



000137
ciento treinta y siete

Santiago, veintitrés de enero de dos mil veinte.

VISTOS:

Con fecha 10 de julio de 2019, Rodrigo Pérez Martínez ha requerido la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo 9° y 3 bis, del Decreto Ley N° 321, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en proceso sobre recurso de amparo de que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol Ingreso Corte Amparo N° 1529-2019.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone:

“Decreto Ley N° 321

Artículo 3° bis. 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 alguno de los delitos tipificados en la ley N° 20.357; 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.

(...)

Artículo 9°. - 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.

Síntesis de la gestión pendiente

Señala el requirente haber sido condenado a la pena de cinco años y un día en proceso seguido ante el 6° Juzgado del Crimen de Santiago, por el delito de Secuestro Calificado, encontrándose desde el 26 de abril de 2017 cumpliendo condena en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Punta Peuco.





Expone que el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario no le postuló en la lista de postulantes a la Libertad Condicional para el primer semestre de 2019. Ello se habría producido en cuanto el Subdirector Operativo (S) de Gendarmería de Chile a través del Ordinario N° 47, del 31 de enero de 2019, instruyó ajustar el proceso de selección de postulantes a los nuevos requisitos establecidos en la nueva normativa legal, según las últimas modificaciones del DL N° 321, exigiendo para ello el cumplimiento de dos tercios de la pena.

Con fecha 3 de julio de 2019 interpuso acción de amparo constitucional en contra de la resolución del Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario de Punta Peuco, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, siendo esta rechazada el 18 de julio de 2019.

Ante ello, el 23 de julio de 2019 el requirente dedujo recurso de apelación en contra de la sentencia que rechazó el recurso de amparo, encontrándose pendiente de resolución tras orden de suspensión del proceso emanada de esta Magistratura.

Conflictos de constitucionalidad sometidos al conocimiento y resolución del tribunal

El precepto impugnado vulneraría el principio de legalidad en materia penal, en relación al principio de *nulla poena sine lege*, al aplicar retroactivamente una ley más gravosa para el imputado, estableciendo mayores exigencias para obtener el beneficio de la libertad condicional, e incidiendo así de manera directa en su libertad personal al restringir con pautas más gravosas el acceso paulatino a la libertad total.

La Carta Fundamental señala que ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado (*lex mitior, lex praevia*) resultando plenamente aplicable la prohibición de retroactividad de la ley penal a la ejecución de la pena y el régimen penitenciario aplicable.

Comenta que la actuación de Gendarmería fue arbitraria e inconstitucional en tanto infringe las normas constitucionales establecidas en los artículos 1°, 5° inciso segundo, 6°, 7° de la Constitución, al efectuar una interpretación errónea de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.124, cambiando con ello la teoría de determinación de los tiempos mínimos requeridos para estos efectos; vulnerando su derecho de igualdad respecto de aquellas personas que, habiendo cometido delitos en la misma época, sí obtuvieron la libertad condicional por haber postulado antes de la modificación legal referida, afectando así también la esencia de dichas garantías.



000138
Ciento Treinta y ocho

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala de esta Magistratura con fecha 24 de julio, a fojas 28. A su turno, en resolución de fecha 14 de agosto de 2019, a fojas 50, se declaró admisible.

Conferido traslado a los órganos constitucionalmente interesados, y a las demás partes de la gestión pendiente, el Consejo de Defensa del Estado evacuó traslado a fojas 58, abogando por el rechazo íntegro del requerimiento de autos por tratarse de cuestiones de legalidad e interpretación de la ley, y no por contravención a la Constitución.

Sostiene que esta Magistratura Constitucional ya se pronunció desestimando la inconstitucionalidad respecto a la cuestión de irretroactividad de la Ley N° 21.124 que modificó el Decreto Ley N° 321, con ocasión de los requerimientos presentados contra dicho proyecto de ley, por un grupo de Senadores y Diputados, señalando en general que *“el examen de la retroactividad de la ley penal es una cuestión de legalidad”*, y desechando la posibilidad de que la determinación de mayor rigurosidad de la nueva ley, pudiera ser materia de un examen de constitucionalidad.

El Decreto Ley N° 321 que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad se enmarca dentro del denominado *“Derecho Penitenciario Chileno”* cuya naturaleza jurídica es formar parte del Derecho Administrativo y que al aplicarse las normas del Decreto Ley N° 321 no se está aplicando la ley penal sustantiva ni procedimental sino normas del Derecho Administrativo, toda vez que el sistema penitenciario chileno está entregado a la Administración, encontrándose las actuaciones de la actividad penitenciaria sujetas a un permanente control, interno, externo y, por cierto, jurisdiccional.

Finaliza señalando que la Libertad Condicional no es un derecho, sino que un beneficio, por lo que no implica una reducción o disminución de la pena originalmente impuesta al condenado. Ella no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que *“solo da la posibilidad de cumplirla en libertad”*

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 1 de octubre de 2019 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos por parte de la parte requirente, del abogado Maximiliano Murath Mansilla; del Consejo de Defensa del Estado, de la abogada Jacqueline Espinoza Ortiz; de la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos, del abogado Ilan Sandberg Wiener, y por Julián Peña Maltés y otros, del abogado Francisco Bustos Bustos. Todos por 15 minutos, adoptándose acuerdo en igual fecha, según certificó el relator de la causa.





Y CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Que el caso concreto importa un conflicto de constitucionalidad en la aplicación retroactiva de un precepto legal de efectos desfavorables, de naturaleza penitenciaria, como son el artículo 9º del DL N° 321 en relación al artículo 3º bis del mismo cuerpo legal, modificado por la Ley N° 21.124, generando para el requirente señor Rodrigo Pérez Martínez, 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, cuestión que habría generado que el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario en que cumple condena, no hubiese calificado y consecuentemente no hubiese postulado al requirente dentro de la nómina de condenados que pueden acceder a cumplir su pena bajo el régimen de libertad condicional, sin siquiera analizar su comportamiento penitenciario y si este resultaba compatible con la reinserción social. De este modo, como concluiremos en esta sentencia, se vulnera respecto del requirente la garantía de la igualdad ante la ley y la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal o penitenciaria favorable al afectado y de la irretroactividad de la ley penal desfavorable.

