aplicación en los pronunciamientos jurisdiccionales y no administrativos como el que se revisa, no puede soslayar, sin embargo, que el amparado dedujo en su oportunidad un recurso de protección en el que se estableció que el mínimo necesario de condena para poder optar

---

<sup>120</sup> Defensoría Penal Pública con Comisión de libertad condicional (2019): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol 10-2019, considerando 5. Primera Sala, integrada por los Ministros Sres. María Isabel Beatriz San Martín M., Víctor Stenger L. y Abogada Integrante Sonia Joanna Zuvanich. Confirmada por la Excelentísima Corte Suprema 25 abril 2019, causa Rol N° 10.581-2019. Pronunciada por los Sres. Ministros Hugo Dolmestch Urra, Lamberto Cisternas Rocha, Manuel Valderrama Rebolledo y los abogados integrantes Antonio Barra Rojas y Diego Munita Luco.

<sup>121</sup> Tapia Vega Edson con Centro de Detención Preventivo Santiago Sur (2019): Corte de Apelaciones, causa Rol 454-2019, Considerando 7. Séptima Sala, integrada por los Ministros Sres. Alejandro Rivera Muñoz, Bárbara Quintana Letelier (Interina) y por la Abogado Integrante señora Virginia Halpern Montecino.

al beneficio de libertad condicional es en este caso de 10 años, decisión jurisdiccional que corresponde respetar a favor del amparado".<sup>122</sup>

Como se ve, este es un coto *a prima facie* imposible de flanquear conforme al cual el principio de irretroactividad de la ley penal se sitúa fuera del ámbito de aplicación de la ley N° 21.124.

## 2º El principio de irretroactividad no se aplica al derecho penitenciario

En subsidio del argumento precedente, asumiendo que la ley 21.124 contemple normas derecho penal es dable asentar que el principio de irretroactividad de la ley penal no se aplica en el ámbito de la ejecución de la pena, sino que se limita a la determinación del delito y de la pena.

Esto, se funda en que, si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución Política es una garantía constitucional la irretroactividad de la ley penal, de su tenor literal y atendiendo a su espíritu, se limita solo a lo que dice relación con lo que tradicionalmente se conoce como derecho penal sustantivo.

En este marco, emerge lo predispuesto en el artículo 80 del Código Penal, el cual, si bien extiende el ámbito de aplicación del principio de legalidad, lo que se conoce en nuestro medio como derecho penitenciario, resulta que la norma predispuesta solo se remite al principio de legalidad y no al de irretroactividad de la ley penal.

De lo expuesto, resulta evidente que nuestro medio jurídico el principio de irretroactividad de la ley penal al ámbito de la ejecución de la pena tiene solo un rango legal, ergo, no es sino una manifestación de lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil y 18 del Código Penal. Como se comprenderá, aquí radica el *quid* del asunto, pues la cuestión no es la consagración formal de principio sino su rango o jerarquía.

Pues de lo expuesto, no coexiste un conflicto de supremacía constitucional de la ley 21.124, sino que ésta en su ámbito de especialidad deroga el artículo 80 del Código Penal, de igual rango.

---

<sup>122</sup>Herrera Jiménez Carlos con Comisión de Libertad Condicional (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 1092-2018, prevención. Cuarta Sala, integrada por los Ministros Sras. Adelita Ravanales Arriagada, Mireya Eugenia López Miranda y María Riesco Larraín. Considerando séptimo.

En tal sentido, los Ministros Sres. García, Hernández, Pozo y Silva emiten una prevención en la sentencia del Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-2018, por la cual señalan que “esta larga explicación sirva a objeto de identificar algunos criterios iniciales que pueden servir para la aplicación a casos específicos en el futuro, lo que requeriría un examen más profundo que el somero análisis de tendencias jurisprudenciales que vienen a identificar una separación entre pena y su período de ejecución. Por cierto, se abren matices en el examen de la identificación de la pena misma conforme a medidas posteriores que realice el legislador en su entorno normativo. Todo ello, tiende a ratificar la separación aludida pero a especificar la exigencia inicial de previsibilidad de la pena finalmente aplicable”.<sup>123</sup>

### 3º No se constituye en una ley más desfavorable

Consiste en afirmar que las normas del DL 321, reformado por la Ley 21.124, son derecho penal, pero que, no sería más desfavorable para el condenado atendiendo al caso concreto.

Lo favorable o desfavorable de un cuerpo normativo se determina a razón del estudio integral de aquel en relación a un caso concreto, de ello, es que la nueva institucionalidad no solo crea la figura del delegado que apoya al liberto, sino que reconoce como deber del Estado su resocialización, aspecto per se positivo para aquel.

Se puede adicionar a lo anterior un argumento de autoridad, como lo es la sentencia causa Rol 5677-2018 del Tribunal Constitucional en la cual al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 12 de la Ley 21.124 en ningún momento señala que la nueva ley sería más desfavorable en términos generales, sino que habría que analizar cada caso en particular, y en su caso, determinar si al condenado le beneficia más la nueva o antigua ley.

De esta forma, apunta al resolver que “cabe desestimar por los cuatro argumentos planteados la cuestión de irretroactividad identificada como una vulneración constitucional”<sup>124</sup>, siempre en vista, de la limitante de la acción de inaplicabilidad respecto

---

<sup>123</sup>Considerando 24 prevenciones sentencia TC.

<sup>124</sup>Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol 5677-18, 02 de enero 2019. Considerando trigésimo segundo.

de una norma que el Tribunal se ha pronunciado a favor de su constitucionalidad, cuestión que no es ni cercanamente meramente formal.

