

Informe aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 26 de julio de 2021 - Sesión Ordinaria N° 618.

1. PRESENTACIÓN

En enero de 2019 se publicó la Ley N° 21.124, que introduce modificaciones al Decreto Ley N° 321 sobre Libertad Condicional, algunas de las cuales han generado diversas críticas, acciones judiciales y movilizaciones por parte de la población penitenciaria.

Este Decreto Ley que data de 1925, había sido modificado poco antes mediante la Ley N° 20.587 de junio de 2012¹. Mientras la modificación de 2012 -originada en el Mensaje 622-358 del Presidente Piñera- tenía en cuenta la baja cantidad de libertades condicionales que se estaban aplicando y pretendía revertir esa tendencia impulsando el uso de este beneficio penitenciario, la Ley N° 21.124 -originada en el Boletín N° 10.696-07 de 2016, moción de los Honorables Senadores Pedro Araya, Alberto Espina, Felipe Harboe y Hernán Larraín-, reacciona a su vez en contra de la tendencia al aumento en la concesión de libertades condicionales que se había producido a partir de la reforma anterior, buscando el efecto contrario.

Los aspectos de la modificación implementada por la Ley N° 21.124 que han generado más críticas en la población penitenciaria son, por un lado, la definición de libertad condicional como “beneficio” y no como “derecho”, señalado en el DL original, y por otro, el problema de la aplicación retroactiva de los nuevos requisitos que se contemplan, que según el nuevo artículo 9, “son aquellos que se exigen al momento de la postulación”.

El año 2016 el Consejo del INDH aprobó una minuta legislativa sobre el proyecto de ley contenido en el Boletín 10.696-07². Este nuevo informe tiene por objetivo actualizar dicho análisis cinco años después, a la luz de la ley finalmente aprobada (N° 21.124) y de sus principales efectos desde el punto de vista de las garantías penales y estándares aplicables en materia de derechos humanos.

¹ Además de una reforma puntual en el año 2014, mediante la Ley N° 20.770, conocida como “Ley Emilia”, que modifica la Ley del Tránsito (18.290).

² Informe sobre el proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las y los penados. Boletín N° 10.696-07. Aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2016 – Sesión N° 320.

2. LA LIBERTAD CONDICIONAL COMO INSTITUCIÓN Y SU REGULACIÓN EN CHILE

La institución conocida como “libertad condicional” surge como resultado de los movimientos de reforma penitenciaria de los siglos XVIII y XIX, en aplicación del llamado “sistema progresivo”, que propiciaba el paso gradual desde el encierro total a una libertad anticipada en los casos en que reclusos y reclusas mostraran buena conducta, evolucionando así el sistema de penas desde una concepción meramente retributiva a nuevas consideraciones basadas en una finalidad de prevención.

La institución de la libertad condicional fue implementada por Alexander Maconochie en Australia a partir de 1840, y luego adoptada en Gran Bretaña y Estados Unidos³.

En Chile fue introducida por el Decreto-Lei N° 321, de 10 de marzo de 1925, dictado por la Junta de Gobierno presidida por Emilio Bello e integrada por el general Pedro Dartnell y el Almirante Carlos Ward⁴. Tres años después, durante el gobierno *de facto* de Ibañez, se dicta el Reglamento Carcelario (Decreto N° 805 del Ministerio de Justicia, publicado el 14 de mayo de 1928)⁵.

El reglamento carcelario de 1928 fue finalmente reemplazado más de medio siglo después por el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (REP), contenido en el Decreto N° 1771 del año 1992 y luego derogado por el Decreto N° 518 del año 1998, que es el que contempla la versión actualmente vigente del REP. En los considerandos del Decreto N° 1771 se destacaba que “durante más de medio siglo, se han dictado numerosas disposiciones dispersas tendientes a mejorar parcialmente el sistema penitenciario”, que “dichas normas no han sido refundidas y que el sistema total adolece del defecto de no conformar un conjunto claro y armónico, de fácil entendimiento y manejo”, lo cual iba en contra de la política gubernamental del primer gobierno posdictatorial que buscaba “lograr eficientemente la reinserción del condenado haciendo honor a sus derechos fundamentales, como un medio de prevenir la reincidencia delictual” (considerandos 2, 3 y 4).

El DL N° 321 ha subsistido desde 1925 pese a diversas modificaciones, evidenciando lo anacrónico de una regulación interna que data de un gobierno *de facto* de hace un siglo y el persistente incumplimiento de la obligación estatal de regular de manera general y mediante

³ Morales, A. M. (2013). *Redescubriendo la libertad condicional*. Santiago, Chile: Fundación Paz Ciudadana.

⁴ Conocida como la “Junta de enero”, que terminaría trayendo de regreso a la presidencia de la República a Arturo Alessandri el 20 de marzo de 1925.

⁵ En sus considerandos señalaba “Que hasta hoy se han dictado disposiciones tendientes a mejorar sólo determinados aspectos del problema carcelario, tales como la organización del Cuerpo de Gendarmería de Prisiones, el establecimiento de la libertad condicional para los penados, la creación de los patronatos de reos y otras de menor importancia; pero todas ellas adolecen del defecto de no obrar dentro de un conjunto armónico que permita obtener de los fines que se persiguen el máximo de beneficios”, y también “Que conviene relacionar íntimamente las disposiciones importantes en vigencia y las que la ciencia penal moderna aconseje dictar dentro de su amplio criterio reformista, a fin de producir la unidad de acción necesaria y obtener la finalidad que se persigue de regenerar al delincuente”.

normativa de rango legal la restricción de un derecho fundamental como es la libertad personal mediante la ejecución de penas privativas de libertad.

El INDH ha llamado la atención sobre este punto en varias ocasiones, destacando lo señalado en el informe publicado en 2013 sobre la situación carcelaria en Chile, en cuanto a que,

[...] resulta necesario una vez más llamar la atención sobre la necesidad de contar con una ley de ejecución penal que regule los derechos y deberes de los/as penados/as y en los cuales se establezcan claramente los casos y límites asociados al uso de la fuerza por parte de los/as funcionarios/as.

Además, “resulta fundamental, en consonancia con recomendaciones efectuadas por otras instancias nacionales, que se establezca la figura del control judicial efectivo con el objeto de contar con una supervisión externa de los actos de la Administración”⁶.

El artículo 1 del DL N° 321 original establecía la libertad condicional como “un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social”, agregando que “no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este Decreto-Ley y en el Reglamento respectivo”. El Reglamento que complementa la escueta regulación en 9 artículos que contenía el DL N° 321 se dictó en 1926 (Decreto N° 2.442).

En el artículo 2 del DL se reconocía la naturaleza jurídica de “derecho” que tiene la libertad condicional, señalando 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 requisitos que hasta antes de la Ley N° 21.124 eran los siguientes:

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 hay talleres donde cumple su condena; y
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.

Según Morales, al considerar a la libertad condicional como un “medio de prueba”, el DL N° 321 “muestra la adopción de ciertos fines asociados al control, destinados a determinar si

⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2013). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2011-2012. Diagnóstico del cumplimiento de los estándares internacionales de derechos humanos*, Santiago, Chile, p. 191.

efectivamente el sujeto logra conducir su vida conforme a derecho, en libertad”⁷. Aunque las alusiones a estar “corregido” o “rehabilitado” serían propias de las concepciones criminológicas dominantes a inicios del siglo XX, apuntarían a consideraciones de prevención especial positiva, es decir, orientar la pena a producir transformaciones positivas en la persona privada de libertad, que la preparen para ir retornando gradualmente a la vida fuera del recinto penitenciario.

3. MODIFICACIONES LEGALES RECIENTES AL DL N° 321

Como se señaló al inicio, durante el 2011 el Ejecutivo de la época presentó un proyecto de modificación al DL N° 321 que finalmente se plasmó en la Ley N° 20.587 publicada en junio de 2012.

Hasta ese momento la decisión sobre otorgamiento de la Libertad Condicional la tomaba cada Secretario o Secretaria Regional Ministerial de Justicia, a propuesta de la Comisión de Libertad Condicional, conformada por jueces y juezas.

Según se explicaba en el Mensaje presidencial N° 622-358 de 10 de marzo de 2011:

Esta intervención unilateral y decisoria de los Secretarios Ministeriales de Justicia en la concreción de este derecho, se ha traducido con el tiempo en una reducción considerable del número de condenados que finalmente acceden a este tratamiento penal especial; y viene arrojando desde hace largo tiempo dudas acerca de la objetividad que guía un proceso que resulta clave para propiciar un buen comportamiento intrapenitenciario y fomentar la rehabilitación y reinserción de los condenados⁸.

Así, en la nueva regulación impulsada por el proyecto esa decisión “queda radicada en las Comisiones de Libertad Condicional, dada su composición y criterios que las rigen, prescindiéndose de la intervención ulterior discrecional de los Secretarios Ministeriales de Justicia”⁹.

Cuatro años de aplicación de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.587 bastaron para que ante el efectivo aumento que se verificó en la concesión de libertades condicionales¹⁰, que era el objetivo explícito de dicha reforma, se impulsara por moción legislativa de un grupo

⁷ Morales, A.M., *op. cit.*, p. 9.

⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (junio, 2012). *Historia de la Ley N° 20.587*, p. 6. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4442/>

⁹ Biblioteca del Congreso. Nacional de Chile. (enero, 2019). *Historia de la Ley N° 21.124*. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7616>

¹⁰ El primer semestre de 2012 se otorgaron 777 libertades condicionales, que aumentaron a 1449 en el segundo semestre, para mantenerse entre 1600 y 1800 al semestre hasta el 2014, sufrir una cierta disminución en el 2015 (1245 el primer semestre y 1189 el segundo), aumentar considerablemente a alrededor de 3000 por semestre hasta el año 2018. A partir del 2019, por efecto de la Ley N° 21.124, se otorgaron 1469 libertades condicionales el primer semestre, que posteriormente aumentaron a 1883 en el segundo semestre, y 2050 en el primer semestre del 2020. Fuente: Departamento de Estadística y Estudios Penitenciarios de Gendarmería de Chile, información actualizada a julio de 2020. Ver Tabla más adelante.

de senadores una nueva modificación, que fue la que finalmente se concretó en enero de 2019 con la Ley N° 21.124.

La fundamentación que de esta nueva modificación legal dan sus promotores apunta a que el DL N° 321 “mantiene en lo medular, la concepción de la pena y del condenado propia del año de su dictación, sin contener un enfoque de reinserción social como el que actualmente predomina en nuestro sistema”, agregando que “de hecho, basta con analizar el lenguaje utilizado para dar cuenta de lo anacrónico de esta legislación”. De ahí que los senadores autores de la moción planteen “la necesidad de actualizar el D.L. 321 de 1925, a fin de recoger los avances que ha tenido la criminología a lo largo del siglo XX y el XXI, armonizando así de mejor manera el sistema jurídico penal en su integridad”¹¹.