SEGUNDO.- Que en efecto, 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 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. Asimismo, la imposibilidad de acceso a la libertad condicional derivada de la aplicación del cuestionado precepto legal, atenta en contra de los principios de certeza y seguridad jurídicas y, por cierto, hace ilusoria la finalidad resocializadora de la pena.

TERCERO.- Que, el requirente se encontraba cumpliendo la pena que le fue impuesta en el convencimiento de que una vez que alcanzara la mitad de la misma, podría ser evaluado en su conducta penitenciaria para poder acceder a la libertad condicional como forma de completar dicha sanción. Pero ello no ocurrió en la especie, como consecuencia de la aplicación de los preceptos legales requeridos de inaplicabilidad y ni siquiera fue sometido a evaluación a fin de establecer si el requirente se encontraba en condiciones de reinsertarse en la sociedad con independencia de la modificación legal. Además, cabe advertir que al pretender acceder a la libertad condicional, el requirente no está dejando de cumplir su pena, sino que al contrario, se sigue cumpliendo, pero en una modalidad diversa a la privación de libertad.

CUARTO.- Que lo anterior significa que la aplicación del precepto legal cuestionado supone un exceso o agravamiento punitivo en perjuicio del requirente, aplicado con posterioridad a la valoración del marco normativo que tuvo en vista el



000139
Ciento treinta y nueve

tribunal de la instancia al momento de condenar. De este modo, la prohibición del exceso del *ius puniendi* se produce por el nuevo texto del artículo 9 en relación al 3º bis, ambos del DL Nº 321, al establecer unas exigencias más desfavorables para los efectos de poder acceder a la libertad condicional que las vigentes al momento de ser condenado.

QUINTO.- Que tal perjuicio punitivo que afecta al requirente por aplicación del referido precepto legal, se origina en la trasgresión a la garantía constitucional del principio de legalidad de las penas, en cuanto sólo se puede condenar a una persona en virtud de una ley promulgada con anterioridad a la ocurrencia de los hechos juzgados a menos que una nueva ley lo favoreciere. A contrario sensu, del tenor de esta garantía constitucional, se deduce la prohibición de aplicar una nueva ley o una ley promulgada con posterioridad al juzgamiento o a la condena, si ella no favorece o, más precisamente, perjudica al condenado, pues, en tal caso vulnera su dignidad y derechos fundamentales. En tal caso entonces, debe prevalecer o primar la *lex praeter*, esto es, la preteractividad de la ley antigua aunque haya sido derogada, pues resulta más favorable, lo que obedece a la garantía legal de la *lex mitior*.

SEXTO.- Que, se ha afirmado lógicamente que la legalidad de la ejecución de la condena se origina a partir del principio de legalidad de la pena, toda vez que las condiciones de cumplimiento de ésta quedan fijadas en el momento de la condena, garantía que se expresa en el aforismo "*nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege*".

SÉPTIMO.- Que se pretende afirmar que el precepto legal en cuestión, al regular un beneficio para el sujeto que cumple una pena privativa de libertad, tendría una naturaleza administrativa, calificándola como propia de un derecho administrativo penitenciario y no propia del derecho penal en una dimensión de ejecución. En efecto, el fundamento que sirve de base para tal calificación ha consistido en establecer una limitación al ámbito del derecho penal, con sus principios y garantías sólo hasta el momento de la condena o imposición de las penas, de modo que la ejecución y cumplimiento de las mismas corresponde a una dimensión jurídica diferente, de naturaleza meramente administrativa, como se ha señalado precedentemente. Así, se ha señalado 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 (Carlos Künsemüller, La judicialización de la ejecución penal, Revista de Derecho PUCV, XXVI, 2005, pp. 113-123).

OCTAVO.- Que la anterior calificación de la ejecución de las penas como función estrictamente administrativa, en la que incurre parte de la doctrina jurídica nacional y en los consecuentes yerros jurisprudenciales, 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 aquellos. Aún más, 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, explican los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales a favor de una perspectiva meramente administrativa.

NOVENO.- Que esta crítica no es aislada dentro de nuestra doctrina. Así, la profesora María Inés Horwitz, en relación a esta materia, indica que quienes defienden la posición de que la actividad penitenciaria forma parte del derecho administrativo, tomando como referencia para ello, a autores del derecho alemán o español olvidan que *“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 constitucionales”* (María Inés Horwitz, “La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza?”. Polít. crim. Vol. 13, N° 26, Diciembre 2018, pp. 904-951.).

DÉCIMO.- Que, tal como expone la autora antes citada, la necesidad de que el cumplimiento de las condenas y el desarrollo de la actividad penitenciaria se encuentre sujeta a un principio de legalidad de las penas, se vincula precisamente con el respeto y observancia de las garantías fundamentales de las personas que cumplen condenas en privación de libertad. Es por ello que se sostiene que el mencionado principio *“debe abarcar los momentos de la conminación, adjudicación y ejecución de la pena o medida de seguridad, pues en todas estas fases se garantiza a las personas la intangibilidad de sus derechos fundamentales cuando se trata del ejercicio del ius puniendi estatal o, al menos, de aquellos que no son afectados por la sanción impuesta en la sentencia definitiva. El principio de legalidad en este ámbito asegura, pues, el fundamento democrático de las restricciones a los derechos y garantías de los sujetos y el carácter cognoscitivo de las prohibiciones y mandatos punitivos”* (Jonatan Mauricio Valenzuela. Estado Actual de la Reforma al Sistema Penitenciario en Chile. Revista de Estudios de la Justicia, N° 6, Año 2005, p. 199)

UNDÉCIMO.- Que en el mismo orden de ideas anteriores, el jurista Carlos Künsemüller ha precisado que *“el ordenamiento penal, en cuanto sub-sistema del sistema global del control social estatal se compone de tres ámbitos o sectores específicos: el derecho penal sustantivo o material, el derecho penal adjetivo (derecho procesal penal) y el derecho penal ejecutivo (derecho de ejecución de sanciones penales)”*. Agrega el autor que a pesar del distanciamiento que se fue produciendo entre la dimensión declarativa y la ejecutiva, la que fue *“quedando huérfana de atención por los juristas”*, sin embargo, destaca una tendencia por modificar esta separación consistente en *“proclamar la*



000140

ciento cuarenta

unidad del sistema penal, los tres segmentos deben ser partes de un todo, ya que de otra manera se rompe la unidad del Derecho Penal y, lo que es más grave, existe el peligro de que desaparezcan o aminoren los derechos y garantías que la Carta Fundamental consagra para todos los individuos de modo general, sean probos o no probos, sean respetuosos del derecho o infractores del mismo". (María Inés Horvitz, op. cit.)