En definitiva, la libertad condicional es sólo una expectativa al momento de la condena, ergo, se ha de regir por los requisitos vigentes al momento de la postulación.

En este sentido es que se ha pronunciado la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol N° 1.485-2019, al resolver que “los requisitos o condiciones que la ley exige para optar a la libertad condicional deben ser aquellos vigentes al momento en que se pretende la concesión del beneficio, puesto que ese y no otro es el momento en que se evalúan su concurrencia”.<sup>125</sup>

## **2.5 Tesis positiva**

Esto supone entender que, si se exigen los requisitos vigentes al momento de la postulación de la libertad condicional, existiría una afectación al principio de irretroactividad cuando estos sean más desfavorables para el condenado, respecto de la época de condena o de acaecimiento del hecho constitutivo de delito.

Propugna, que los requisitos exigidos para postular a la libertad condicional deben ser los que se encuentren vigentes a la época de la dictación de sentencia de término o la época de acaecimiento del hecho constitutivo de delito, según el caso.

A continuación, se expondrán los argumentos en dicho sentido:

### **1º Es derecho penal**

Las disposiciones contenidas en la ley 21.124 son derecho penal por cuanto estamos frente a situaciones de personas condenadas por delitos y que se encuentran cumpliendo condenas de manera efectiva.

---

<sup>125</sup>González Martínez Máximo con Centro de Detención Preventiva Santiago Sur (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 5-2019, considerando 6. Primera Sala., integrada por los Ministros Sres. Leopoldo Andrés Llanos S., Jaime Balmaceda E. y Abogada Integrante María Cecilia Ramírez G. Confirmado por mayoría por la Excelentísima Corte Suprema, 17 de enero 2019, causa Rol 1.485-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Ministro Suplente Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Julio Edgardo Pallavicini M.



Se agrega a lo anterior que la jurisdicción, incluida la penal, contempla tres momentos, a saber, conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. En este último, (“de hacer ejecutar lo juzgado”) es que enmarcamos el derecho penitenciario, lo cual concuerda con la definición del mismo<sup>126</sup>, sin perjuicio, de las diversas denominaciones que se han dado al respecto, tales como, penología, ciencia penitenciaria, entre otras.

Ahora bien, el beneficio de la libertad condicional es una forma de cumplimiento de la condena, tal como dispone el artículo 1 del DL 321 al indicar que en un modo particular de cumplir la pena en libertad. Según lo dicho:

Se descarta que sea derecho procesal.

Si bien la ley 21.124 regula dentro de sus disposiciones plazo y cuestiones meramente formales, se puede afirmar que esta no es meramente procesal. Esto por cuanto, si consideramos que esta ley tiene como principal objetivo introducir un cambio en cuanto a los requisitos que deben cumplir los condenados por delitos comunes, y regular, además, por primera vez los requisitos a cumplir por parte de los condenados por delitos de lesa humanidad son todas cuestiones que inciden en el fondo del asunto. De esta forma, al regular los requisitos de obtención de un beneficio como modo de cumplimiento de la pena, es que sería derecho sustantivo y particularmente penal, descartando a su vez que dichas normas sean derecho procesal.

Asimismo, es dable descartar que sea derecho administrativo.

Al igual que lo señalado anteriormente, los requisitos que regulan la libertad condicional son del ámbito propio del derecho penal, todo lo cual, no obsta a reconocer que dentro del derecho penitenciario además de las normas penales perviven disposiciones de carácter administrativo, como las que regulan la distribución en módulos de los reclusos, distribución de los recursos de los establecimientos penales a cargo de Gendarmería de Chile, y por ende, dichas materias pasan a tener un carácter administrativo.

En este sentido, Oliver indica que “no parece problemático reconocer la naturaleza administrativa de las disposiciones relativas a la creación y conservación de

---

<sup>126</sup>Ver Capítulo I, N° 1, Aproximación desde los “beneficios penitenciarios”.

las cárceles, dado que ése es el carácter que tiene la normativa que regula similares actividades respecto de otros edificios en los que se realiza una función pública”.<sup>127</sup>

2º Aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en materia penitenciaria

Según lo dispuesto por esa teoría y como ya se expuso anteriormente la ley 21.124 sería derecho penal, por tanto, se aplicaría plenamente a su respecto el principio de irretroactividad penal.

Este principio, como se ha señalado precedentemente tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico a nivel convencional, internacional, constitucional y legal.

Ahora bien, es claro que en el derecho penal propiamente tal tiene aplicación el principio de irretroactividad, por lo que cabe preguntarse es si dicho principio tiene lugar en el derecho penitenciario.

Para dar respuesta a lo anterior es necesario hacer referencia a lo ya indicado en el capítulo I de este trabajo, cuando se señala que uno de los principios rectores del derecho penitenciario es el de legalidad, toda vez que este se constituye como una garantía para el condenado por lo que toda interpretación debe ser acorde a la ley. De esta forma, si el derecho penitenciario se rige por legalidad, se indica que también tendría aplicación la irretroactividad penal, toda vez, que el principio de legalidad se manifiesta mediante el principio de irretroactividad penal.

A lo anterior, se hace la salvedad, que el principio de irretroactividad penal se aplicaría solo a aquellas partes del derecho penitenciario que son derecho penal, tales como, la ejecución de la pena.

En este sentido, Oliver al referirse sobre el derecho penitenciario reconoce que este no es solo derecho penal, pues “en nuestra opinión, se trata de un cuerpo normativo dentro del cual es posible distinguir disposiciones de naturaleza penal, administrativa y procesal”.<sup>128</sup>

---

<sup>127</sup>OLIVER, Calderón Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago, Editorial Jurídica, 2007. p. 193.