Dentro de las diferencias históricas que señalan, enfatizan que:

[...] si bien en un comienzo, se puede considerar que la libertad condicional era concebida ‘como complemento del régimen penitenciario de ejecución progresiva de las penas, dividido en períodos que iban desde el aislamiento extremo hasta el tratamiento en libertad, conocido también como sistema irlandés e instaurado en Chile por el ya derogado Reglamento Carcelario de 1928 (DS Justicia N° 805)’¹², hoy se concibe en términos completamente distintos.

Según los autores de la moción, la concepción actual que se plasmaría en el Reglamento sobre Establecimientos Penitenciarios de 1998 “considera a la libertad condicional simplemente como la última etapa de las ‘actividades y acciones para la reinserción social’ que debe desarrollar la Administración Penitenciaria”¹³.

En relación al concepto de libertad condicional y su relación con los fines de la pena reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que serían precisamente aquellos ligados a la prevención especial positiva (“reforma y readaptación social” de las personas penadas o condenadas según el artículo 5.6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), hay que señalar que la Ley N° 21.124 modifica el artículo 1 del DL N° 321 en el siguiente sentido: en vez de aludir a que la persona a quien se le concede esté corregida o rehabilitada, ahora se define la libertad condicional como un medio de prueba de que la persona “demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social”.

Esta modificación puntual se ajusta a la evolución actual del derecho penal y la criminología, que conciben a la reinserción social no como un resultado estático, sino que como un proceso dinámico y complejo. Mientras la redacción original, de raíz criminológica positivista, refería un

¹¹ Biblioteca del Congreso. Nacional de Chile. *Historia de la Ley N° 21.124, op. cit.*

¹² POLITOFF LIFSCHITZ Sergio MATUS ACUÑA Jean Pierre Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte General México. D.F. Editorial Jurídica de las Américas 2009, p. 561. Citados en *Historia de la Ley N° 21.124*.

¹³ *Ibid.*

resultado ya alcanzado en materia de corrección/rehabilitación, la nueva redacción reemplaza dichos conceptos por el de “reinserción social”, a la que concibe expresamente como un “proceso”.

Objeto de mayor discusión ha sido lo que ocurre con el encabezado del artículo 2, donde el texto original de 1925 reconocía la libertad condicional como un derecho del condenado o condenada que cumpliera con los requisitos ahí señalados. Los autores de la moción parlamentaria, en cambio, señalaron que a su juicio “la libertad condicional no constituye un derecho, sino un beneficio que entrega el legislador como forma de alcanzar la reinserción social de las personas condenadas a penas privativas de libertad”¹⁴. Esa posición es la que se plasmó en definitiva en el nuevo texto legal, que ahora refiere que “[t]oda persona condenada a una pena privativa de libertad de más de un año de duración podrá postular al beneficio de libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos [...]”.

Adicionalmente, los requisitos para la concesión del beneficio también fueron modificados, resultando en los tres siguientes numerales:

- 1) Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva, o los tiempos establecidos en los artículos 3º, 3º bis y 3º ter. Si la persona condenada estuviere privada de libertad cumpliendo dos o más penas, o si durante el cumplimiento de éstas se le impusiere una nueva, se sumará su duración, y el total que así resulte se considerará como la condena impuesta para estos efectos. 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 durante el cumplimiento de la condena. Será calificado con esta conducta la persona condenada que tenga nota "muy buena", de conformidad al reglamento de este decreto ley, en los cuatro bimestres anteriores a su postulación. En caso que la condena impuesta no excediere de quinientos cuarenta y un días, se considerará como conducta intachable haber obtenido nota "muy buena" durante los tres bimestres anteriores a su postulación.
- 3) 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.

En términos generales, se puede sostener que estos nuevos requisitos se ajustan más a la realidad social y a concepciones doctrinarias actuales, sobre todo al derogarse los antiguos

¹⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Historia de la Ley N° 21.124, op. cit.*

numerales 3 y 4, que exigían el aprendizaje de oficios y asistencia a la escuela, algo que en las condiciones reales de los establecimientos penitenciarios en Chile no es posible garantizar y que tampoco forman en rigor parte integrante de la pena aplicada. Ambos requisitos fueron reemplazados por el que refiere la existencia de un Informe Psicosocial elaborado por profesionales de Gendarmería, el que sin embargo no resultaría obligatorio en cuanto a sus sugerencias y recomendaciones para efectos de la decisión que adopte la respectiva Comisión de Libertad Condicional.

En esto la Ley N° 21.124 difiere de lo que pretendía la moción de los senadores Larraín, Harboe, Espina y Araya, que contemplaba en el nuevo numeral 3 el requisito de “haber sido beneficiado y estar haciendo uso de alguno de los permisos de salida ordinarios establecidos en el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios”, y en el numeral 4 agregaba el de “contar con un informe favorable de reinserción social”.

Cabe señalar que antes del año 2015 se había ido consolidando la práctica de que las Comisiones de Libertad Condicional solo la concedían cuando se contaba con un informe favorable de Gendarmería, lo cual dejaba entregada la decisión al mismo órgano encargado de ejecutar la pena privativa de libertad. A partir de ese año, la jurisprudencia de la Corte Suprema acogió la posición de que la libertad condicional es un derecho y por lo mismo, solo puede ser rechazado por “razones objetivas y claramente comprobadas y no por criterios de presunciones”¹⁵. Como comenta la Defensoría Penal Pública (DPP), “si bien, la Comisión de Libertad Condicional es el órgano encargado de otorgar el beneficio y puede perfectamente rechazarlo, debe fundar su decisión en la ausencia o insuficiencia de alguno de los requisitos legales. Lo contrario implica que la Comisión se ha excedido de sus atribuciones”¹⁶.

En relación al numeral 1, hay que destacar que por efecto de diversas modificaciones legales previas a la Ley N° 21.124, se podría decir que la regla general en materia de tiempo mínimo de cumplimiento ya no es la mitad de la condena, sino los dos tercios. En efecto, la Ley N° 21.124 agrega al catálogo de figuras delictivas que requiere el cumplimiento de dos tercios de la pena, el femicidio, la violación (antes solo estaba referida la violación de menor de 14 años) y, además del homicidio de miembros de las policías y de Gendarmería de Chile en ejercicio de sus funciones, integrantes del Cuerpo de Bomberos. Leyes previas como la N° 20.230 de 2007, la N° 20.507 de 2011, la N° 20.685 de 2013, la N° 20.770 de 2014 y la N° 20.931 de 2016, habían ido incrementando el catálogo hasta llegar a su forma actual.

Respecto al numeral 2, un problema que se presenta es que al concretar la definición de “conducta intachable” señalando que consistiría en obtener calificación “Muy Buena” (MB) durante los cuatro bimestres anteriores, se retrocedió en relación a la interpretación

¹⁵ CS Rol 1274-2015, considerando 4°. Como explica la DPP, se trataba de un voto de minoría de los ministros Milton Juica y Lamberto Cisternas, que luego se transformó en mayoría: Roles 8052-2015; 8116-2015; 9219-2015 entre otros. Ver: Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios. (febrero, 2019). *La libertad condicional bajo las nuevas normas del Decreto Ley 321 (modificado por la Ley N° 21.124)*. Santiago, Chile, p. 4.

¹⁶ *Ibid.*

jurisprudencial de que la conducta “sin tacha” se expresa también al obtener calificación de “Buena” (B)¹⁷.

Así lo entendía la Corte de Apelaciones de Santiago al sentenciar que,

[...] en tanto la conducta del amparado en los últimos tres bimestres haya sido calificada por el Tribunal de Conducta de Gendarmería de Chile como ‘muy buena’ o ‘buena’, tiene aquél derecho a ser postulado al beneficio de la libertad condicional para el semestre de que se trate. En efecto, como se expuso más arriba, lo que el legislador exige es que el postulante haya observado una ‘conducta intachable’ y lo cierto es que no solo la conducta muy buena puede ser estimada tal, sino también sin duda la simplemente buena, pues intachable es aquello que no admite o merece tacha y lo que es calificado como bueno es aquello que evidentemente cumple esta condición¹⁸.

Otra modificación crucial que la Ley N° 21.124 incorporó al DL N° 321 fue la relativa a los requisitos especiales para la concesión del beneficio en casos de condenas por crímenes de lesa humanidad.

El artículo 3 bis señala que las personas condenadas,

[...] por delitos de homicidio, homicidio calificado, secuestro, secuestro calificado, sustracción de menores, detención ilegal, inhumación o exhumación ilegal, tormentos o rigor innecesario, y asociación ilícita, que la sentencia, en conformidad al derecho internacional, hubiere considerado como genocidio, crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, cualquiera haya sido la denominación o clasificación que dichas conductas hubieren tenido al momento de su condena.

O por delitos de la Ley N° 20.357¹⁹:

[...] podrán postular a este beneficio cuando, además de los requisitos del artículo 2°, hubieren cumplido dos tercios de la pena o, en caso de presidio perpetuo, los años de privación de libertad efectiva establecidos en los incisos primero y segundo del artículo 3°, según corresponda.

Respecto a condenas por estos delitos se establece además que “el condenado deberá acreditar la circunstancia de haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga

¹⁷ El artículo 21 del Reglamento del DL 321 (Decreto 2442 de 1926) señalaba que “las notas para clasificar la conducta, aplicación y aprovechamiento de los reos serán: pésimo, malo, regular, bueno y muy bueno”, y que “en cada bimestre, el Tribunal sólo podrá aumentar en un grado la nota de conducta que haya obtenido un reo en el bimestre anterior”.

¹⁸ Sentencia de 14 de enero de 2019, considerando octavo, citada por la DPP. Departamento de Estudios, en, *op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁹ Promulgada el 26 de junio de 2009, tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra.

conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza”, y se señalan factores especiales para valorar a efectos de decidir sobre la concesión del beneficio²⁰.

El tema de los requisitos diferenciados para personas condenadas por delitos o crímenes de lesa humanidad fue debatido ampliamente, llegando incluso al Tribunal Constitucional.

Dos requerimientos presentados por 56 diputados y diputadas y 15 senadores y senadoras respectivamente (Roles N° 5677-18 y N° 5678-18), cuestionaron la constitucionalidad del artículo 3 bis y el artículo 12 (que dispone: “Este decreto ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial”). Los requerimientos se acogieron por unanimidad “sólo en cuanto se declara inconstitucional el artículo 3 bis, inciso segundo, letra b), del proyecto de ley que ‘Sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados’. En consecuencia, debe eliminarse del texto del proyecto la parte en que dispone “y, b) Haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares”.

Curiosamente, tal como destaca la sentencia en su parte 3 (“La inconstitucionalidad del artículo primero doce) del proyecto de ley es irrelevante”), los requirentes impugnaron el artículo 12 pero no el 9, que es el que regula la temporalidad de la aplicación de los nuevos requisitos.

Como se señaló al inicio, un tema central en las críticas y movilizaciones que se han dado contra la reforma al DL N° 321 es el de la retroactividad/irretroactividad de su aplicación. El nuevo artículo 9 incorporado por la Ley N° 21.124 indica: “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”.