En similar sentido, otro jurista nacional, Enrique Cury, ha negado que el derecho penitenciario pertenezca al derecho administrativo, señalando que se trata de "*disposiciones que versan sobre la pena y concretamente, sobre su realización efectiva mediante la ejecución*" y que "*ésta no es más que una parte del derecho penal, muy importante, por cierto, pero a la que no hay motivo alguno para segregarse del conjunto... sugiere que la independización del derecho penitenciario del derecho penal lo ha convertido en una "especie de subsistema secundario de escasa relevancia", desvalorización que afecta el carácter preventivo general de la ejecución penitenciaria. (María Inés Horvitz, op. cit.)*

DUODÉCIMO.- Que, de los antecedentes expuestos es posible advertir que la vinculación entre el régimen de cumplimiento de la pena y el derecho administrativo, como una cuestión ajena a la esfera del derecho penal, no es una cuestión indubitada, ni siquiera es pacífica. Más aun, existen importantes argumentos como los que se han reseñado, para discutir legítimamente ese planteamiento, ello unido al hecho indesmentible de que la etapa de cumplimiento de la pena presenta una potencialidad de afectación a las garantías del condenado que es indesmentible. Pues bien, en ese contexto de vulnerabilidad para las garantías de la persona que ha sido sometida a una pena privativa de libertad, como ocurre en la especie, la posibilidad de que ese régimen penitenciario se oriente hacia la observancia de las garantías derivadas del principio de legalidad penal, parece ser la alternativa que de mejor manera permite cautelar el pleno respeto a los derechos del condenado.

DÉCIMO TERCERO.- Que por ello es que no compartimos el planteamiento que estima que la etapa de ejecución de las penas se encuentra al margen de las garantías del principio de legalidad penal, por cuanto, tal posición termina desconociendo la finalidad de la pena y las consecuencias que de ella derivan, vulnerándose el principio de dignidad que se reconoce a toda persona por sí misma. Asimismo, la naturaleza del delito por el cual fue condenado no puede constituir un motivo suficiente para que su condición de condenado y las expectativas de libertad condicional, derecho o beneficio como quiera que se le designe, le sean modificadas habiendo transcurrido parte de la pena y encontrarse en condiciones de acceder a aquélla, según la normativa que regía al momento de ser condenado.

DÉCIMO CUARTO.- Que, en este sentido, el cuestionamiento planteado por el requirente en orden a una transgresión al artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, parece plausible, toda vez que como consecuencia de la modificación introducida por la Ley N° 21.124 al decreto Ley N° 321, el condenado vio



modificadas las condiciones para poder acceder a la libertad condicional, condiciones que en caso alguno pudo tener en vista al momento de ser condenado, viéndose de este modo perjudicado para acceder a un modo de cumplimiento de la pena 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. De este modo, la trasgresión anotada aquí se verifica por el desconocimiento no sólo de principios de legalidad, sino también, del *indubio pro reo* y *favor personae* que importa aplicar la norma o interpretación más favorable o que menos requisitos o restricciones imponga para el acceso o goce de una garantía a la persona en el ejercicio de una garantía.

DÉCIMO QUINTO.- Que, sobre el particular, esta Magistratura ha indicado que el principio de legalidad exige que una ley previa establezca no sólo la duración y el tipo de pena, sino también las circunstancias de ejecución de la misma, es decir, las condiciones de cumplimiento. (STC 2983 c. 23). Pues bien, estos ministros entienden que esta exigencia en la etapa de cumplimiento de la pena, alcanza a los requisitos necesarios para acceder a una forma de cumplimiento de la pena en libertad, la cual no modificará la extensión de la misma, sino que únicamente pretende compatibilizar la responsabilidad del condenado con la necesidad de resocialización y readaptación a la sociedad. De este modo, el elemento central que subyace a la libertad condicional se encuentra en plena vinculación con el objeto de la pena en nuestro sistema, cual es la resocialización del condenado. Por ello, en el análisis del caso concreto, el aumento de los requisitos, obviando las circunstancias particulares de la conducta del requirente, provocan un efecto atentatorio a sus derechos y una transgresión al principio de legalidad penal en los términos antes explicados.

DÉCIMO SEXTO.- Que, lo que se omite considerar en la situación particular del requirente, al no haber sido siquiera considerado en la nómina de postulantes a la libertad condicional es precisamente la conducta de éste, siendo el elemento conductual el principio rector detrás de la concesión de la libertad condicional, por cuanto, a partir de estas consideraciones se logra apreciar la aptitud del beneficiario para reinserirse en la sociedad, debiendo ser este el factor decisivo a ser considerando para otorgar o denegar el beneficio. Lo anterior, con el agravante que, a la data de condena del requirente, las condiciones exigidas para acceder a la libertad condicional estaban claramente establecidas y eran de conocimiento incluso para el mismo condenado, no pudiendo atribuirse a éste responsabilidad alguna en una posterior modificación de esos requisitos, los cuales pasaron a imponerse por encima de la verdadera capacidad de resocialización y, por ende, se apartaron de la verdadera finalidad del sistema represivo penal.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Que finalmente, el cambio de requisitos exigidos al condenado para acceder a la libertad condicional, mientras este se encuentra cumpliendo la pena, puede provocar un trato diferenciado entre personas que se encuentran en igual situación -cumpliendo una pena privativa de libertad-, cuestión



000141

ciento cuarenta y una

que puede resultar atentatorio a la garantía de igualdad ante la ley. Ello, como consecuencia de la aplicación de un cuerpo legal que afectará a algunos condenados y no a otros, de modo tal que habiendo sido condenados dos sujetos en una misma época, y quedando por tanto, afectos a iguales condiciones normativas en el cumplimiento de la condena, podría ocurrir que a uno de ellos se le imponga un cambio de circunstancias que lo afecta directamente en la posibilidad de recuperar su libertad personal -como ocurre precisamente con el requirente-, mientras que a otro no, por el solo hecho -por ejemplo- de haber postulado el día antes del cambio de esas exigencias. Vale decir, se hace pender de un elemento temporal, ajeno a la voluntad del condenado, la posibilidad de acceder a un derecho de tal relevancia como es la libertad personal.