<sup>128</sup>OLIVER Calderón Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales* (2011), p. 192.

Mata y Martín, propugnan que el “principio de legalidad en materia penal se incluye la llamada garantía ejecutiva. A las garantías criminales, penal y jurisdiccional se suma esta garantía penitenciaria o ejecutiva que se corresponde con ejecución de las condenas impuestas a los autores de hechos delictivos”<sup>129</sup>, y a reglón seguido añade que, “Si aplicamos al ámbito penitenciario las mismas garantías que son propias del general principio legalidad debe excluirse la aplicación retroactiva de las normas”.<sup>130</sup>

Otra norma legal, que es necesario traer a la vista regla “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto”<sup>131</sup>. Lo anterior es una aplicación del principio de legalidad en el derecho penitenciario, pero específicamente en el momento de la ejecución de la pena, por lo que su aplicación nos da a entender que también tiene aplicación el principio de irretroactividad penal.

### 3º Manifestaciones del carácter “más desfavorable”

Aquí, pretendemos dejar en evidencia que en determinadas situaciones la ley Nº 21.124 es más perjudicial para el condenado que el estatuto precedente, ergo, existiría una afectación al principio de irretroactividad haciendo imposible su aplicación, debiendo de esta forma aplicarse la ley vigente al momento de la sentencia de término o el hecho, según el caso.

Estas manifestaciones pueden ser analizadas en dos grupos, generales y particulares.

Por manifestaciones generales, entendemos que son aquellas que se aplican respecto de delitos comunes. De esta forma, es que podemos señalar que la ley 21.124 es más desfavorable, ya que su normativa, primero, respecto de determinados delitos tales como secuestro, secuestro calificado, femicidio, violación propia y homicidio de integrantes del Cuerpo de Bomberos de Chile<sup>132</sup>, aumenta la pena efectiva a cumplir

---

<sup>129</sup>Ricardo M. Mata y Martín, El principio de legalidad en el ámbito penitenciario, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2011), p. 254.

<sup>130</sup> Ricardo M. Mata y Martín, El principio de legalidad en el ámbito penitenciario, Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV (2011), p. 288.

<sup>131</sup>Artículo 80 Código Penal.

<sup>132</sup>Artículo 3 inciso 3 del DL321.

para acceder al beneficio de la libertad condicional, la cual, muta desde la aplicación de la regla general al necesario cumplimiento de 2/3 de la pena en forma efectiva.

Segundo, otra modificación en contra del condenado, dice relación con la eliminación del artículo 5 de la ley 19.856 relativa a la creación de un sistema de reinserción social de los condenados sobre la base de una buena conducta. Esta norma, sostenía que los condenados con comportamiento sobresaliente se encontraban facultados para postular a la libertad condicional en el semestre anterior al que le hubiese correspondido.<sup>133</sup> Con su eliminación, los condenados tendrán que necesariamente cumplir con los requisitos de la nueva legislación, con sus tiempos y formas establecidas.

Una tercera manifestación, se afianza en el artículo 2 N° 2 del DL 321, modificado por la ley 21.124, mediante la cual, se aumenta el número de conductas intachables del condenado, las cuales deben ser muy buenas en los cuatro bimestres anteriores a la postulación, siendo que antes era solo los tres bimestres anteriores, quedando está reservada solo para las penas que no excedan de 541 días.

Ahora bien, en cuanto a las denominadas manifestaciones particulares, son aquellas que se aplican respecto de ciertos delitos, como los de lesa humanidad, incluidos en el artículo 3 bis del DL 321.

Respecto de esta clase de delitos se exige para optar a la libertad condicional además de los requisitos generales, cumplir con dos tercios de la pena, salvo los condenados a presidio perpetuo que deben cumplir 10 o 20 años según sea el caso. Por otro lado, se debe acreditar la circunstancia de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación del mismo o bien haber aportado antecedentes serios y efectivos respecto de los que tenga conocimiento, en otras causas de igual naturaleza.

Ahora bien, antes de la entrada en vigencia de la ley 21.124 era discutido si procedía o no la libertad condicional respecto de los condenados por delitos de lesa

---

<sup>133</sup> Artículo 5 de la ley 19.856 (derogado por la ley 21.124) "Efecto de comportamiento sobresaliente en libertad condicional. La demostración de comportamiento sobresaliente durante el tiempo de cumplimiento efectivo de una pena privativa de libertad, en los términos de la presente ley, será considerada como antecedente calificado para la obtención de libertad condicional. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, quienes hubieren demostrado el comportamiento a que alude el inciso precedente, estarán habilitados para postular al régimen de libertad condicional en el semestre anterior a aquel en que les hubiere correspondido hacerlo conforme al decreto ley N° 321, de 1925, y su reglamento".

humanidad, sin embargo, también es cierto que dicho beneficio en determinadas situaciones igualmente era concedido exigiendo a su respecto los mismos requisitos que para los delitos comunes. Por tanto, si antes se le exigían requisitos comunes y hoy en día existe una serie de nuevos requisitos a cumplir es que se puede afirmar que desde ese punto de vista la nueva normativa respecto de los delitos de lesa humanidad sería más desfavorable para ese tipo de condenados.

### **3.-Nuestra postura frente al problema de irretroactividad de la ley 21.124**

#### **3.1 Posición: Tesis positiva, atendiendo al tiempo de la condena de término y al caso concreto**

Adscribimos, a la denominada tesis positiva por lo cual el principio de irretroactividad de la ley penal tiene directa aplicación en materia de ejecución de pena, ergo, a la libertad condicional.