Antes de analizar en detalle el tema de los efectos temporales de esta reforma legal, es necesario referirse a la evolución histórica de la condición jurídica de las personas privadas de libertad, a su regulación en Chile y a la discusión sobre la naturaleza jurídica y jerarquía de las normas penitenciarias.

4. ¿DERECHOS O BENEFICIOS?

Una cuestión medular que repercute sobre la condición jurídica de las personas privadas de libertad en general y particularmente en lo relativo a los efectos de la modificación al DL N°

²⁰ De acuerdo al inciso final del nuevo art. 3 bis se valorará:

“a) Si el otorgamiento de la libertad condicional 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”.

321, es la de si beneficios penitenciarios como la libertad condicional tienen la naturaleza de verdaderos derechos subjetivos de las personas internas que cumplen con los requisitos pertinentes, o si solamente se trata de una concesión, premio o gracia que se otorga en ciertos casos por parte de la autoridad.

En el informe sobre este proyecto de ley el INDH señaló, en base al marco normativo nacional e internacional, que:

[...] la pena orientada a la reinserción social abre un escenario en que en la fase de ejecución cobran vital importancia los derechos de las personas condenadas, entre ellos, el derecho a solicitar la libertad condicional por parte de quienes cumplen con los requisitos señalados en la norma²¹.

Esto difiere radicalmente del contexto de ejecución de las penas cuando a ellas se les atribuye, en cambio, una finalidad meramente retributiva.

Por tanto, la modificación propuesta y finalmente aprobada, al sustituir la referencia al derecho por el concepto de beneficio “va más allá de una cuestión meramente formal o de modernización del lenguaje, y evidencia una comprensión del tema que se aparta de los estándares de derechos humanos ya mencionados, al punto de constituir un evidente retroceso”. Este retroceso se configuraría porque:

[...] no existirían formas de que el postulante pruebe que efectivamente está en condición de ejercer sus derechos, y perdería sentido la finalidad asignada a las penas si es que, en definitiva, las posibilidades de reinserción efectiva dependen de una decisión administrativa, que en base a la información proporcionada por la autoridad penitenciaria decida conceder o no la libertad condicional como mera concesión, gracia o premio. Además, este retroceso jurídico se configura porque la consideración de la persona privada de libertad como carente de este derecho básico en su posición, vulnera incluso lo que señala el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que en su artículo 2 dice que “fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”²².

La jurisprudencia antes de la Ley N° 21.124 había llegado a entender la libertad condicional como un derecho, de modo que “concurriendo los requisitos legales, la Comisión de Libertad Condicional no podía rechazar su otorgamiento”. Es decir, no existiría “margen de discrecionalidad, y todo rechazo debía fundarse en la falta de alguno de estos requisitos”²³. A pesar de la declaración que hace la Ley N° 21.124 sobre la libertad condicional como un

²¹ Informe sobre el proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las y los penados. Boletín N° 10.696-07, 2016, p. 4.

²² *Ibid.*, p. 7.

²³ Defensoría Penal Pública. Departamento de Estudios, *op. cit.*, p. 4.

beneficio, se le sigue regulando en base a requisitos legales precisos y objetivos, por lo cual no se aprecian en principio razones para modificar el criterio jurisprudencial²⁴.

Además, resultaría difícil desconocer el carácter de derecho de la libertad condicional si tenemos en cuenta que este ya era reconocido por un decreto ley que data de 1925, es decir, varias décadas antes de los desarrollos del Derecho Internacional que se refieren específicamente a la situación de las personas privadas de libertad desde el punto de vista de los derechos humanos²⁵, como un grupo particularmente vulnerable. En este sentido, considerando que estamos en el ámbito de los derechos civiles y políticos, desconocer ahora el carácter de derecho a la libertad condicional implicaría un retroceso o medida regresiva, en el sentido de “todas aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido”²⁶.

Como se señala en un estudio comparado, la idea de que lo que se concede es una “gracia” por parte de la administración hacia las personas internas guarda profunda relación con los sistemas retributivos, “donde la Administración penitenciaria los concedía discrecionalmente, dado que el tratamiento penitenciario revestía un exclusivo carácter disciplinario, siendo su principal pretensión la expiación y el castigo del interno”, pero “resulta frontalmente incompatible con los actuales sistemas penitenciarios de carácter resocializador y, sobretudo, sometidos al control de legalidad”²⁷. Por ello esas concepciones, antaño legítimas, “resultan actualmente contrarias a los Pactos Internacionales protectores de los derechos de los detenidos y a las principales Declaraciones de Derechos Humanos”²⁸. Estas nuevas concepciones, así como el enfoque de derechos, han ido avanzando con gran dificultad en un

²⁴ Es lo que señala la DPP: “más allá de la declaración legal que se haga acerca del beneficio, la ley actual mantiene la exigencia de requisitos objetivos para la concesión de la libertad condicional. Incluso al agregar como requisitos, la concurrencia de un informe psicosocial que se refiere a los factores de riesgo de reincidencia y las características de personalidad del postulante, debido a que la ley actual sólo exige que se cuente con un informe, sin que este deba ser necesariamente favorable”. A ello agregan que, “actualmente el desarrollo del derecho administrativo exige, en general, que cualquier pronunciamiento de la autoridad, especialmente aquellos que se pronuncien negativamente sobre la solicitud de un administrado, deben fundarse legalmente” (p. 3).

²⁵ Entre cuyos principales instrumentos se encuentran las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos, las Reglas de las Naciones Unidas Mínimas para las sanciones no privativas de libertad (Reglas de Tokio); las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

²⁶ Art. 11 de las Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador. Si bien la prohibición de regresividad o retroceso ha sido ampliamente desarrollada en relación a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tal cual dice Christian Courtis, “su aplicabilidad no tiene por qué limitarse a ese campo”. Ver “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, en: Courtis, C. (comp.). (2006). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Del Puerto/CELS/CEDAL. De hecho, en el sistema interamericano es posible entender que la prohibición de regresividad que se extrae del artículo 26 de la CADH constituye una obligación general de la misma, aplicable a todos los derechos en ella establecidos, como efecto general de dos disposiciones centrales: el artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación).

²⁷ Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O. (2014). Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada. *Documento de Trabajo N° 17*. Serie Guías y Manuales. Área Justicia. Madrid: Eurosocietal, p. 283.

²⁸ Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*

medio en que han predominado casi sin contrapeso teorías como la de “relación de sujeción especial” que existiría entre la autoridad y la persona a quien se aplica la pena privativa de libertad, y la tendencia a “administrativizar” la fase de ejecución de las penas por considerar que no se trata de un tema propio del derecho penal propiamente tal.

Como ha señalado Horvitz, la teoría de las relaciones de sujeción (poder) especial es elaborada “a partir de una concepción administrativista monárquica de las relaciones entre Estado y súbdito, que permitió excluir de su ámbito las garantías de reserva legal y de jurisdiccionalidad”²⁹. Por ello es que dicha teoría “tuvo, y tiene aún en nuestro país, un papel relevante en la legislación penal decimonónica, que apenas contenía disposiciones legales referidas a la ejecución de la pena, limitándose a efectuar remisiones a la potestad reglamentaria”, constituyendo así uno de los “diversos soportes ideológicos de origen autoritario que permean la doctrina y la jurisprudencia, y que permiten al legislador omitir la regulación de todo lo que concierne a la ejecución de las penas privativas de libertad”³⁰.

La situación de las personas privadas de libertad como un área especial de preocupación desde el punto de vista de los derechos humanos es bastante reciente si consideramos la antigüedad de la privación de libertad como sanción. Tal como se señala en el primer Informe del INDH sobre condiciones carcelarias en Chile,

[...] en el ámbito internacional la preocupación por la situación de las personas que se encuentran sujetas al régimen penitenciario se inició recién en la segunda mitad del siglo XX. Durante los siglos anteriores las prisiones fueron concebidas como instrumentos para esclavizar y maltratar a grupos de personas consideradas inferiores o enemigas de la sociedad³¹.

En el contexto comparado, hasta fines de la década de 1960 en Estados Unidos se seguía considerando que las personas privadas de libertad eran “muertos civiles”³², tal como se había establecido por una Corte en Virginia en 1871 (*Ruffin vs. Commonwealth*)³³, por lo que no tenían derecho a presentar acciones judiciales. La situación empezó a cambiar a fines de dicha década cuando, tal como sintetiza Stippel:

[...] las Cortes comenzaron a aceptar casos promovidos por personas privadas de libertad. En el caso *Cooper vs. Pate* (1967) una corte federal permitió a los presos el

²⁹ Horvitz, M. I. (diciembre, 2018). “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”, en *Política Criminal* Vol. 13, N° 26, p. 910.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2011-2012*, *op. cit.*, p. 9.

³² Así lo explica el experto alemán Jörg Stippel en: “Acceso a la justicia en materia penitenciaria: una deuda pendiente y un desafío para el futuro”, Presentación ante la Segunda reunión de autoridades responsables de las políticas penitenciarias y carcelarias de los Estados Miembros de la OEA, 27 de agosto de 2008, OEA/Ser.K/XXXIV.

³³ En la sentencia se dice que ‘el prisionero’, “como consecuencia de su crimen, no solo ha perdido su libertad, sino que también todos sus derechos individuales, excepto los que la ley en su humanidad le conceda. Durante este tiempo será un esclavo del Estado”. Disponible en <https://www.encyclopedia.com/reference/encyclopedias-almanacs-transcripts-and-maps/prisoners-rights-under-law>.

cuestionamiento legal de sus condiciones de encierro, incluso del supuesto maltrato y de la intolerancia racial sufridos. La disposición que sirvió de base en este caso, como la que permite promover los juicios civiles de los presos en la mayoría de los casos, es la sección 1983 del título 42 del Código de los Estados Unidos (p. 6).

Así se dio inicio a una amplia jurisprudencia sobre derechos de las personas privadas de libertad, incluyendo una sentencia de 1974 (*Wolff vs. McDonnell*), en que la Corte Suprema declaró que “no existe una cortina de hierro entre la Constitución y las cárceles de los EE.UU.”³⁴.

En el panorama europeo también se produjeron desde esos tiempos avances en cuanto a la condición jurídica de las personas privadas de libertad. En Inglaterra, después de décadas de predominio del criterio judicial que señalaba que “un control extenso sobre las acciones del personal penitenciario y sobre la administración de las cárceles, podría desembocar en la imposibilidad de administrar las mismas”, en 1988 el *House of Lords* decidió que,

[...] las decisiones del ámbito disciplinario tomadas por los alcaides, también serían sujetas al control judicial (caso *Leech v. Debuty Governor Parkhurst Prison* AC 533). Cuatro años después, el *House of Lords* decidió que las decisiones tomadas en el marco del ejercicio de la discrecionalidad al interior de las cárceles, como las relativas a la segregación, clasificación y traslados, también podrían ser cuestionadas ante los órganos jurisdiccionales (Caso *Hague v. Deputy Governor Purkhurst Prison*, 1992, 1 AC 58)³⁵.