DÉCIMO OCTAVO.- Que no debemos olvidar que tal como ha señalado invariablemente este Tribunal Constitucional, la igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes. Pues bien, esta exigencia no se verifica 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.

DÉCIMO NOVENO.- Que, es en atención a los argumentos expuestos, y a las infracciones constitucionales indicadas el presente requerimiento de inaplicabilidad debe ser acogido.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. **QUE SE ACOGE EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARAN INAPLICABLES LOS ARTÍCULOS 3° BIS Y 9° DEL DECRETO LEY N° 321 QUE ESTABLECE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA LAS PERSONAS CONDENADAS A PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN PROCESO SOBRE RECURSO DE AMPARO ANTE LA CORTE DE**



**APELACIONES DE SANTIAGO, BAJO ROL N° 1529-2019.
OFÍCIESE.**

**II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO
DECRETADA EN AUTOS.**

DISIDENCIA:

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora María Luisa Brahm Barril (Presidenta), y los Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Nelson Pozo Silva quienes estuvieron por rechazar el libelo de fojas 1, por las consideraciones siguientes:

I.- CONSIDERACIONES GENERALES.

1°. Que desde una perspectiva formal el conflicto que se exhibe se sitúa en un ámbito de mera legalidad, en razón de que el análisis sobre el efecto temporal de una norma corresponde siempre al conocimiento y decisión del sentenciador del fondo, soberano este para analizar e interpretar el espectro jurídico del precepto que se impugna, máxime si ello debe ser estudiado en conjunto con disposiciones de naturaleza reglamentaria que conforman un todo armónico para la decisión que se realiza por el Tribunal de Conducta, caso a caso;

2°. Que la cuestión de determinar la vigencia de una ley es típica materia de legalidad, la determinación de si ese cambio es o no desfavorable no es algo que pueda resolver de manera abstracta el Tribunal Constitucional. Así, corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción dispuesta por el legislador, realizar tal determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, aspectos todos que sólo pueden ser singularizados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarla. (STC ROL N°5677-CS, sobre requerimiento de inconstitucionalidad respecto de los artículos 12 y 3 bis del proyecto de ley que sustituyó el Decreto Ley N°321, que establece la libertad condicional para los penados).

El artículo 9° del DL N°321 especifica el momento a partir del cual se aplican estos requisitos. En consecuencia, esta dimensión impide estimar los alcances definitivos de una deliberación en torno a los efectos retroactivos de esta legislación en la medida que fue el legislador el que señaló de modo general el momento a partir del cual no solo rige la ley, sino también que se han de cumplir los requisitos respecto de las personas condenadas que postulan a la libertad condicional;

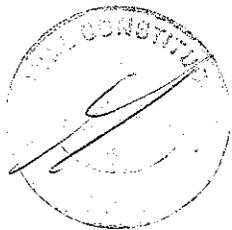
**II.- PRESUPUESTO FÁCTICO A DILUCIDAR
CONSTITUCIONALMENTE.**



000142

Ciento cuarenta y dos

3°. Que la requirente impugna por inconstitucional el artículo 9° y 3 bis, ambos del Decreto Ley N°321, para que sea inaplicado en la acción constitucional de amparo, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 1529-2019. Con fecha 18.07.19, se realizó la vista de la causa y se dictó sentencia en la misma, la cual rechazó el recurso de amparo deducido a favor de don Rodrigo Pérez Martínez, en base a dos argumentos: 1.- “que conforme a lo prescrito en el artículo 103 del Decreto Supremo N° 518 de 1998 del Ministerio de Justicia, en relación al artículo 3, inciso 3, del Decreto Ley N° 321, dentro de los requisitos para optar al beneficio de Libertad Condicional, es necesario el cumplimiento del tiempo mínimo de cumplimiento de la pena que, en la especie, y según las modificaciones introducidas por las leyes N° 20.931 y N° 21.124, en lo que dice relación con el delito de secuestro calificado, es necesario que haya cumplido los dos tercios de la pena al momento de la postulación, requisito que en el caso en análisis no acontece, careciendo el interno del derecho a ser postulado al beneficio; y 2.- Que no es procedente aplicar la antigua legislación que exigía sólo la mitad de la condena, como requisito de procedencia, en esta clase de ilícitos, de la libertad condicional, puesto que el artículo 18 del Código Penal se refiere únicamente a los casos en que una nueva ley sea más rigurosa en lo que se refiere a la entidad de la pena, que no es el caso de autos dado que la modificación introducida a la ley de Libertad Condicional dice relación únicamente con un requisito administrativo para gozar de dicho beneficio;



4°. Que el recurso se dedujo en contra de Gendarmería de Chile, por la decisión de no postularlo al beneficio de la Libertad Condicional, que estima ilegal y arbitraria, además de afectar su libertad personal. Argumenta la acción de amparo en base a que el tribunal de conducta en que se encuentra privado de libertad (Punta Peuco) incumplió un mandato legal y no lo calificó y postuló en ninguna lista para el beneficio en comento, escudándose en una errónea interpretación de las modificaciones incorporadas en la materia, en circunstancias que a su juicio si cumpliría con todos los requisitos legales, estimando que evaluar la postulación conforme a las reformas incorporadas en enero de 2019, es inconstitucional y arbitrario, pues exige más requisitos que los del periodo de postulación anterior, no considera las normas vigentes al momento de los hechos o del juzgamiento e impone condiciones distintas respecto a quienes fueron postulados con anterioridad, alegando por ello una infracción al principio de irretroactividad de la ley;

III.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL EFECTIVO.