De ello, que resulta indispensable analizar la ley N° 21.124, bajo el tamiz del principio constitucional precitado, lo cual, sin afán de caer en casuística, supone estudiar el caso concreto.

Sobre el particular, nos remitimos a fin de fundar la postura antedicha, a lo ya expresado al exponer la tesis positiva, sin perjuicio de lo que se dirá.

#### **3.2 Fundamentos**

a) La ley 21.124 es derecho penal

En doctrina, el derecho penal objetivo en sentido restringido se entiende como “el conjunto de normas jurídicas (derecho positivo) que tiene como cometido describir los hechos susceptibles de punición –trátese de mandatos o de prohibiciones- e indicar cuales son las consecuencias jurídicas que se les pueden imponer a sus transgresores (las penas o las medidas de seguridad), noción denominada como estática o formal”<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup>Velásquez Fernando, Derecho Penal, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2009, p. 221.

En cambio, en un sentido amplio se entiende como “todas las disposiciones que contengan la materia penal en los diversos ámbitos (sustantivo, procesal o de ejecución penal)”<sup>135</sup>.

Como se comprenderá, aquí, radica el *quid* de la discusión, esto es, determinar el ámbito de aplicación de las garantías procesales – penales, particularmente, el principio de irretroactividad de la ley penal en vista a la reforma al estatuto de la libertad condicional, conforme a la ley N° 21.124, entendido como parte integrante del Derecho Penitenciario.

Cabe prevenir, que este no es un asunto meramente terminológico o conceptual.

Esto supone entender que la ley N° 21.124, que introduce una reforma al estatuto de la libertad condicional, integra a su vez el denominado derecho penitenciario, a razón, que se erige ésta en una forma de cumplimiento de la pena, alternativa a la privación de libertad.

Ahora bien, entendemos que la libertad condicional más allá de ser un beneficio, es claramente una forma de cumplimiento de la condena en libertad, por lo cual se integra a la determinación judicial de la pena. Lo que antecede es tal, que la función de su determinación queda sujeta a un órgano jurisdiccional, denominada Comisión de Libertad Condicional, que funciona semestralmente y está compuesta única y exclusivamente por jueces de la República en comisión de servicios.<sup>136</sup> En este punto, la precaria institucionalidad, carencia de jueces de ejecución propiamente tal<sup>137</sup>, no se traduce en que su función no sea jurisdiccional y la razón es sencilla, por cuanto se está determinando elementos de la forma de cumplimiento de la condena, donde uno de los insumos es el Informe Técnico de Gendarmería de Chile, el cual manifiestamente no es vinculante.

Concordamos, con Iglesia Rio, quien señala que “cualquier decisión judicial que afecte al régimen de ejecución penitenciaria se enmarca en el ámbito de la llamada individualización judicial de la pena, y los criterios de su determinación deben justificarse

---

<sup>135</sup>Ibid, p. 222.

<sup>136</sup> Artículo 4 del DL 321, posterior a la modificación de la ley 21.124.

<sup>137</sup>Artículo 113 Código Orgánico de Tribunales “No obstante, la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad previstas en la ley procesal penal será de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal”

conforme a criterios materiales y no meramente procesales, especialmente porque resulta indudable que está afectado el derecho fundamental a la libertad”.<sup>138</sup>

b) El principio de irretroactividad si se aplica a la ejecución de la pena

Primero, para justificar lo anterior es necesaria efectuar una relación, a saber, la ejecución de la pena es parte del derecho penitenciario, el cual forma parte del derecho penal. Como en el derecho penal se aplica el principio de irretroactividad penal debemos entender que, en el derecho penitenciario por ser parte de este, también de debe aplicar dicho principio.

Segundo, tal como ya se fundó, el principio de legalidad es un principio rector del derecho penitenciario, y la irretroactividad penal es una manifestación de aquel, en una relación de género a especie.

Y, tercero, podemos indicar que la libertad condicional al ser una forma de cumplimiento de la condena forma parte integrante de la determinación de judicial de la pena. Ergo, tiene raigambre constitucional el tantas veces citado artículo 19 N° 3 inciso 8 de la Constitución política de la República, el principio de irretroactividad penal respecto de la libertad constitucional, por cuanto esta se ubica en el núcleo del derecho penal sustantivo, esto es, la determinación de la pena.

En otras palabras, la libertad condicional difiere de la situación de las medidas disciplinarias, ya que, si bien ambas son formalmente derecho penitenciario, estas últimas no se sitúan medianamente cercanas al hecho, así como, a la determinación de la pena. Es por ello que la sola determinación de la libertad condicional pasada años desde la determinación de la pena propiamente tal no puede llegar a desconocer los puntos de congruencia entre ambos, ergo la aplicación del principio de irretroactividad penal.

c) Manifestaciones del carácter “más desfavorable”

---

<sup>138</sup>Iglesias Río Miguel Ángel, Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal a propósito de las últimas reformas del Código Penal, Revista jurídica de Castilla y León, ISSN 1696-6759, N°. 6, 2005, p. 38.