Este cambio de criterio generó “una revisión de todo el sistema disciplinario, del tema de los traslados por razones de orden y disciplina, y de las comunicaciones con el abogado, entre otros”, demostrando “cómo pueden ayudar los instrumentos internacionales a mejorar el acceso a la justicia de personas privadas de libertad”, ya que “mucho del desarrollo de la jurisprudencia inglesa se debe al impacto de la Convención Europea de Derechos Humanos”³⁶.

En Alemania resultó clave una sentencia del Tribunal Constitucional (TC) que en 1972 declaró la inconstitucionalidad de un precepto reglamentario que autorizaba a las personas encargadas de los establecimientos penitenciarios a controlar e incautar la correspondencia de las personas internas en determinados supuestos³⁷. En ella se señala que “[t]ambién los derechos fundamentales de los reclusos solo pueden ser afectados a través de una ley o con ocasión de ella”. Se explica que,

³⁴ Stippel refiere que ante el sostenido aumento de acciones judiciales presentadas por personas privadas de libertad se dicta la ley de reforma de la litigación de presos (*Prision Litigation Reform Act-PLRA*) de 1995, que establece una serie de limitaciones y a partir de la cual hay un notorio y serio retroceso para el acceso a la justicia desde el interior de las prisiones.

³⁵ Stippel, J., *op. cit.*, p. 11.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Beschluss des Zweiten Senats vom 14.03.1972*, 2 BvR 41/71, sentencia citada en Horvitz, M. I., p. 916.

[...] la Ley Fundamental, en sus artículos 104 párrafos 1 y 2 y 2 párrafo 2 incisos 2 y 3, establece la posibilidad de una privación de libertad, limitada o no temporalmente, en virtud de una sentencia penal judicial en aplicación de una ley penal y atendiendo las correspondientes disposiciones procesales [...] por el contrario, no contiene (...) ninguna declaración fundamental sobre la forma y modo en que debe ejecutarse la pena privativa de libertad³⁸.

Esto resulta crucial pues el TC alemán señaló que,

[...] en tanto se trate de la restricción de derechos fundamentales son decisivas las normas constitucionales afectadas, pues esto solo es permitido a través de una ley o con ocasión de ella (...). La conclusión obvia de que el legislador está obligado, en razón de estos fundamentos, a dictar la correspondiente ley en el ámbito de la ejecución penal –el que hasta ahora está regulado predominantemente por disposiciones administrativas– no fue planteada por la doctrina ni por la jurisprudencia después de la entrada en vigor de la Ley Fundamental³⁹.

En vez de eso, prosigue la sentencia, “se recurrió a la figura jurídica de las ‘relaciones de sujeción especial’, entendiéndola como una restricción independiente e implícita de los derechos fundamentales de los reclusos; una ley de ejecución penal no se consideró constitucionalmente requerida”, lo que “permitió relativizar los derechos fundamentales de los reclusos con insoportable incertidumbre”⁴⁰.

Como explica Horvitz,

[...] el origen de esta construcción teórica se vincula al estudio y definición de la relación entre los funcionarios públicos y el Estado, caracterizada como una de dependencia, obediencia y subordinación, similar a la que antiguamente existía entre señor y vasallo o entre monarca y súbdito⁴¹.

Por ello, “el funcionario no es visto como sujeto titular de derechos sino tan solo como un ‘miembro’ de la Administración”, y no tiene cabida en ella el principio de legalidad de la Administración.

Dado que la sentencia del TC alemán estableció que la persona privada de libertad también era sujeto de derechos y que por ello se justificaba una restricción de sus derechos exclusivamente “por ley o sobre la base de una ley”, se le señaló un plazo de un año al ente legislador para que dicte una ley de ejecución penitenciaria, la que finalmente se dictó en 1975/6, creando los tribunales de ejecución penitenciaria. Según algunos estudios, el efecto a largo plazo de estas reformas fue que “las cárceles alemanas ya no constituyen instituciones sin ley”, llevando a

³⁸ Citas y traducción tomadas de Horvitz, M. I., *op. cit.*, p. 916.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*

concluir que “el simple hecho de que los presos tengan la posibilidad de acudir a los tribunales, implicaría un cierto efecto ‘civilizador’ en las cárceles y sus funcionarios”⁴².

En España la reforma penitenciaria se produjo en el contexto del retorno a la democracia y la aprobación de la Constitución de 1978. La ley penitenciaria de septiembre de 1979 fue la primera ley orgánica sancionada bajo la vigencia de la nueva Constitución, y creó por primera vez la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria, un órgano jurisdiccional al cual compete “salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pueda producir” (art. 76).

Para entender el contexto de estas transformaciones en España, cabe destacar lo que señala un integrante del equipo multidisciplinario que trabajó en el anteproyecto:

[...] no puede olvidarse que, en aquel momento histórico de transición política, existía una grave situación de conflictividad en el ámbito de las instituciones penitenciarias, motivado fundamentalmente por una progresiva concienciación de los reclusos en defensa de sus derechos, así como por la discriminación que para aquellos suponía el otorgamiento de una amnistía a los condenados por delitos políticos⁴³.

Con todo, tal como dice Horvitz, la ley penitenciaria española “no impidió que se siguiera utilizando la doctrina de las relaciones especiales de sujeción de forma ‘inusitada’, debido a que el Tribunal Constitucional admitió, en diversas sentencias, su pervivencia en una ‘zona’ de la ejecución penitenciaria”⁴⁴.

En síntesis, como indicó el INDH en 2013, si “hasta hace pocos años la pena de privación de libertad justificaba por sí misma la restricción consecuencial de un sinnúmero de derechos”, luego de la introducción de los derechos humanos al mundo penitenciario se incorporó otra mirada: “la privación de libertad solo afecta legítimamente el derecho a la libertad ambulatoria. El impacto en el ejercicio de los demás derechos está sujeto a ciertas reglas”⁴⁵. Los efectos de este cambio de mirada se expresan todavía en una serie de conflictos normativos y debates jurídicos en relación a la naturaleza de las normas penitenciarias.

5. REGULACIÓN DE LA EJECUCIÓN PENAL EN CHILE

A diferencia de otros países que hemos señalado, en Chile la situación de la ejecución de las penas no ha sido abordada por el ente legislador, y la doctrina y jurisprudencia mayoritarias estiman que se trata de un ámbito propio del derecho administrativo.

⁴² Feest, Lesting y Selling (“Totale Institution und Rechtsschutz- Eine Untersuchung zum Rechtsschutz im Strafvollzug”, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1997), y Feest (“Elaboración y Contenido de la Ley Penitenciaria y su Impacto en el Sistema Penitenciario Alemán”, *Revista de Estudios Criminológicos y Penitenciarios*, Santiago, Chile, octubre 2005). Referidos por Stippel, J., *op. cit.*, p. 16.

⁴³ García Valdés, C., citado en Rivera, I. (2006). *La cuestión carcelaria, Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

⁴⁴ Horvitz, M.I. *op. cit.*, p. 920.

⁴⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Estudio de las condiciones carcelarias 2011-2012*, *op. cit.*, p. 11.

Salvo por escasas disposiciones del Código Penal, el Código Procesal Penal y la Ley N° 18.216 (sobre penas sustitutivas, actualizada el año 2012 por la Ley N° 20.603), la condición jurídica de las personas privadas de libertad depende del ya referido Decreto N° 518 de 1998 (que contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios), y de diversas normas administrativas dictadas por Gendarmería de Chile, y en materia de Libertad Condicional está regulada por el Decreto Ley N° 321 de 1925.

La situación no ha cambiado en lo esencial desde los primeros informes del INDH sobre condiciones carcelarias en Chile, pues sigue siendo cierto que

[...] actualmente no existe una legislación que regule de manera orgánica y comprensible la situación de las personas privadas de libertad en los recintos penitenciarios, fundándose el sistema penitenciario en una normativa de rango infra-legal como es el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y sus decretos accesorios⁴⁶.

La ausencia de una base legal para la ejecución de las penas privativas de libertad ha sido señalada como una violación del principio *nulla poena sine lege*, pues el principio de legalidad implica que es mediante una ley que se debe establecer la naturaleza, monto y forma de ejecución de una pena. Esta ausencia “contribuye a la falta de protección efectiva del derecho a la integridad personal de quienes se encuentran reclusos/as en los establecimientos penitenciarios”⁴⁷.

Por eso desde su instalación el INDH ha venido señalando al Estado de Chile la necesidad de dictar una Ley de Ejecución Penal, de conformidad con los estándares de derechos humanos, con el objeto de hacer exigibles los derechos y establecer los deberes de las personas privadas de libertad en los establecimientos penitenciarios, garantizando un mecanismo de acceso a la justicia y la supervigilancia jurisdiccional de las acciones de Gendarmería de Chile. Además, ha recomendado al Poder Ejecutivo “sustituir el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios a la luz de la Constitución y de los estándares internacionales en derechos humanos con el objeto de modificar toda regulación que sea contraria a estas”⁴⁸.

Como la gran mayoría de las materias que integran el sistema de ejecución de penas privativas de libertad están reguladas en un Reglamento dictado por el Poder Ejecutivo, se hace necesario contar con una ley que regule estas materias. Según consigna un informe encargado por el INDH sobre medidas disciplinarias:

⁴⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2016). *Estudio de las condiciones carcelarias en Chile 2014-2015. Seguimiento de recomendaciones y cumplimiento de estándares internacionales sobre el derecho a la integridad personal*. Santiago, Chile, p. 137.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2011). *Informe Anual 2011. Situación de los derechos humanos en Chile*. Santiago, Chile, p. 270.

[esta] es una exigencia que emana del principio republicano de separación de poderes. De acuerdo con éste, el Poder Ejecutivo no debiese regular las condiciones que le permiten restringir los derechos de las personas, sino que esto debe estar reservado al Poder Legislativo⁴⁹.

La ausencia de regulación legal de la ejecución de las penas, incluyendo la aplicación de medidas disciplinarias, tiene un equivalente en otro problema que presenta el ordenamiento jurídico nacional, cual es la ausencia de regulación legal del uso de la fuerza sobre las personas por parte de las policías, la que se hace mediante decretos del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y órdenes generales e incluso Manuales Operativos internos de Carabineros. En este plano el INDH también ha hecho ver “la importancia de que la legislación nacional regule la facultad de las fuerzas de orden para el uso de la fuerza, así como respecto de la utilización de métodos (procedimientos) y medios (disuasivos o defensivos)”, señalando que “la ausencia de una ley que contenga disposiciones concretas sobre la utilización de métodos y medios por parte de las fuerzas del orden y seguridad no se ajusta a las normas y reglas internacionales de los derechos humanos”⁵⁰.

Mientras no se corrija esta situación, en materia penitenciaria seguirá siendo correcta la afirmación de que Chile,

[...] no solo no ha cumplido con su deber de regular a través de una ley todo lo concerniente a la ejecución penal, sino que tampoco ha cumplido con el principio de estricta jurisdiccionalidad, en tanto no existen tribunales especializados que resuelvan de manera exclusiva o preponderante los conflictos que surgen entre los privados de libertad con la administración penitenciaria o entre los internos entre sí⁵¹.