5°. Que la parte requirente aduce que se aplica retroactivamente requisitos más gravosos que aquellos vigentes al momento de la sentencia condenatoria y de inicio al cumplimiento de la condena, y que, además, no existían al momento de su postulación, con lo cual se infringirían los artículos 1°, 5° inciso



2°, 6°, 7°, 19, Nos. 2, 3, 7 y 26 de la Constitución, como del mismo modo se vulnerarían disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Fundamenta su pretensión constitucional en la vulneración de los principios de irretroactividad de la ley penal desfavorable y la excepción de retroactividad benigna o *lex mitior*, los que se constituirían en una de las concreciones básicas del principio de legalidad y del principio *pro reo*. En forma conjunta señala además que se afecta el principio de igualdad ante la ley, toda vez que por la modificación, se produce un trato desigual entre quienes cometieron delitos en la misma época del requirente, pero que fueron juzgados e ingresaron a cumplir condena con anterioridad a él, y se les aplicó el régimen de requisitos de tiempo para postular a la libertad condicional anterior a la modificación de la ley 21.124 (es decir, la mitad de la condena como tiempo mínimo) lo que les significó que se les reconoció y concedió su libertad condicional y quienes actualmente cumplen condena por hechos acaecidos en la misma época que los anteriores y por los mismos delitos que los anteriores, pero que por ser más largo la tramitación judicial de su caso, ingresaron a cumplir condena posteriormente, lo que les significó que hoy al recurrido se le aplique el requisito de tiempo de la Ley N° 21.124 (2/3 de la pena), por aplicación del artículo 9 del DL 321" (fojas 6);

IV.- LO SINGULARMENTE PEDIDO EN SEDE CONSTITUCIONAL.

6°. Que, la requirente señala que la inconstitucionalidad se genera "por cuanto la norma, agrava y aumenta los requisitos (en este caso el tiempo de la mitad de la condena a 2/3 de ella), respecto de ciertos postulantes, que cumplen condena por determinados delitos, imponiendo como fecha de entrada en vigencia y de aplicación de dichos nuevos requisitos temporales, para aquellos que postulan el 1er semestre del año 2019, sin importar cuando fue la fecha de comisión del delito respecto al cual cumple condena, sin importar cuándo fue la fecha de juzgamiento o de condena firme y ejecutoriada, sin importar cuál fue la fecha de ingreso del postulante al penal a cumplir la pena, y sin importar si el postulante ya había sido incluido o no en procesos anteriores de postulación a la libertad condicional mediante la aplicación de los requisitos anteriores a la modificación de la norma en comento." (fojas 6)

7°. Que de manera sucinta, la solicitante invoca haber cumplido con todos los requisitos objetivos para acceder a la libertad condicional, añadiendo que la actuación de Gendarmería fue arbitraria e inconstitucional en tanto infringe las normas constitucionales establecidas en los artículos 1°, 5° inciso segundo, 6°, 7° de la Constitución, al efectuar una interpretación errónea de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.124, cambiando con ello la teoría de determinación de los tiempos mínimos requeridos para estos efectos;



000143
Ciento cuarenta y tres

El petitorio de fojas 17 solicita derechamente la inaplicación por inconstitucionalidad en relación al recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago, de los artículos 9 y 2 bis del DL N°321, luego de recurrir a la normativa constitucional y de índole internacional, relativa a tratados internacionales, sin señalar que preceptos subsidiarían la mencionada inaplicabilidad, razón por la cual la propia petición carece de sustento real;

V.- PRECEDENTES: ROLES N°5677 Y N°5678. RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL ES UNA CUESTIÓN DE LEGALIDAD.

8°. Que “la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nos ofrece variadas pautas interpretativas en casos como el planteado. En diversas sentencias ha tenido que dilucidar requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en que se sostiene la hipótesis más tradicional del principio de irretroactividad de la ley penal, esto es, por las modificaciones de tipos penales (STC ROL N°5677 (5678) c.24);

9°. Que, en el contexto expresado, “las sentencias roles 2673, 2957, 3252, 3630 y 3844, entre otras, ha abordado directamente esta materia. Reproduciendo la esencia de esa doctrina hemos señalado que “la determinación de si ese cambio es o no desfavorable, no es algo que pueda resolver de manera abstracta por este Tribunal. Corresponderá al juez de fondo, más allá de la redacción dispuesta por el legislador, realizar dicha determinación, comparando las normas derogadas con las nuevas introducidas, pudiendo presentarse –como resultado de esa comparación– distintas posibilidades; entre ellas: la posible despenalización de conductas antes ilícitas, la aplicación más favorable al acusado de las normas contenidas en la nueva ley por observancia de la *lex mitior*; la aplicación del *in dubio pro reo*; la subsunción de hechos constitutivos de la quiebra culpable o fraudulenta en disposiciones de la nueva ley y la aplicación de la ley más favorable, o la aplicación preteractiva de las normas derogadas; aspectos todos que sólo pueden ser determinados mediante la interpretación que realice el juez ordinario llamado naturalmente a aplicarlas” (STC 2957, c. 34°)” (STC ROL N°5677 (5678) c.25);

10°. Que “cabe constatar que se trata de la versión más clásica de la excepción al principio de irretroactividad de la ley penal en orden a identificar si un delito pasó o no a tener un régimen más benigno con la nueva ley. Si ello se deriva a un estudio específico que vincule normas con hechos, en una competencia propia del juez de fondo, con mayor razón cuando se refiera a cuestiones normativas relativas a la ejecución de la pena, pese a que abordaremos directamente este punto al final” (STC ROL N°5677 (5678) c. 26);

VI.- CONSIDERACIONES GENERALES DE CONTEXTO EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD PENAL.



11°. Que, sobre este último punto, esta Magistratura ha tenido un criterio amplio de elementos que se han de considerar como legislación retroactiva más favorable, pero sólo frente al dilema de determinación de la pena. Aquello ocurre y se despeja no sólo cuando hay rebajas de penas o abrogación de conductas típicas. Sino también cuando existen elementos que “puedan resultar determinante de la responsabilidad criminal (reglas sobre prescripción, utilización de antecedentes penales, cumplimiento de condena, etc.)” (STC Rol N°3844-17, c.8°).