En concreto, la ley 21.124 puede llegar a ser más desfavorable para el penado a razón de su situación particular atendiendo a la no concurrencia de una exigencia legal conforme a la ley, que no le resultaba exigible al momento de la condena. En este punto nos remitimos a las manifestaciones de exigencias más desfavorables del penado conforme a lo analizado a la luz de la tesis positiva.<sup>139</sup>

### **3.3 Propuesta de solución**

Habiendo adoptado la llamada tesis positiva, la cual supone que el principio de irretroactividad de la ley penal tiene injerencia en la aplicación de la ley 21.124 y a fin de responder la hipótesis planteada en torno a dicha injerencia del principio de irretroactividad en el ámbito de aplicación temporal de la ley 21.124, resulta dable plantear las siguientes distinciones:

a) En términos abstracto, atendiendo a la comprensión del principio de legalidad, resulta que la determinación de lo favorable o desfavorable de una nueva ley supone atender a las circunstancias concretas a razón de la determinación del sentido y alcance de las exigencias legales, ergo, no es dable sostener la inconstitucionalidad de la ley 21.124.

b) En términos concretos, puede resultar más desfavorable según la concurrencia, o no, de las exigencias del condenado conforme a la nueva ley, aunado, a la interpretación de la judicatura de los requisitos exigidos. En otras palabras, hay que atender al caso a caso.

Ahora bien, entenderíamos que esta obra sería incompleta resolviendo el problema, sin dar una solución.

Aquí, conviene determinar los efectos y alcances de la confirmación de la hipótesis planteada, pues, de mediar una afectación al principio de irretroactividad de la ley penal, cabe cuestionarse que estatuto normativo sería aplicable para los condenados que pretender optar a beneficio de la libertad condicional.

---

<sup>139</sup> Véase, Supra Capítulo II, 2.5 N° 3.



Como se comprenderá, adquiere interés la máxima por el cual no se puede homologar la ley penal vigente a la ley penal aplicable por lo que cabe distinguir:

a) Si la ley 21.124 no es más desfavorable para el condenado, se debe aplicar dicha ley.

b) Si la ley 21.124 es más desfavorable, esta no se puede aplicar en virtud del principio de irretroactividad penal y nos debemos remitir a la ley vigente al momento de la dictación de la condena.

c) Proscripción de la ley media. En ningún caso es dable al juez fundir exigencias normativas exigidas en la Ley 21.124 con otras contenidas en un cuerpo normativo que regle la libertad condicional previo a su entrada en vigencia, en otras palabras, normas contenidas en el DL 321 previo y posterior al 18 de enero de 2019, por cuanto aquello supondría que aquel operador jurídico se estaría atribuyendo funciones legislativas, quebrantando el estado de derecho.

Acorde a lo anterior, podemos señalar tres casos para graficar cada una de las soluciones.

Respecto de la letra A. Un condenado X en el año 2015, que actualmente cumple con el tiempo mínimo exigido para optar a la libertad condicional, tiene 4 bimestres de buena conducta, pero, no sabe leer ni escribir y tampoco aprendió un arte u oficio.

Dicho condenado postula a la libertad condicional el 20 de enero de 2019, conforme el DL 321 de 1925, sin reforma, este rematado no cumpliría con la totalidad de los requisitos, pero bajo la nueva Ley 21.124 al eliminar el requisito de saber leer o escribir, o aprender un oficio, estaría en condiciones de postular a la libertad condicional. Como se puede ver, en este caso la Ley 21.124 le resulta más beneficiosa al condenado, por lo que se debe aplicar dicha ley al momento de determinar si procede o no la libertad condicional, debiendo darse lugar a ella.

Respecto de la letra B. Un condenado Y en el año 2015, que actualmente cumple con el tiempo mínimo exigido para optar a la libertad condicional, tiene 3 bimestres de buena conducta, sabe leer y escribir, aprendiendo además un arte u oficio.

Dicho condenado postula a la libertad condicional el 20 de enero de 2019, conforme el DL 321 de 1925, sin reforma, este condenado cumpliría con la totalidad de los requisitos, pero con la nueva Ley 21.124 al exigir 4 bimestres de buena conducta, ya no los cumpliría.

En este caso la Ley 21.124 resulta ser más perjudicial para el condenado, por lo que no es posible su aplicación, debiendo, por tanto, aplicar el DL 321 de 1925 sin reforma, con la cual se le debería conceder la libertad condicional.

Respecto de la letra C. Un condenado Z en el año 2015, que actualmente cumple con el tiempo mínimo exigido para optar a la libertad condicional, tiene 3 bimestres de buena conducta, pero, no sabe leer ni escribir, y tampoco aprendió un arte u oficio.

Dicho condenado postula a la libertad condicional el 20 de enero de 2019 con la intención de optar a la libertad condicional y no se le exija el requisito de saber leer y escribir.

En este caso, no es posible que al condenado se le aplique la antigua o la nueva ley solo en aquello que le resulta favorable, ya que, como se dijo, daría lugar a la creación de una nueva ley, lo cual no forma parte de las atribuciones del juez.

Como se puede ver, el condenado Z, en esta situación no cumple con los requisitos de la antigua ni la nueva ley, por lo que no se le podrá conceder a la libertad condicional.

## CONCLUSIONES

1. Previo a la reforma de la ley 21.124, la libertad condicional era un derecho beneficioso y no un mero acto gracioso del Estado, por lo que no estaba ajeno al control jurisdiccional, ergo, al imperio del Estado social y democrático de derecho. En contrapartida, bajo la vigencia de la ley N° 21.124, formalmente la libertad condicional es un beneficio lo que no obsta a la tutela judicial efectiva, en aras de proscribir la arbitrariedad cumplida las exigencias de procedencia.

2. El fundamento de la libertad condicional es único: la reinserción social, ajeno al marco normativo legal vigente. El instituto, debe ser explicado conforme a la teoría de la pena desde un paradigma relativo - preventivo, siempre en vista que este debiera ser el último eslabón de una cadena hacia la libertad del condenado, a fin de arribar, a una reintegración gradual a la vida post privación de libertad.