⁴⁹ Las razones de esto serían “que una norma de rango legal debe pasar por el filtro de dos poderes, evitando así que los escenarios que posibilitan la afectación de derechos queden entregados al autocontrol de la administración. Y, en segundo lugar, porque una norma de rango legal presenta mayor grado de legitimidad democrática”. Instituto Nacional de Derechos Humanos y Centro de Derechos Humanos. Universidad de Chile. (2013). *Personas privadas de libertad y medidas disciplinarias en Chile: análisis y propuestas desde una perspectiva de derechos humanos*. Santiago, Chile, p. 160.

⁵⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2018). *Informe Programa Derechos Humanos, Función Policial y Orden Público*. Santiago, Chile, p. 24. Ver además la minuta “Regulación legal del uso de la fuerza”, aprobada por el Consejo del INDH en sesión N° 541 de 20 de abril de 2020, publicada en: *La actividad legislativa y los Derechos Humanos en Chile. Principales informes del INDH al Congreso Nacional 2019-2020*, pp. 61-71. En ella se destaca que “la Corte Interamericana IDH ha fallado que la falta de una adecuada legislación sobre el uso de la fuerza constituye un incumplimiento de la obligación de garantizar los derechos a la vida y a la integridad, que compromete la responsabilidad internacional del Estado” (citando Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Sentencia de 24 de octubre de 2012. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 82.).

⁵¹ Horvitz, M. I., *op. cit.*, p. 912. En este punto la autora cita dos opiniones clave de la doctrina nacional: Künsemüller, C. “La judicialización de la ejecución penal”, *Revista de Derecho*, vol. XXVI, sem. I (2005), pp. 113 – 123; y Guzmán Dálbora, J. L. “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, en Baigún, D; Zaffaroni, E.; García-Pablos, A.; Pierangeli, J (Coord.). (1997). *De las penas. Homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti*. Caracas: Depalma. En el texto referido Guzmán Dálbora se pregunta: “¿cómo puede resultarnos admisible que en nuestro tiempo el ordenamiento penitenciario chileno continúe regulado jurídicamente bajo la presentación de una fuente normal subordinada como es un decreto reglamentario?”. En relación al Decreto que contiene el REP señala que “primero proclamamos ciertos principios generales de sentido garantizador, pero luego abrimos la

6. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS PENITENCIARIAS

Las consecuencias que tiene a nivel práctico la falta de cumplimiento de las obligaciones estatales han sido expuestas en detalle por diversos actores y en los informes sobre condiciones carcelarias del INDH.

Además de la mencionada ausencia de regulación legal, contribuyen a este resultado negativo las reminiscencias de antiguas concepciones y teorías, como las “relaciones de sujeción especial” junto al fenómeno de la “administrativización” de la ejecución de la pena, impidiendo el reconocimiento de las personas privadas de libertad como auténticos sujetos de derecho⁵².

En nuestro ordenamiento jurídico los derechos constitucionales no pueden ser afectados en su esencia (artículo 19 N° 26 de la Constitución), siendo materia exclusiva de ley “toda otra norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico” (artículo 63 N° 20). Adicionalmente, el artículo 64 de la Constitución señala las restricciones de la potestad reglamentaria delegada que tiene el Presidente de la República, entre ellas la de extenderse a “materias comprendidas en las garantías constitucionales”.

Pese a eso, en Chile ha predominado hasta ahora una concepción jurídica que postula la “administrativización” de la ejecución de las penas privativas de libertad, haciendo doctrinariamente una distinción tajante entre el *derecho penal* -que llegaría hasta el momento de imposición judicial de la pena- y el *derecho penitenciario*, reconociendo solo al primero la plenitud de las garantías constitucionales y desvalorizando el estatus jurídico del fenómeno carcelario al dejarlo entregado a una regulación infralegal. Como señala un destacado penalista nacional:

Con la determinación de la pena en la sentencia definitiva queda habitualmente terminada la tarea penal en el aspecto que a nuestra disciplina interesa. El cumplimiento mismo de la pena impuesta pasa a ser de ordinario reglamentado por el derecho administrativo en general y, tratándose de la pena privativa de libertad, al derecho penitenciario⁵³.

En sentido contrario se ha pronunciado otro sector de la doctrina. Así, Cury niega que el derecho penitenciario sea una parte del derecho administrativo, pues se trataría de

puerta para violarlos de forma más o menos manifiesta mediante la concesión de poderes discrecionales”, y que “si a esto se agrega, como ulterior elemento de juicio, la total ausencia de un efectivo control jurisdiccional sobre la ejecución de las penas privativas de libertad, no resultará difícil concluir que en este Reglamento se compromete, no teórica, sino realmente, derechos elementales garantizados por la Constitución política del Estado”, por lo que “si este decreto reglamentario no se compadece con la Constitución, por lo menos se acerca sensiblemente a su calificación de inconstitucional”. Disponible en <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticas-sobre-el.html>

⁵² Como señala Horvitz, “perviven en nuestra cultura jurídica ciertos dispositivos autoritarios heredados del antiguo régimen que han bloqueado el tratamiento de los reclusos como verdaderos sujetos titulares de derechos, pese al reconocimiento formal del derecho interno. La inercia conservadora unida a las políticas de ley y orden dictadas por la ideología de la inseguridad ciudadana, han permitido al Estado chileno mantener el *statu quo* o exacerbarlo, sin hacer más que concesiones semánticas en el nivel reglamentario” (p. 910).

⁵³ Echeverry. A. (1977). *Derecho Penal. Parte General*, Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p. 193.

“disposiciones que versan sobre la pena y, concretamente, sobre su realización efectiva mediante la ejecución”, que “no es más que una parte del derecho penal, muy importante, por cierto, pero a la que no hay motivo alguno para segregar del conjunto”. A su vez criticaba que esta separación había convertido al derecho penitenciario en “una especie de subsistema secundario de escasa relevancia”⁵⁴.

Por su parte Guzmán Dálbora, al analizar críticamente el Reglamento Penitenciario propone,

[...] considerar seriamente la posibilidad de reformar desde la raíz nuestro régimen de ejecución, acaso el más postergado en la mente de nuestros estudiosos, pero cuya importancia salta a la evidencia sólo si se piensa que es inútil e improductivo discurrir en torno a la finalidad que han de seguir las penas, si después nos desentendemos olímpicamente de su ejecución o la regulamos de un modo inconciliable con el fin teórico que para aquéllas se acordara originalmente⁵⁵.

Además de las reformas legales al derecho penal de fondo y al derecho procesal penal, dice que “no se debe preterir a nuestro derecho de ejecución penal, íntimamente ligado, como está, al derecho penal material, y del que en definitiva forma parte”.

La discusión teórica sobre la naturaleza de las normas penitenciarias está plagada de consecuencias prácticas, pues según las distintas posiciones en juego adquieren un diferente alcance determinados principios y garantías, el cual es diferente según se trate de normas de derecho penal de fondo, derecho procesal penal o derecho penitenciario.

Comentando el artículo 18 del Código Penal (CP), Couso y Hernández hacen una síntesis de las posiciones de la doctrina nacional en torno al tema⁵⁶.

Esta disposición fundamental dentro de la Parte General del Derecho Penal chileno señala que “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una Ley promulgada con anterioridad a su perpetración”. Su segundo inciso dispone que para el caso que “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 ella su juzgamiento”, y el inciso tercero (incorporado en 1972 por la Ley N° 17.727) agrega que si una ley de esas características más beneficiosas “se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte”.

Así, el CP chileno consagra el principio de legalidad de las penas extendiendo el beneficio de la retroactividad de la ley penal favorable a quienes ya habían sido condenados bajo la vigencia de la ley anterior⁵⁷.

⁵⁴ Cury E. (2011). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 116.

⁵⁵ Guzmán Dálbora, J. L. “Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno”, *op. cit.* Disponible en <http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/consideraciones-criticas-sobre-el.html>

⁵⁶ Couso, J. y Hernández, H. (Directores). (2011). *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot-Legal Publishing Chile.

La Constitución de 1980 establece la garantía de irretroactividad de la ley penal en el artículo 19 N° 3 inciso 7°, en términos casi idénticos al artículo 18 del CP, y contemplando expresamente la garantía de la retroactividad favorable cuando agrega: “a menos que una nueva Ley favorezca al afectado”.

Hasta la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Penal (CPP) en el año 2000, predominaba la tesis tradicional que excluía a las normas procesales penales del principio de irretroactividad por entender que, a diferencia del derecho penal de fondo, estas normas rigen “in actum”. El artículo 11 del CPP confirmó esta tesis pero contemplando una excepción, al establecer que “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”.

De acuerdo a Couso, esta nueva regla de irretroactividad de la ley procesal penal perjudicial no es solo una cuestión de rango legal, sino que constitucional, “precisamente cuando pone en juego la protección de la confianza a la seguridad jurídica”, puesto que de otro modo se afectaría negativamente el efecto motivador de las normas penales. El mismo fundamento (protección de la confianza y función motivadora de las normas) “apoya la extensión del principio de irretroactividad a las normas penitenciarias”⁵⁸.

En relación a la retroactividad de leyes procesales favorables, ante el silencio del ente legislador, Couso manifiesta que, por aplicación del principio de supremacía constitucional, la decisión sobre una eventual extensión de esta garantía a una ley procesal,

[...] no puede depender de aquella regla general, de rango legal, del CPP, sino del examen material, conforme a los criterios de interpretación constitucional, de si una determinada disposición ‘procesal penal’ (lo que puede terminar siendo, para estos efectos, una mera denominación que todavía nada dice de la cuestión material) favorece o no al afectado en la determinación de la pena que se le impondrá (y si acaso no beneficiarlo con ese mejor tratamiento termina infringiendo el principio de proporcionalidad en que se funda tal garantía), caso en que, para efectos constitucionales, lo mismo da su denominación legal de ‘disposición procesal’, o el hecho de que se encuentre contenida en una ‘Ley procesal’ (¡como el propio CPP!), de todas formas quedará abordada por la garantía”⁵⁹.

7. NORMAS PENITENCIARIAS Y RETROACTIVIDAD/ IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL

⁵⁷ Como indica Couso en su comentario, esta posibilidad se había discutido en la Comisión Redactora en 1873, siendo descartada para evitar “que se dictaran leyes con el solo objeto de salvar a determinadas personas ya juzgadas i por solo intereses políticos o personales” (p. 425).

⁵⁸ Couso, J. y Hernández, H., *op. cit.*, p. 429.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 434.

En cuanto a la aplicabilidad de la garantía de irretroactividad a las normas de ejecución de la pena privativa de libertad, existen dos grandes opciones o posiciones posibles: sostener que a todas estas normas se les aplicaría la garantía de irretroactividad en la misma forma que al resto de las normas penales (*principio de asimilación*), por lo cual estas normas serían irretroactivas desde el momento de la comisión del delito, a excepción de las leyes posteriores más beneficiosas; o puede, por el contrario, sostenerse que al no tratarse de normas penales ocurriría como con las normas procesales, por lo cual las que rigen en cada caso serían las vigentes al momento de la ejecución de la sentencia, no de la comisión del delito (*principio de diferenciación*)⁶⁰.