En ese laudo se incorporó un voto particular, en el cual se incluyó que la prohibición constitucional estaba determinada en la aplicación de leyes penales con efecto retroactivo siempre y cuando ellas impliquen empeorar las condiciones del imputado, la cual se manifestaba en la exigencia que la regla constitucional reseñada servía de base al artículo 18 del Código Penal, norma jurídica que tienen operatividad no sólo para eximir al hecho de toda pena sino también si la nueva pena fuere menos rigurosa, y, además, se consagraren eximentes de responsabilidad penal o circunstancias atenuantes que beneficien al condenado;

12°. Que el sentido del referido artículo 18 del Código punitivo es que el precepto legal objetado tiene un carácter restrictivo que impide la opción de aplicar en toda su extensión la regla constitucional, lo cual consiste en aquel análisis que realiza el juez de mérito al determinar el proceso de individualización de la pena, proceso que no puede obviar los parámetros fijados por el constituyente en el artículo 19, N°3, inciso 8° de la Carta Fundamental, operación que es propia de la Magistratura ordinaria, y que escapa en el caso concreto a la competencia de esta jurisdicción constitucional (voto particular en STC ROL N°3844-17-INA);

13°. Que, sin embargo, es del caso determinar los efectos y la amplitud del control de constitucionalidad que se puede hacer en la especie. No debemos olvidar, que el ámbito del control constitucional nunca puede abandonar que “se trata de verificar la compatibilidad entre los preceptos de nuestra ley fundamental y determinadas decisiones del legislador ordinario en materia penal. Cualquier pretensión de sacar conclusiones que no tenga apoyo directo en los valores, principios o reglas constitucionales deberá buscar otro referente de legitimidad” (Jose Luis Díez Ripollés, *La Racionalidad de las Leyes Penales*. Ed. Trotta, 2da. Ed. Ampliada, 2013, Madrid, p. 211).

Que, como se dijo en las consideraciones previas y sin perjuicio de la admisibilidad de la presente acción, nada impide que en esta sentencia se invoquen argumentos relativos a la forma y al fondo, de manera que no resulta adecuado aducir 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 lo pertinente es que el debate y solución de la controversia sea ante el juez de fondo, por tratarse de un asunto de mera legalidad;



000144
ciento cuarenta y cuatro

VII.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS.

14°. Que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en el asunto del Río Prada (STEDH Del Río Prada c. España, (Demanda N°42750/09), 21 de octubre de 2013) cambió el criterio jurisprudencial aplicado hasta entonces, que acuñaba la denominada "Doctrina Parot", apartándose de la misma, para comenzar a distinguir entre la pena propiamente tal y su ejecución a efectos de determinar que el principio de irretroactividad de la ley penal se aplica sólo a la pena, y no a la ejecución.

Así declaró que la aplicación de la "doctrina Parot" a un terrorista de la organización ETA, que había sido condenado a casi 4.000 años de prisión por la comisión de numerosos asesinatos consumados y otros en grado de tentativa, suponía la vulneración del principio de irretroactividad de las penas, previsto en el art. 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que reconoce el principio de legalidad penal ("no hay pena sin ley") y el derecho a la libertad personal, previsto en el art. 5 mismo Convenio;

15°. Que establece en la actualidad que las cuestiones relativas a la ejecución de la pena impuesta, no a la pena misma, no afectan al 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 puedan afectar al derecho a la libertad. Diferencia entre pena y medida de cumplimiento, ejecución o aplicación concreta de la pena impuesta, remarcando que no tienen la misma finalidad;

16°. Que resulta ilustrativo que "Las Nuevas Reglas Penitenciarias del Consejo de Europa", promulgadas en Enero de 2006, establecen como base combinada tres principios: principio de personalidad, principio de ubicuidad y principio de especialidad, que regulan el régimen penitenciario y las condiciones dignas para los internos, pero que en ningún caso le otorgan una impronta de naturaleza punitiva a dicha normativa, sino que eminentemente tienen un **sello penitenciario administrativo**, en la medida que tales Reglas Penitenciarias no son sino una recomendación y no un instrumento normativo de obligado cumplimiento, cuya conculcación pueda ser denunciada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Abel Téllez Aguilera, Las Nuevas Reglas Penitencias del Consejo de Europa, Ed. Edisofer S.L., Madrid, 2006).

De esta manera, el aspecto penitenciario de la reglamentación penitenciaria, incluyendo sus beneficios, no puede ser calificado como reglas propias del Derecho penal;

VIII.- HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY.

17°. Que el asunto que el recurrente invoca sobre la "Irretroactividad de la ley penal" ha sido debatido y zanjado explícitamente en el proceso legislativo



soberano, y en él se ha declarado y normado que tanto el Decreto Ley N° 321 como la Ley N°21.124, no tienen calidad de ley penal, pues son leyes administrativas sobre la ejecución de la pena, y rigen "in Actum";

18°. Que habiendo desarrollado los parlamentarios un debate y controversia fue explícitamente el proceso legislativo soberano que señaló que tanto la Ley N°21.124 y el Decreto Ley N°321 son leyes administrativas, relativas a la ejecución penal y, en tal sentido, se incorpora como consta en Actas, el artículo 9° de la Ley, de tal modo que el cuestionamiento que se pretenda hacer al artículo 9° del D.L. N°321 no resulta plausible, pues contradice manifiestamente la voluntad del legislador (Historia de la Ley N°21.124, Biblioteca del Congreso, pags. 43 y 44), en el sentido que contravenir su claridad idiomática y precisión, vía una interpretación, no puede estimarse que estamos ante una antinomia constitucional que sea susceptible de solucionarse por la vía de la inaplicación establecida en el artículo 93, N°6 de la Carta Política;

19°. Que, en el mismo sentido, no resulta pertinente acoger la petición del actor constitucional, cuando el resultado que el legislador ha querido evitar con la dictación de la norma cuestionada no es más que obviar errores del proceso de libertad condicional, que de manera enfática establecen la naturaleza administrativa de la preceptiva, lo cual infiere que dichas disposiciones se aplican "in actum", tal como quedó plasmado en el texto legal;

IX.- GARANTÍAS CONSTITUCIONALES INVOCADAS.