3. La ley N° 21.124 constituye un cambio de paradigma en el tratamiento de los condenados y especialmente de los libertos por el cual se centra la rehabilitación como motor de la reinserción con una mirada al futuro y no limitada a la buena conducta carcelaria. A su respecto, crea la figura del delegado de libertad condicional, da sustantividad al informe psicosocial con mirada en una prognosis de reinserción y reconoce como deber del Estado a la rehabilitación.

4. El principio de irretroactividad penal se erige como una manifestación del principio de legalidad que tiene aplicación en materia de ejecución penal, ergo, en el beneficio de la libertad condicional, por cuanto ambos integran el derecho penal en sentido amplio, y están sujetos, a la denominada en doctrina garantía de ejecución.

5. Atendiendo al caso concreto, la ley N° 21.124 podrá ser más desfavorable para el condenado, por lo que debemos entender que los requisitos a exigir a su respecto, serán los que se encuentren vigentes al momento de la dictación de la sentencia de término, de lo contrario, constituiría una manifiesta afectación al principio de irretroactividad de la ley penal.

6. En nuestro medio, resuelta impropio homologar ley vigente a ley aplicable en materia de ejecución penal. En consecuencia, el estudio del instituto de la libertad condicional en Chile no se limita al análisis de la ley N° 21.124, sino que supone una mirada holista, atendiendo el ámbito de aplicación temporal de la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

1. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, pp. 607.
2. BASCUÑAN Rodríguez, Antonio, *La aplicación de la ley penal derogada*, Revista del abogado, N° 17, 1999, s/p.
3. Bullemore Vivian y Mackinnon Jhon, Curso de Derecho Penal, Legalpublishing, 2º edición, Parte General. Tomo I.
4. CID, José y TEBAR, Beatriz. Libertad condicional y delincuentes de alto riesgo. *Revista Española de investigación criminológica* (8): 1-20, 2010.
5. CURY Urzúa, Enrique. *Derecho penal: parte general*. 10º edición, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2011, Pontificia Universidad Católica de Chile.
6. DE ARAUJO ALVES, Jaiza. La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo, en Revista Escuela de Postgrado Universidad de Chile, N° 9, 2017, pp.62-90.
7. DE CASADEVANTE, Carlos. Las víctimas y el derecho internacional. Anuario Español de derecho internacional (25): 3-66, 2009.
8. DE RIVACOBA Y RIBACOBA, Manuel. *Función y aplicación de la pena*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 1993.
9. DURÁN MIGLIARDI, Mario. Teorías absolutas de la pena: Orígenes y fundamento, Revista de filosofía, Vol. 67, pp.124-144.
10. ERICES, Ester. La libertad condicional de personas penadas por delitos de terrorismo. Revista de pensamiento e historia, (47): 50-57, 2014.
11. ESPINOZA, Olga. *Apartados "Estudio Jurídico. Chile"*. En su: Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. Madrid España, Programa EUROsocial c/ Beatriz de Bobadilla, 2014.
12. ETCHEBERRY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, 3era edición, t. 1, Editorial Jurídica, 1999, pp. 1-361.
13. FERNÁNDEZ, Karinna. Libertad condicional de los condenados por graves violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional de los derechos humanos [en línea]. Marzo 2017 <[http://www.londres38.cl/1937/articles-100980\\_recurso\\_1.pdf](http://www.londres38.cl/1937/articles-100980_recurso_1.pdf)> [consulta: 01 de enero de 2019]
14. FIGUEROA, Ulda Omar. La libertad condicional como mecanismo de prevención del delito y promotor de la reinserción social: Propuestas para una reforma basada en evidencia. *Derecho y Justicia*. (6): 9-28, 2016.
15. FONCEA, María. Revisión del instituto de libertad condicional. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (15): 459-473, 1994.
16. GARCIA-PABLOS, Antonio. La supuesta función resocializadora del Derecho penal: utopía, mito y eufemismo. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. (32): 645-700, 1979.
17. GARRIDO Montt, Mario. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Santiago. Editorial Jurídica, 2007: 1-434.
18. GARZÓN, Adela. *Reincidencia y libertad condicional*. Estudios penales y criminológicos (7): 177-198, 1983.