Ninguna de estas posibles posiciones resuelve adecuadamente los distintos tipos de problemas que se plantean en la fase de ejecución de la pena, donde bajo la etiqueta de “normas penitenciarias” se agrupa un conjunto muy diverso en el que se encuentran normas de carácter técnico, organizativas, procedimentales, así como normas referidas a aspectos sustanciales de la pena privativa de libertad, razón por la cual se ha propuesto distinguir a efectos de irretroactividad entre normas penitenciarias *funcionales* y *sustantivas*⁶¹.

Las *normas penitenciarias (o de ejecución penal) funcionales* incluyen “un amplio espectro de normas reguladoras de aspectos sectoriales de la ejecución -sanidad, trabajo, educación, higiene- y también normas de régimen general -derechos y deberes, contactos con el exterior, régimen disciplinario, etc.-”⁶².

A su vez, las *normas penitenciarias (o de ejecución penal) sustantivas* “incluye[n] todas aquellas normas relativas al cumplimiento material de la pena”. En general coinciden con la regulación de los llamados “beneficios”, pero, “eventualmente, se incluyen también aquí aquellas otras normas que contemplan sustituciones de la pena durante la ejecución o resuelven problemas que pueden afectar a esta, como las enfermedades sobrevenidas y su repercusión en la ejecución de las penas”⁶³.

De acuerdo a este esquema, las normas funcionales “se rigen por el acto de ejecución, de manera que se aplican en el momento en que entran en vigor y con efecto retroactivo, siempre que fuera posible”⁶⁴.

⁶⁰ Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*, p. 285.

⁶¹ En este punto se sigue lo señalado en el Manual referido en nota anterior, elaborado por expertos y expertas, y defensorías públicas y penitenciarias de España, Argentina y Chile, pp. 285 -290.

⁶² Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.* Algunos ejemplos: “Una nueva disposición que modificara las competencias del director de un centro, la composición de un órgano penitenciario colegiado, redujera el número de llamadas que puede hacer el interno u obligara a la Administración a garantizar una celda para cada uno de ellos se aplica en el momento que su entrada en vigor, sin embargo, esta última, a pesar de ser más favorable para el interno, no puede —por su propia naturaleza— aplicarse con efecto retroactivo. En cambio, una norma que ampliara las recompensas o el acceso a los beneficios penitenciarios, incluyendo dentro de los actos recompensables nuevas conductas del interno dentro del establecimiento, se aplicaría también con efecto retroactivo, al serle favorable” (p. 287).

En cambio las normas sustantivas se rigen por sus propios principios resultando necesario realizar a estos efectos otra distinción dentro de ellas,

[...] según se trate de *normas sustantivas de carácter general* que no guardan relación con el delito cometido, sino con la relación jurídica originada por la sentencia condenatoria firme, es decir, con el hecho de la pena impuesta como consecuencia indiferenciada de la comisión de un delito [o de] *normas sustantivas específicas*, que modulan la ejecución de la pena en función del delito cometido.

Normas sustantivas generales serían “las que regulan los permisos de salida, las que se refieren a los requisitos generales de obtención de la libertad condicional o al régimen abierto”. Por el contrario, serían normas sustantivas específicas aquellas “en las que el legislador condiciona la obtención de un cambio sustancial en la ejecución de la pena del tipo de delito cometido, como agresores sexuales o narcotraficantes”.

En cuanto a retroactividad/irretroactividad, las normas ejecutivas generales toman en cuenta el momento en que se inicia la ejecución de la pena: “la referencia debe ser el momento en que se inicia la ejecución porque es entonces cuando adquiere vigencia la relación jurídica entre la administración de justicia y el condenado, la cual sirve de fundamento a las normas penitenciarias”. Las normas ejecutivas específicas, en cambio, “forman parte inescindible de la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica y, en consecuencia, aplicará esos criterios tomando en cuenta el momento de la comisión del delito”⁶⁵.

8. ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

La disposición clave en materia penal formulada en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en su primer numeral garantías como la presunción de inocencia, el derecho a defensa y el debido proceso legal, para luego en su numeral segundo señalar que: “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional”, y que “tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. Como se verá, la mayor o menor “gravedad” de una pena dice relación con varios aspectos que guardan relación tanto con el concepto de pena como con los distintos tipos de normas penitenciarias referidos en el acápite anterior.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el artículo 5.6, a propósito del Derecho a la integridad personal, que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

⁶⁵ Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.*

Tal como se refirió en el Informe Anual del año 2016 sobre el proyecto de ley que derivó en la Ley N° 21.124, en el caso *Lori Berenson Mejía* la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en cuenta que las condiciones concretas de la privación de libertad puedan atentar contra esta finalidad. En ese caso concreto las condiciones eran,

[...] contrarias a la ‘finalidad esencial’ de las penas privativas de libertad, como establece el inciso 6 del citado artículo, es decir, ‘la reforma y la readaptación social de los condenados’. Las autoridades judiciales deben tomar en consideración estas circunstancias al momento de aplicar o evaluar las penas establecidas⁶⁶.

En el Sistema de Naciones Unidas es el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PICDP) el que luego de proclamar que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, señala en su numeral 3 que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados”.

Comentando esa disposición, el Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 21 señala que “ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso”, e invita a los Estados Partes a que “especifiquen si disponen de un sistema de asistencia pospenitenciaria e informen sobre el éxito de éste”⁶⁷.

Como instrumento específico, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (redefinidas recientemente como “Reglas de Mandela”) contemplan en la regla 87 que:

Es conveniente que, antes de que el recluso termine de cumplir su pena, se adopten las medidas necesarias para asegurarle un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la puesta en libertad, organizado dentro del mismo establecimiento penitenciario o en otra institución apropiada, o mediante la libertad condicional bajo una vigilancia que no deberá confiarse a la policía y que comprenderá una asistencia social eficaz.

Este marco normativo de origen internacional, si bien posee distintos grados de obligatoriedad para los estados, se orienta claramente al reconocimiento de finalidades positivas en la intervención estatal en relación a personas condenadas por delitos a penas privativas de libertad. Además, desde la perspectiva de los derechos humanos se reconoce a las personas privadas de libertad, tal como a las que están sujetas a otras medidas o penas, la condición de sujetos de derecho en tanto personas humanas, en los términos de la Convención Americana: “para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano” (art. 1.2).

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Lori Berenson Mejía* vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004, párr. 101.

⁶⁷ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 21, Trato humano de las personas privadas de libertad (Art. 10), 44° período de sesiones, 1992. Párr. 10.

A pesar de los vacíos de la legislación nacional, los instrumentos existentes señalan, entre otras cosas, que:

Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y rehabilitar a las personas que por resolución de autoridades competentes fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley (art. 1 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile).

El artículo 3° agrega que “corresponde a Gendarmería de Chile: e) Readaptar a las personas privadas de libertad en orden a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social”.

A su vez, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios indica en su artículo 1° que,

[...] la actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.

El artículo 2 del REP acoge expresamente la idea de que las personas privadas de libertad tienen los mismos derechos que las demás personas, al señalar que,

[...] será principio rector de dicha actividad el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.

Todo este marco parece apuntar en el sentido de reconocer a la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios como derechos subjetivos, dado que “en los actuales sistemas penitenciarios es indudable el reconocimiento de derechos inherentes a los privados de libertad, acordes con la finalidad resocializadora”⁶⁸.

9. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LAS MODIFICACIONES AL DL N° 321

El Tribunal Constitucional no se ha referido en detalle a elementos centrales de la condición jurídica de las personas privadas de libertad en Chile, tales como la constitucionalidad del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, a pesar de que en la doctrina penal hay opiniones que señalan abiertamente su inconstitucionalidad⁶⁹, y que, como se dijo, el INDH ha

⁶⁸ Mapelli, B., Caamaño, C. y Espinoza, O., *op. cit.* p. 284.

⁶⁹ Horvitz, M. I., *op. cit.*; Guzmán, J. L., *op. cit.* Según Horvitz “la realidad cotidiana de las cárceles chilenas contradice todo aquello que las fórmulas vacías del Reglamento tan ampulosamente declaran”. Lo que sí funciona

recomendado al Estado sustituirlo por una normativa acorde a los estándares internacionales de derechos humanos⁷⁰.

En cambio, el TC sí se ha ocupado de los efectos de las modificaciones legales introducidas en el Decreto Ley N° 321 por la Ley N° 21.124, con resultados radicalmente disímiles ante situaciones casi idénticas.

Así, en un caso resuelto el 2 de enero de 2020 (Rol 7181-19), una persona privada de libertad manifestó que durante junio del año 2018 Gendarmería emitió su “ficha única de condenado”, en que se le señalaba que el 16 de diciembre de 2019 podría postular al beneficio de la libertad condicional. Posteriormente, en mayo de 2019 Gendarmería le entregó una nueva ficha según la cual, en base a un nuevo cálculo posterior a la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124 y sus nuevos requisitos, podría postular a libertad condicional recién a contar del 5 de octubre del año 2040, es decir casi 21 años después de lo informado en la ficha de 2018.

Ante eso su defensa interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago solicitando dejar sin efecto la nueva ficha. En el requerimiento ante el TC alega una actitud arbitraria e inconstitucional por parte de Gendarmería, que infringe el principio de legalidad en materia penal, sosteniendo que al ser contemplada la libertad condicional como un derecho en el DL N° 321, mediante la ficha única de 2018 el tiempo mínimo señalado se había incorporado a su patrimonio como derecho adquirido. Se alega, además, la violación del principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, dirigiendo el recurso contra el nuevo artículo 9 del DL N° 321.

El voto de mayoría⁷¹, tras referir la discusión que se dio en relación a la Ley N° 21.124 en sede constitucional (Roles 5677 y 5678), donde el TC concluyó que la retroactividad de la ley penal es una cuestión de legalidad que corresponde determinar en cada caso al “juez de fondo”, señala que en relación al principio de retroactividad penal “esta Magistratura ha tenido un amplio espectro de elementos que se han de considerar como legislación retroactiva más favorable, pero sólo frente al dilema de la determinación de la pena”: rebajas de pena, abrogación de conductas típicas, reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penas, cumplimiento de condena. Pero agrega que,

es “el gran poder disciplinario de la administración carcelaria -núcleo central del Reglamento- quien lo ejercita con discrecionalidad y sin fuertes controles externos y en cuya virtud puede restringir los escasos derechos que se reconoce a los internos. Una importante manifestación de ese poder es el castigo de aislamiento en celda solitaria, que se utiliza sin apego a criterios de proporcionalidad [...]” (p. 927). Frente a ello, concluye que: “Tratándose de la regulación de los derechos constitucionales de los reclusos, no afectados directamente por la pena, se impone el principio de reserva de ley y su tutela efectiva a través de un órgano jurisdiccional exclusivo, dadas las condiciones de encierro de los titulares de tales derechos y la necesidad de mecanismos expeditos de protección, especialmente frente a abusos de la propia administración penitenciaria” (p. 925).