20°. **PRINCIPIO DE LEGALIDAD.** Que la requirente solicita en el caso sub iudice vulneración del principio de legalidad en materia penal, pues transfiere a la ejecución de la pena la garantía del artículo 19, N°3, inciso 8°, recurriendo de manera errónea a considerar que las normas penitenciarias son de carácter sustantivo, es decir, sujetas al artículo 19, N°3, inciso 8° constitucional, circunstancia que del propio tenor del texto constitucional el establecimiento de la pena se efectúa en base a la ley vigente a la perpetración o comisión del ilícito, sin perjuicio que otra ley posterior le sea más favorable;

21°. Que, sin embargo, no es posible acoger la tesis de la requirente en la medida, que el objeto de la norma cuestionada no es la aplicación de la pena, sino que lo configura un hecho posterior, que es la dictación de una norma que establece, tal como se explicita en la discusión parlamentaria citada referida a la historia fidedigna de la ley, que el otorgamiento de un beneficio y no un derecho, es propio del ámbito del derecho administrativo penitenciario, por tanto, carece de asidero la argumentación solicitada, lo cual equivale a que la premisa de la peticionaria resulta inidónea a tal efecto;

22°. **PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE.** Que tal como se señaló, de manera previa, en el capítulo V de este



000145
ciento Cuarenta y cinco

fallo, no es posible estimar – en el caso concreto – que el cumplimiento de la pena y la obtención de beneficios puedan estar afectos al principio de irretroactividad penal, tomando en consideración que el objetivo de todo proceso punitivo es la obtención del fin, esto es una sentencia: absolutoria o condenatoria; volver a discutir bajo el alero del principio de irretroactividad el principio de legalidad, circunstancias que no son susceptibles de ser debatible ni transable, pues tal garantía de legalidad significa un elemento de certeza jurídica al condenado, por lo tanto, la línea argumentativa de la actora de inaplicabilidad tampoco parece pertinente al caso específico sobre la que incide;

23°. IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA. Que ya es un criterio asentado por esta Magistratura que: "...la igualdad ante la ley de la siguiente forma: "las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentran en situaciones diferentes. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición" (STC R. 1254-08, c.46°);

24°. Que la igualdad es un concepto relacional.

"La igualdad es una idea inconformista y, por tanto, se trata de una noción normativa, no descriptiva. No somos iguales, pero debemos serlo, al menos en ciertos aspectos en los que sea convenido serlo. No es del caso partir de un concepto de igualdad que incluya todos los aspectos de esta. Al revés, es preferible seguir el camino consistente en identificar primero cada uno de tales aspectos y amasar la esperanza de que, al proceder de esa manera, podamos tener, al cabo, una mejor idea de igualdad" (Agustín Squella, La Igualdad, Ed.UV de la Universidad de Valparaíso, Chile, 2015, p. 18);

25°. Que la igualdad invocada por la actora en su presentación de fojas 1 y siguientes se fundamenta en una presunta afectación de la igualdad ante la ley, en la medida que el artículo 9 del DL N°321 dirige al juez el aplicar preteractivamente la ley penitenciaria, configurando en criterio de la requirente una discriminación arbitraria en los términos del artículo 19, N°2 de la Carta Fundamental (fojas 6 de su libelo);

26°. Que ante la hipótesis deducida a fojas 1, no cabe más que rechazar tal razonamiento, infiriendo que toda supresión de la arbitrariedad que impone la justicia como esencia a la igualdad equivalente a lo que la doctrina suele denominar "igualdad relativa de trato", que debe el Estado a los hombres, el correcto criterio interpretativo es que la Constitución considera una igualdad relativa, con un trato diferenciado y pluralista para resolver situaciones también diferentes. Y no constando, que exista una situación de arbitrariedad en el caso de fondo, y



siguiendo los parámetros de la jurisprudencia de esta Magistratura señalados precedentemente, no cabe más que rechazar la pretensión deducida en relación a este tópico;

X.- OTROS ARGUMENTOS PARA RECHAZAR.

27°. Que existiendo una clara diferencia entre la pena y la forma de cumplimiento de esta. La pena en el propio Código Penal, es el instituto que establece de manera específica en el Libro Primero, Título III, en el párrafo relativo a las penas en general, fijando la naturaleza y efecto de alguna de estas penas (art. 32 y siguientes del Código punitivo), dejando expresamente establecido que la ejecución de la pena se hace en virtud de una sentencia ejecutoriada (art. 79) y la forma general de ejecución se cumple en el modo que establezcan los reglamentos especiales para el gobierno de los establecimientos en que deban cumplirse las penas. Además, se establece como normativa complementaria el Decreto 518 de 22 de mayo de 1998, del Ministerio de Justicia, Reglamento que versa sobre establecimientos penitenciarios, publicado en el Diario Oficial el 21 de agosto de 1998, el cual prescribe: "artículo 3°. Para los fines del presente Reglamento, las expresiones "Administración Penitenciaria" y "Administración" se entenderán referidas a Gendarmería de Chile". Y en todo el cuerpo del Decreto se fijan reglas y normas tendientes a la administración de recintos penitenciarios, su régimen interno y obligaciones y otras particularidades como las condiciones básicas de vida, comunicaciones e informaciones y ciertas materias que implican otorgar a la administración penitenciaria orientaciones que no resultan en modo alguno comprendidas por el derecho punitivo, sino más bien reafirman reglas propias de la administración de establecimientos penitenciarios;

28°. **NO SON ACTOS JURISDICCIONALES.** Que atendido lo anterior, no podemos calificar que la naturaleza y función de la administración de establecimientos penitenciarios, ni el funcionamiento de la Comisión de Libertad Condicional sea susceptible de calificarse como labor jurisdiccional, atendido el antecedente ya refrendado de que estamos dentro de materias propias de la Administración, por lo que las normas pertinentes son de naturaleza administrativa y carecen de mérito jurisdiccional, lo cual configura que la mera concesión del beneficio implica la concurrencia de ciertos requisitos y la naturaleza jurídica del órgano que la concede es indubitablemente administrativo;

29°. Que, a mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional no resulta competente para pronunciarse sobre temas de índole administrativo penitenciario, puesto que aquellos por su esencia administrativa y no penal, en cada circunstancia y momento en el cual exista proceso de postulación, será la ley vigente a aplicar en el caso específico, dado que se concibe a la libertad condicional como un proceso administrativo, totalmente ajeno a lo jurisdiccional.



000146
ciento cuarenta y seis

No debemos olvidar que la libertad condicional es sólo una forma particular de cumplir la pena, por lo que las normas que la regulan son efecto de las normas penales. La libertad condicional es una de las fases del sistema progresivo de ejecución de sanciones y es considerada como un periodo de cumplimiento que forma parte de la ejecución de la pena privativa de libertad. Así la libertad condicional participa de la esencia del carácter de un efecto de la pena, pues se integra como el último periodo de cumplimiento de la pena en una libertad condicionada.