19. GASCON, Marina. *Prueba científica. Sobrevaloraciones y paradigmas*. En: VASQUEZ, Carmen (dir). *Estándares de prueba y prueba científica*. España, Marcial Pons, 2013. 181-185.
20. GASCÓN, Marina. *Prueba científica: un mapa de retos*. En: VASQUEZ, Carmen (dir.). *Estándares de prueba y prueba científica*. España, Marcial Pons, 2013, p. 185.
21. Iglesias Río Miguel Ángel, *Algunas reflexiones sobre retro-irretroactividad de la ley penal a propósito de las últimas reformas del Código Penal*, *Revista jurídica de Castilla y León*, ISSN 1696-6759, N°. 6, 2005, 13-55.
22. Informe Comisión Mixta recaída en el Boletín N° 10.696-07 que modifica el DL 321, 14 de octubre de 2018.
23. KALINSKY, Beatriz. *El instituto jurídico de la "libertad condicional". Un análisis conceptual*, (5): 1-24, 2011.
24. KUNSEMUELLER, Carlos. *La judicialización de la Ejecución Penal*, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (25): 113-123, 2005.
25. LIZAMA, Felipe. *El recurso de amparo y otorgamiento de libertad condicional en la jurisprudencia reciente del a Excelentísima Corte Suprema*. *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, (12): 43-70, 2018.
26. MAPELLI, Borja. *Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios*. *Revista Doctrina y Jurisprudencia Penal*, 6(25): 1-8, 2016.
27. Mata y Martín Ricardo M., *El principio de legalidad en el ámbito penitenciario*, *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá IV* (2011), p. 253-293.
28. MIR Puig, Santiago. *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*. 2ª Edición. Barcelona, Editorial Casa S.A, 1-108, 1982.
29. MORALES, Ana. *Redescubriendo la Libertad Condicional*. *Revista Razonamiento Penal* (2): 1-21, 2012.
30. MORALES, Ana. *Una propuesta de modelo integral de reinserción social para infractores de Ley* [en línea] julio 2018. <[https://www.cesc.uchile.cl/Modelo\\_ReinsercionSocial\\_CESC\\_FPC.pdf](https://www.cesc.uchile.cl/Modelo_ReinsercionSocial_CESC_FPC.pdf)> [Consulta: 30 enero 2019]
31. MORALES, Ana. *Una propuesta de modelo integral de reinserción social para infractores de Ley* [en línea] julio 2018. <[https://www.cesc.uchile.cl/Modelo\\_ReinsercionSocial\\_CESC\\_FPC.pdf](https://www.cesc.uchile.cl/Modelo_ReinsercionSocial_CESC_FPC.pdf)> [Consulta: 30 enero 2019]: 1-239.
32. MUÑOZ Conde, Fernando. *La prisión como problema: resocialización versus desocialización*. Santiago, Fundación Universitaria de Jerez, 89-118, 1985.
33. NAQUIRA, Jaime. *Principios y penas en el derecho penal chileno*. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*: 1-71, 2008.
34. NASH Claudio, MILOS Catalina y AGUILÓ Pedro. *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: Análisis y propuestas desde una perspectiva de Derechos Humanos*. Santiago, Centro De Derechos Humanos: Unión Europea: INDH, 2013, pp. 199.
35. OLIVER Calderón Guillermo, *El fundamento del principio de irretroactividad de la ley penal*, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XXI* (Valparaíso, Chile, 2000) 95-108.
36. OLIVER Calderón Guillermo. *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago, Editorial Jurídica, 2007. pp.1-544.
37. POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2º edición. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2003, pp.

- 613.
38. POLITOF Sergio, MATUS Jean y RAMIREZ María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General*. 2ª edición. Santiago, Chile: Jurídica de Chile, 2004, pp. 613.
  39. RIVERA V y VEDOYA S. Reincidencia en cifras: hay delincuentes que suman más de 120 detenciones [en línea] 11 junio 2018. <<https://www.latercera.com/nacional/noticia/reincidencia-cifras-delincuentes-suman-mas-120-detenciones/200605/>> [Consulta: 30 enero 2019]
  40. ROCHOW, Diego. Recurso de protección. *Revista de Ciencias Penales*, 18(4): 1-5, 2016.
  41. ROXIN Claus, *Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y la estructura de la teoría del delito*, trad. Luzón Peña, Civitas, España, 1997, Tomo I, pp. 1- 1072.
  42. RUIZ Anton, Luis. El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y la jurisprudencia. Ponencia presentada en las primeras jornadas de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, marzo 1986, pp.147-167.
  43. SEPÚLVEDA Crerar, Eduardo y SEPÚLVEDA, Paulina. A 83 años del establecimiento de la libertad condicional en Chile: ¿Un beneficio desaprovechado? *Revista de estudios criminológicos y penitenciarios* (13): 85-112, 2008.
  44. SOTO, Eduardo. De Veleidades Supremas. *Gaceta Jurídica* (436): 7, 2017.
  45. Velásquez Fernando, *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2009.

#### Normas

1. Constitución Política de la República de Chile.
2. Convención Interamericana de Derechos Humanos.
3. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
4. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. Reglas Nelson Mandela. 2015.
5. Código Penal.
6. Código Procesal Penal.
7. Decreto 518. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios. Santiago, Chile, 21 de agosto de 1998.
8. Decreto Ley 321. Establece la libertad condicional para los penados. Santiago, Chile, 12 de marzo de 1925.
9. Decreto Ley 321. Establece la libertad condicional para los penados, modificado ley N° 21.124. Santiago, Chile, 18 de enero de 2019.
10. Decreto 2442. Fija el texto del reglamento de la ley de libertad condicional. Santiago, Chile, 26 de noviembre de 1926.
11. Ley 19.856.

#### Jurisprudencia

1. Castro Pinto Luis contra Comisión de Libertad Condicional (2019): Corte Suprema, 27 de mayo de 2019, causa Rol 13.827-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O. y Abogado Integrante Ricardo Alfredo Abuauad D.