⁷⁰ Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe Anual 2011*, op. cit.

⁷¹ Suscrito por la presidenta María Luisa Brahm, por la ministra María Pía Silva y los ministros Nelson Pozo, Domingo Hernández, Cristián Letelier y Miguel Ángel Fernández.

[...] no resulta adecuado invocar la noción que emana del principio de irretroactividad penal, cuando existe un cuestionamiento a que estemos en presencia de una norma penal o ante una norma de naturaleza administrativa, como asimismo que el debate y solución de la controversia sea ante el juez de fondo por tratarse de un asunto de mera legalidad⁷².

Este voto mayoritario refiere la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que habría superado la “doctrina Parot” a partir de 2013 en el caso *Del Río Prada v. España*, diferenciando a efectos de retroactividad entre pena y medida de cumplimiento, ejecución o aplicación concreta de la pena impuesta, estableciendo que,

[...] las cuestiones relativas a la ejecución de la pena impuesta, no a la pena misma, no afectan el derecho a la legalidad penal, en la medida que no impliquen una ejecución de la pena más grave que la prevista en la ley, aunque sí pueden afectar el derecho a la libertad⁷³.

Además, se tiene en cuenta que durante la tramitación del respectivo proyecto de ley se señaló que tanto la Ley N° 21.124 como el DL N° 321 son “leyes administrativas relativas a la ejecución penal”, “de lo cual se infiera que dichas disposiciones se aplican ‘in actum’”⁷⁴.

La naturaleza administrativa que se le asigna a las normas penitenciarias está a la base del rechazo del recurso. Así, se indica que el recurrente erróneamente transfiere a la ejecución de la pena la garantía del artículo 19 N°3 inciso 8°, lo que no resulta posible por no tener estas normas carácter sustantivo, además de tratarse de un beneficio y no de un derecho⁷⁵.

Por el contrario, el voto de minoría del ministro José Ignacio Vásquez estuvo por acoger el requerimiento, basado en que el caso concreto involucra un conflicto de constitucionalidad en la aplicación retroactiva de un precepto legal de naturaleza penitenciaria que produce efectos desfavorables para el requirente (art. 9 del DL N° 321), generando “la extensión temporal de la forma en que se debía cumplir la pena privativa de libertad a la que aquel fue condenado”, lo cual vulnera la garantía de prohibición de retroactividad de la ley desfavorable, además de atentar contra los principios de certeza y seguridad jurídicas y hacer “ilusoria la finalidad resocializadora de la pena”. Vásquez señala que,

[...] un precepto legal que regula los presupuestos objetivos bajo los cuales se concede un beneficio al condenado, produciendo en concreto el efecto de extender

⁷² Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 1 de enero de 2020, Rol 7181-2019, voto de mayoría, considerando 9°, en que a su vez cita a la STC Rol 3844-17, c. 8°.

⁷³ *Ibid.*, voto de mayoría, considerando decimotercero.

⁷⁴ *Ibid.*, considerandos decimosexto y decimoséptimo del voto de mayoría.

⁷⁵ *Ibid.*, considerandos decimoctavo y decimonoveno. Sobre la naturaleza de beneficio y no de derecho se refiere también el voto de mayoría en los considerandos trigésimotercero a trigésimoquinto.

temporalmente una pena privativa de libertad, queda sujeto a la garantía de *lex praevia* en cuanto manifestación del principio de legalidad penitenciaria⁷⁶.

La aplicación de la norma impugnada al caso concreto trajo como resultado “la imposibilidad para el requirente de acceder a la libertad condicional y el objetivo de la reinserción social se transforma en una mera ilusión, en circunstancias que cumplía los requisitos para ello”, tal como acredita la Ficha Única de Caso de junio de 2018, que dejaba al requirente en situación de poder postular al beneficio en diciembre de 2019⁷⁷.

La aplicación de este precepto supone un exceso o agravamiento punitivo en perjuicio del requirente, “aplicado con posterioridad a la valoración del marco normativo que tuvo en vista el tribunal de la instancia al momento de condenar”, lo que infringiría la prohibición de exceso del *ius puniendi*⁷⁸. La legalidad de la ejecución de la pena implica que las condiciones de cumplimiento de la misma queden fijadas en el momento de la condena, siguiendo la máxima de “nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege”⁷⁹.

Parte del voto de minoría se dedica a refutar la afirmación de la naturaleza administrativa del derecho penitenciario. La calificación de la ejecución de las penas como función estrictamente administrativa constituye,

[...] una contradicción y negación profunda de la función tanto de la pena como del régimen penitenciario, desde que se le niegan a los condenados derechos y garantías fundamentales, en especial los relativos a la legalidad de las penas y al régimen de libertad a los que pueden optar aquellos⁸⁰.

Incluso diagnostica que es “la negación en la práctica penitenciaria nacional de los fines resocializadores o de reinserción social de la pena, como consecuencia de las condiciones materiales de la ejecución de una condena privativa de libertad”⁸¹, lo que explica los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales a favor de una perspectiva meramente administrativa.

Con base en otro sector de la doctrina, se arguye que “el derecho penal sustantivo no le toca un solo pelo al delincuente, sino que es en la ejecución de la pena donde las personas pierden su personalidad y sociabilidad”⁸², y que quienes defienden la naturaleza meramente administrativa del derecho penitenciario invocando doctrina alemana o española olvidan que,

⁷⁶ STC Rol 7181-2019, considerando 1 del voto de minoría.

⁷⁷ *Ibid.*, considerando 2.

⁷⁸ *Ibid.*, considerando 3.

⁷⁹ *Ibid.*, considerando 5.

⁸⁰ *Ibid.*, considerando 7.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² Künsemüller, C. “La judicialización de la ejecución penal”, *op. cit.*, pp. 113-123, referida en STC Rol 7181-2019, considerando 6 del voto de minoría.

[...] en esos países rige el principio de legalidad de la actividad penitenciaria y además existe un órgano jurisdiccional con competencia exclusiva sobre la misma, por lo que no resulta posible la equiparación. En efecto, en Chile no concurren tales circunstancias en el ámbito de la ejecución de las penas privativas de libertad, a pesar que la doctrina nacional sostiene que este principio, consagrado en el artículo 19 N° 3 incisos 6° y 7° de la Constitución Política, debería abarcar todas las fases de manifestación de la práctica punitiva estatal –conminación, adjudicación y ejecución de las penas y medidas de seguridad-, en tanto ella constituye una potencial fuente de afectación de derechos constitucionales⁸³.

El principio de legalidad de las penas “debe abarcar los momentos de la conminación, adjudicación y ejecución de la pena o medida de seguridad, pues en todas esas fases se garantiza a la persona la intangibilidad de sus derechos fundamentales cuando se trata de del *in punitendi* estatal”⁸⁴. Citando al destacado jurista Enrique Cury negando que el derecho penitenciario pertenezca al derecho administrativo pues trata de “disposiciones que versan sobre la pena y concretamente, sobre su realización efectiva mediante la ejecución”, y que esta “no es más que una parte del derecho penal, muy importante, por cierto, pero que no hay motivo para segregar del conjunto”, lo cual lo convierte en un “subsistema secundario de escasa relevancia”, desvalorización que afecta el carácter preventivo general de la ejecución penitenciaria⁸⁵.

Tras esa revisión doctrinaria el voto disidente concluye que no es indubitada la cuestión de la vinculación de la ejecución de penas con el derecho administrativo, y que la etapa de cumplimiento de la pena “presenta una potencialidad de afectación a las garantías del condenado que es indesmentible”. Por ello no se comparte el planteamiento de que esta etapa estaría al margen de las garantías del principio de legalidad penal, posición que terminaría desconociendo la finalidad de la pena y las consecuencias que de ella se derivan⁸⁶.

La inconstitucionalidad planteada por el requirente en relación al artículo 19 N° 3 (inciso octavo) parece plausible al redactor del voto disidente pues por efecto de la Ley N° 21.124 “el condenado vio modificadas las condiciones para poder acceder a la libertad condicional, las que se encontraban establecidas al momento de serle impuesta la pena”, y se vio perjudicado al no poder acceder a un modo de cumplimiento de la misma que “junto con salvaguardar el interés punitivo del Estado, protege el derecho a la libertad del sancionado junto con propender a su reinserción o resocialización”.

Además del principio de legalidad, se han desconocido en este caso el *in dubio pro reo* y favor *personae*, “que importa aplicar la norma o interpretación más favorable o que menos requisitos

⁸³ Horvitz, M. I., *op. cit.*, p. 912.

⁸⁴ Valenzuela, J. (2005). Estado actual de la reforma al sistema penitenciario en Chile. *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 6, p. 199, citado en considerando 9 del voto de minoría.

⁸⁵ *Ibid.*, considerando 10.

⁸⁶ *Ibid.*, considerandos 11 y 12.

o restricciones imponga para el acceso o goce de una garantía a la persona en ejercicio de una garantía”⁸⁷.

Como se puede apreciar, según se adopte como postura la posición tradicional en materia de ejecución de las penas como asunto meramente administrativo, o bien una posición que, con base en una noción unitaria del sistema penal reconoce que el principio de legalidad rige también en este ámbito, la solución es radicalmente diferente.

Si en esta sentencia la posición más avanzada fue defendida por un solo voto, la situación se modifica drásticamente en la sentencia de fecha 23 de enero del mismo año en causa Rol 6.985-2019.

En este caso, relativo a una persona que cumple condena por crímenes de lesa humanidad, y que requiere de declaración de inconstitucionalidad de los nuevos artículos 3 bis y 9 del DL N° 321, el voto de mayoría que acoge el requerimiento⁸⁸ es prácticamente idéntico al voto disidente del ministro Vásquez en la sentencia pronunciada dos semanas antes a la que se acaba de referir (Rol 7181-2019)⁸⁹.

Así, el no haber postulado al condenado a la Libertad Condicional el primer semestre de 2019 por efecto del ordinario 47 de Gendarmería de 31 de enero del mismo año -que ordenaba ajustar el proceso de selección de postulantes a los nuevos requisitos establecidos en la Ley N° 21.124, especialmente en este caso en lo relativo al cómputo de 2/3 como tiempo mínimo de cumplimiento de la pena-, fue estimado como contrario a la Constitución.

El primer considerando afirma que el caso concreto “importa un conflicto de constitucionalidad en la aplicación retroactiva de un precepto legal de efectos desfavorables”, que generó para el requirente “la imposibilidad de acceder a la libertad condicional y la consiguiente extensión temporal de la forma en que se debía cumplir la pena privativa de libertad a la que fue condenado”, el que no fue postulado “sin siquiera analizar su comportamiento penitenciario y si este resultaba compatible con la reinserción social”. Por ello el Tribunal estima que “se vulnera respecto del requirente la garantía de igualdad ante la ley y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley pena o penitenciaria favorable al afectado y de la irretroactividad de la ley penal desfavorable”.