2. Defensoría Penal Pública con Comisión de libertad condicional (2019): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, causa Rol 10-2019. Primera Sala, integrada por los Ministros Sres. María Isabel Beatriz San Martín M., Víctor Stenger L. y Abogada Integrante Sonia Joanna Zuvanich. Confirmada por la Excelentísima Corte Suprema 25 abril 2019, causa Rol N° 10.581-2019. Pronunciada por los Sres. Ministros Hugo Dolmestch Urrea, Lamberto Cisternas Rocha, Manuel Valderrama Rebolledo y los abogados integrantes Antonio Barra Rojas y Diego Munita Luco.
3. Fernández Espinoza Santiago con Comisión de Libertad Condicional (2019): Corte Suprema, 17 enero de 2019, causa Rol 1.482-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Ministro Suplente Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Julio Edgardo Pallavicini M.
4. González Martínez Máximo con Centro de Detención Preventiva Santiago Sur (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 5-2019. Primera Sala., integrada por los Ministros Sres. Leopoldo Andrés Llanos S., Jaime Balmaceda E. y Abogada Integrante María Cecilia Ramírez G. Confirmado por mayoría por la Excelentísima Corte Suprema, 17 de enero 2019, causa Rol 1.485-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Ministro Suplente Rodrigo Biel M. y Abogado Integrante Julio Edgardo Pallavicini M.
5. *Guillermo González Betancourt contra Comisión de Libertad Condicional* (2015): Corte Suprema, 21 de septiembre 2015, causa Rol N° 14.265-2015. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C., Lamberto Cisternas R. y los abogados integrantes Sres. Jean Pierre Matus A. y Jaime Rodríguez E.
6. Herrera Jiménez Carlos con Comisión de Libertad Condicional (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol 1092-2018, prevención. Cuarta Sala, integrada por los Ministros Sras. Adelita Ravanales Arriagada, Mireya Eugenia López Miranda y María Riesco Larraín.
7. Osses Novoa Jorge con Comisión de Libertad Condicional Corte de Apelaciones (2019): Corte de Apelaciones de Santiago, causa Rol13-2019. Octava Sala., integrada por los Ministros Sres. Marisol Andrea Rojas M. Gloria María Solís R. y Abogado Integrante Rodrigo Asenjo Z.
8. *Ramírez Sáez Miguel Ángel contra Comisión de Libertad Condicional región de Tarapacá* (2016): Corte Suprema, 25 de febrero 2016, causa Rol 13.821-2016. Segunda Sala de febrero, integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Sergio Muñoz G., Sras. María Eugenia Sandoval G., Gloria Ana Chevesich R. y Sr. Carlos Aránguiz Z.
9. *Requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados, que representan más de la cuarta parte de los miembros en ejercicio, respecto del "artículo 3 bis, contenido en el artículo primero cinco", del proyecto de ley que sustituye el decreto ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados, correspondiente al boletín N° 10.696-07* (2019): Tribunal Constitucional, 02 de enero 2019, causa Rol 5677-18.
10. *Retamal Bustos Moisés contra comisión de libertad condicional* (2018): Corte de Apelaciones de Santiago, 20 de julio 2018, causa Rol 1574-2018. Primera Sala, integrada por los Ministros Sres. Leopoldo Andrés Llanos S., Jaime Balmaceda E., Juan Antonio Poblete M.

11. *Reyes Arenas Patricio Alejandro contra comisión libertad condicional* (2019): Corte Suprema 20 junio 2019, causa Rol 16301-2019.
12. *Rubio Basaure Juan con Comisión de Libertad Condicional* (2019): Corte Suprema, 11 de febrero de 2019, causa Rol 3586-2019. Segunda Sala, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O.
13. Sentencia Tribunal Constitucional, causa Rol N° 5.677-18, fecha 02 de enero 2019.
14. *Sepúlveda Valdebenito Natalia contra comisión de libertad condicional* (2016): Corte Suprema, 21 de julio 2016, causa Rol 843-2016. Tercera Sala Constitucional, integrada por los Ministros Sres. Pedro Pierry A., Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G., Carlos Aránguiz Z., y Manuel Valderrama R.
15. *Sepúlveda Valdebenito Natalia contra comisión de libertad condicional* (2016): Corte Suprema, 21 de julio 2016, causa Rol 843-2016. Tercera Sala Constitucional, integrada por los Ministros Sres. Pedro Pierry A., Rosa Egnem S., María Eugenia Sandoval G., Carlos Aránguiz Z., y Manuel Valderrama R.
16. *Soto Segura Gamaliel contra comisión de libertad condicional* (2018): Corte Suprema, 30 de julio 2018, causa Rol 16.817-2018. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Manuel Valderrama R., y los Abogados Integrantes Sres. Ricardo Abuauad D., y Antonio Barra R.
17. *Tapia Vega Edson con Centro de Detención Preventivo Santiago Sur* (2019): Corte de Apelaciones, causa Rol 454-2019. Séptima Sala, integrada por los Ministros Sres. Alejandro Rivera Muñoz, Bárbara Quintana Letelier (Interina) y por la Abogado Integrante señora Virginia Halpern Montecino.
18. *Ureta Iglesias Carlos con Comisión de Libertad Condicional* (2019): Corte Suprema, 31 de enero 2019, causa Rol 2.592-2019. Segunda Sala Penal, integrada por los Ministros Sres. Hugo Enrique Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Lamberto Cisternas R., Manuel Antonio Valderrama R., Jorge Dahm O.

#### Otros

1. Proyecto de ley Boletín N° 10.696-07, moción Senado. Santiago, Chile, 18 de mayo de 2016.
2. Proyecto de ley Boletín N° 10.696-07, moción Senado, 18 de mayo de 2016. Modificado 21 de mayo 21 de noviembre de 2018.
3. Proyecto de ley Boletín N° 12.037-07, moción Senado. Santiago, Chile, 22 de agosto de 2018.
4. Proyecto de ley Boletín N° 12.010-07, moción cámara de Diputados. Santiago, Chile, 8 de agosto de 2018.
5. Proyecto de ley Boletín N° 10.681-25, mensaje cámara de Diputados. Santiago, Chile, 17 de mayo de 2016.
6. Proyecto de ley Boletín N° 10.654-07, moción cámara de Diputados. Santiago, Chile, 5 de mayo de 2016
7. Historia Fidedigna de la Ley 21.124 boletín 10.696-07 publicada el 18 de enero de 2019. 386 pp. [En línea]<[https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file\\_ley/7616/HLD\\_7616\\_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf](https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7616/HLD_7616_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf)> [consulta: 31 de enero de 2019].