El segundo considerando sostiene que,

[...] un precepto legal que regula los presupuestos objetivos bajo los cuales se concede un beneficio al condenado –produciendo en concreto el efecto de extender temporalmente una pena privativa de libertad, aumentando el plazo de cumplimiento

⁸⁷ Considerando 13.

⁸⁸ Suscrito por los ministros Iván Aróstica, Juan Romero, Cristián Letelier, José Vásquez y Miguel Fernández.

⁸⁹ Caso en el cual los ministros Miguel Fernández y Cristián Letelier se sumaron al voto mayoritario que estuvo por rechazar el requerimiento.

de la condena desde la mitad a dos tercios de la misma- queda sujeto a la garantía de *lex praevia* en cuanto manifestación del principio de legalidad penitenciaria.

Además, se “atenta en contra de los principios de certeza y seguridad jurídicas y, por cierto, hace ilusoria la finalidad resocializadora de la pena”.

El considerando cuarto señala que esta aplicación retroactiva de ley desfavorable vulnera la prohibición de exceso del *ius puniendi*, en los mismos términos señalados en el considerando tercero del voto del ministro Vásquez en la otra sentencia referida.

Desde el considerando sexto al decimotercero refieren la discusión doctrinaria en relación a la naturaleza de las normas penitenciarias y de ejecución de la pena (Künsemüller, Cury, Ramírez, Horvitz) en idénticos términos que el voto de minoría de Vásquez en sus considerandos quinto a duodécimo.

El considerando decimoséptimo y el décimo octavo se refieren a la igualdad ante la ley, señalando en este último que aquella consiste en “que las normas jurídicas deben ser iguales para las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”, exigencia que no se verificó en la especie:

[...] desde que la norma cuestionada permite dar un trato diferenciado, entre dos personas que cumplen una pena privativa de libertad, por la sola consideración del momento en que se postula a la libertad condicional (antes o después de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124), sin considerar que el elemento central de esta forma de cumplimiento de la pena debe ser efectivamente la potencialidad de resocialización del penado, tal como se ha apreciado en el caso concreto.

A la inversa, el voto de minoría⁹⁰ en este caso reproduce básicamente de manera casi textual el voto de mayoría del caso anterior, para fundamentar el rechazo al requerimiento.

Como es fácil apreciar, el cambio de criterio del Tribunal Constitucional ante dos situaciones similares, declarando en el segundo caso la inconstitucionalidad y rechazándola en el primero, resulta muy complejo desde el punto de vista de la igualdad ante la ley, definida por el propio Tribunal en el considerando referido recién. La desigualdad de trato obedecería aquí no a la fecha de postulación al beneficio, sino que a la integración y variaciones de las opiniones de los ministros del TC.

Más compleja aún resulta esta diferencia si tenemos en cuenta que en la causa 6985-19, el requirente estaba condenado por crímenes de lesa humanidad⁹¹. En el Informe Anual 2020 el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales destaca este caso, haciendo la

⁹⁰ Suscrito por la Presidenta Brahm y los ministros García, Hernández y Pozo.

⁹¹ Rodrigo Pérez, exagente de la Central Nacional de Inteligencia (CNI), condenado por la detención-desaparición de 5 miembros del FPMR en septiembre de 1987.

comparación con otro similar relativo a un delito común en que el requerimiento fue rechazado⁹²:

Al declarar inaplicables los dos artículos, el TC falló de modo contrario a lo determinado en una decisión tomada en forma paralela, en un caso similar: en diciembre de 2019, el TC resolvió rechazar un requerimiento similar promovido por una persona condenada por un delito común, produciéndose la paradoja aparente de un trato más benigno a un criminal de lesa humanidad⁹³.

Con todo, tal como señalan, “se trata de la primera resolución del TC en la materia, referente a criminales de lesa humanidad, desde que se introdujera la nueva norma”, pero en los hechos, “esta doctrina del TC, con una inusual mayoría, no ha vuelto a repetirse”⁹⁴.

10. EFECTOS PRÁCTICOS DE LA LEY N° 21.124 A NIVEL GENERAL

A poco más de dos años de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124, además de los problemas jurídicos de fondo que esta reforma plantea y referidos hasta aquí, es posible detectar los efectos que estas modificaciones al DL N° 321 han tenido en términos generales.

Así, de acuerdo a datos elaborados por Gendarmería es posible constatar la evolución de las postulaciones a libertad condicional y los casos en que el beneficio resulta otorgado, desde el 2010 hasta el 2020, tal como se observa en esta Tabla:

Semestre	Postulantes propuestos Tribunal Conducta) (por de	Libertades Condicionales otorgadas (incluye amparos)	Porcentaje de beneficios otorgados respecto de Postulantes
1 2010	8.881	366	4,1%
2 2010	8.258	429	5,2%
1 2011	8.590	660	7,7%

⁹² Rol 6717-19, sentencia de 26 de diciembre de 2019.

⁹³ Centro de Derechos Humanos. Universidad Diego Portales. (2020). “Abrirán las grandes alamedas – Justicia, memoria y no-repetición en tiempos constituyentes” (Capítulo 12). En: *Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile 2020*. Santiago, Chile, p. 557.

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 557-558, donde explican en detalle: en enero de 2020, Pablo Marcelo Rodríguez Márquez, condenado por el secuestro y asociación ilícita en el Caso Berrios, presentó idéntico requerimiento de inaplicabilidad contra los mismos artículos del Decreto Ley N° 321, siendo rechazado su requerimiento, el 23 de abril de 2020, por mayoría (6-3) [Rol 8108, no concurrió el ministro Vásquez]. Por rechazar el requerimiento, se pronunciaron la ministra presidenta Brahm, la ministra Silva, los ministros García, Pozo, Fernández y Pica. Por su parte, mantuvieron su postura por acoger el requerimiento, los ministros Aróstica, Romero y Letelier.

2 2011	8.479	602	7,1%
1 2012	8.971	777	8,7%
2 2012	8.185	1.499	18,3%
1 2013	8.205	1.694	20,6%
2 2013	8.248	1.867	22,6%
1 2014	8.040	1.608	20,0%
2 2014	7.681	1.744	22,7%
1 2015	7.476	1.245	16,7%
2 2015	7.541	1.189	15,8%
1 2016	7.664	2.904	37,9%
2 2016	6.210	3.204	51,6%
1 2017	4.905	3.037	61,9%
2 2017	3.854	2.574	66,8%
1 2018	4.231	3.072	72,6%
2 2018	3.640	2.711	74,5%
1 2019	2.037	1.469	72,1%
2 2019	2.713	1.883	69,4%
1 2020	3.257	2.050	62,9%

(Fuente: Departamento de Estadística y Estudios Penitenciarios de Gendarmería de Chile, información actualizada a julio de 2020).

Si desde el año 2010 al primer semestre del año 2014 el número de postulados oscilaba entre los 9.000 y los 8.000, desde el segundo semestre del año 2014 al primer semestre del año 2016 se mantuvo sobre los 7.000 y desde el segundo semestre del año 2016 comenzaron a bajar abruptamente hasta llegar a 3.854 postulados en el segundo semestre del año 2017. En el primer semestre del año 2018, subieron los postulados a 4.231, para bajar nuevamente y llegar a los 2.037 el primer semestre del año 2019. Finalmente, durante los últimos dos semestres se produjo un aumento llegando a los 3.257 postulados el primer semestre del año 2020.

Si por una parte el número de postulados tiende a bajar a lo largo de los años, el número de libertades condicionales otorgadas tiende a subir o al menos acercarse al número de

postulados. De este modo, el porcentaje de libertades condicionales otorgadas respecto del total de postulantes, que hasta el año 2015 no llegaba al 23%, presenta posteriormente un claro aumento, teniendo su punto máximo el segundo semestre del año 2018 con un 74,5% de los casos, para luego disminuir hasta un 62,9% en el primer semestre del 2020.

En cuanto al total de libertades otorgadas, resulta claro que la cifra era bastante baja hasta el primer semestre de 2012 (777 libertades condicionales), que aumentaron al doble (1449) en el segundo semestre de ese año en que se aprobó la Ley N° 20.587 (publicada el 8 de junio de 2012). Esta elevación del número se mantiene hasta el año 2014 con un promedio de entre 1600 y 1800 libertades concedidas por semestre, para sufrir una cierta disminución en el año 2015 (1245 el primer semestre y 1189 el segundo), y luego aumentar considerablemente a alrededor de 3000 por semestre hasta el año 2018. A partir de 2019, por efecto de la Ley N° 21.124 se otorgaron 1469 libertades condicionales el primer semestre, que posteriormente aumentaron a 1883 en el segundo semestre, y a 2050 en el primer semestre de 2020. De este modo, parece que el efecto combinado de las modificaciones legales del año 2012 y 2019 ha estabilizado el otorgamiento de este beneficio en un número aproximado de 2000 por semestre.

11. CONCLUSIONES

- El Estado de Chile no ha cumplido hasta ahora con sus obligaciones jurídicas internacionales en lo relativo a regular por ley los principales aspectos de la condición jurídica de las personas privadas de libertad, dando aplicación a los estándares pertinentes de derechos humanos y reemplazando regulaciones anticuadas y/o de nivel meramente administrativo. Una de las necesidades más evidentes en este escenario dice relación con la dictación de una ley de ejecución penal que contemple la creación de jueces y juezas de ejecución.
- La libertad condicional, regulada en el Decreto Ley N° 321 del año 1925, es una de las principales herramientas con que se cuenta en Chile para poder descomprimir la población penal y dar la opción de trabajar efectivamente en aras de la reinserción social de las personas condenadas a penas de privación de libertad.
- Las modificaciones experimentadas por este DL en la última década han tenido distintas inspiraciones y objetivos, generando a partir del año 2012 un aumento importante en el otorgamiento de este beneficio penitenciario, que posteriormente se ha visto afectado por la reforma del año 2019, disminuyendo tanto el número de postulantes como de libertades otorgadas, por efecto de la imposición de nuevos requisitos mediante la Ley N° 21.124, cuyo nuevo artículo 9 estipula que los requisitos que regirán son los vigentes al momento de la postulación.

- Estas reformas legales han causado que en una gran cantidad de casos de personas que cumplen penas privativas de libertad, el tiempo mínimo de cumplimiento de condena sea de dos tercios en vez de la mitad de la pena determinada por el tribunal al momento de dictar sentencia condenatoria.
- La aplicación retroactiva de una ley penitenciaria que contempla requisitos más exigentes para postular a la libertad condicional va en contra del principio de legalidad de las penas y del principio de irretroactividad de una ley penal o penitenciaria desfavorable, causando que la declaración de la finalidad resocializadora de las penas devenga ilusoria, además de atentar contra la certeza jurídica y la función motivadora de las normas penales al extender o prolongar el cumplimiento efectivo de la pena de una manera que no estaba contemplada al momento de comisión del delito ni al momento de dictación de la respectiva sentencia.