Que, del mismo modo como la tipicidad, la determinación de la pena queda afinada al momento de la condena, el surgimiento a posteriori de una ley más benigna en cuanto a la pena produce la opción de aplicar el artículo 18 del Código Penal, esto es, una operación de mera legalidad para la cual los jueces de fondo son los llamados a determinar;

30°. Que no procede aplicar el control de convencionalidad, tal como lo requiere el peticionario de inaplicación, en el marco de la sede del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, puesto que no despliega ni desarrolla argumentos que profundicen como en el caso concreto puede materializarse dicha operación, asimismo, debe tenerse presente que en la causa de mérito ya fue aplicada la pena, razón por la cual carece de pertinencia la alegación de vicio de inconstitucionalidad deducida, dado que cualquier modificación o afectación al cumplimiento de la pena es un tema debatible en el campo de la mera legalidad, ante lo cual esta Magistratura carece de competencia para involucrarse en tal cuestionamiento;

XI.- BENEFICIO O DERECHO.

31°. Que resulta ilustrativo entender que no resulta pertinente confundir los conceptos de "beneficio" con "derecho", más aún por tratarse de nociones jurídicas diferentes y cuyos campos de aplicación no pueden mezclarse ni ser susceptibles de interpretación.

Por beneficio, en términos generales se entiende: "aquel bien que se hace o se recibe; utilidad (provecho); labor y cultivo que se da a los campos, árboles, etc.". Beneficios penitenciarios: "medidas que, articuladas como derechos en el marco penitenciario y con el fin de facilitar la reeducación y la reinserción social del recluso, permiten la reducción de la duración de la condena o el adelantamiento de la libertad condicional" (Diccionario de la Lengua, RAE, Tomo I, 2014, p. 299);

32°. Por derecho se ha entendido lo siguiente: "...el vocablo "derecho" significa la facultad de exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en favor de una persona, o que el dueño de una cosa permita en ello..." "Arredondo con Ochsenius, J. de L. de Temuco, 28 de marzo de 1932, c. 4°" (G. 1932, 2°sem.,



p.564)(Elena Caffarena de Jiles, Diccionario de Jurisprudencia Chilena, Ed. Jurídica de Chile, 1959, p.121).

Que, por último, sobre la controversia deducida por la actora constitucional cabe recordar lo que ha dicho la Corte Suprema: “De lo expuesto aparecen de manifiesto las facultades que tanto la Ley Orgánica de Gendarmería como el Reglamento Penitenciario han otorgado a dicha institución para cumplir sus objetivos y finalidades dentro del marco constitucional y legal, velando por el respeto de los derechos establecidos a favor de quienes deben permanecer bajo su custodia. Desde esta perspectiva, Gendarmería no sólo debe desarrollar sus funciones ajustada a lo que establece la Constitución Política de la República, sino además se comprende la obligación de velar por el resguardo de los derechos constitucionales que asisten a los internos. Es en este entendido que Gendarmería tiene el deber de velar por la vida de quienes están reclusos, cumpliéndose así el mandato constitucional”. (Corte Suprema, Rol N°7074-2010, de 1 de noviembre de 2010, Revista Gaceta Jurídica N°364) (Mario Verdugo Marinkovic, Diccionario de Jurisprudencia Judicial Chilena, Ed.Thomson Reuters La Ley, Santiago, Chile, p.139).

Que atendido lo expuesto y la debida precisión de los términos jurídicos y su expresión de uso frecuente de ellos, no es posible estimar como sinónimos los términos derecho y beneficio, en el entendido que corresponden a dos entidades independientes, donde el derecho siempre implica la opción de coacción y el beneficio carece de esta, por depender de factores subjetivos u objetivos entregados al arbitrio de quien lo concede;

33°. Que, habiéndose establecido que la libertad condicional es una medida de carácter penitenciario de excepción, en un sistema progresivo de cumplimiento de la pena, el legislador en el decurso del tiempo se ha encargado no solo de diferenciarlas de otras instituciones como el indulto, sino también de decantar que es una forma de cumplir la pena en libertad, para lo cual se deben cumplir determinados requisitos básicos y habilitantes.

Es así, que, encontrándonos ante condiciones generales para la obtención de la libertad, si se dicta una norma que establece un régimen más favorable para el privado de libertad, obviamente se le aplicará y entrará en vigencia “in actum”, todo lo cual no significa que estemos en el ámbito penal sustantivo como pretende la actora de autos, sino más bien, dejando en claro que las normas sobre libertad condicional, son de carácter administrativo y no penal. El proceso de obtención de libertad condicional, tal como se señaló implica una etapa previa de postulación, donde los requisitos deben cumplirse al momento de esa postulación, por lo tanto, resultaría ilógico y contrario a la equidad, el aceptar condicionamientos y requisitos de una época pretérita, como acaece con el plazo de cumplimiento efectivo;



000147
ciento cuarenta y siete

XII.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD QUE INCIDE.

34°. Que la moderna doctrina de los denominados crímenes contra la humanidad, se ha desvinculado de la noción del contexto de guerra: "Para dotar a la comunidad internacional de instrumentos jurídicos más precisos que las normas consuetudinarias entendidas en el sentido del Derecho internacional clásico, se adoptaron los Convenios de Ginebra y el Convenio de genocidio, en 1949 y 1948, respectivamente" (Margalida Capella i Roig, *La tipificación Internacional de los Crímenes contra la Humanidad*, Ed. Tiran lo Blanch - Universidad de las Islas Baleares, 2005, Valencia, p. 381).

En cuanto a su tipificación formal se reafirma la irrelevancia de su comisión en tiempo de guerra, resaltándose el "proceso reside en que la mayor parte de las conductas que se incluyen entre los crímenes contra la humanidad ya constituyen por sí mismas crímenes ordinarios en los ordenamientos internos, pero lo que hace que trasciendan estos ordenamientos para insertarse en el Derecho internacional viene determinado por su comisión en unas circunstancias o con una intencionalidad específicas..." (Margalida Carpella i Roig, *op.cit.*, p. 383);

35°. Que la naturaleza jurídica de tales ilícitos atentatorios contra la humanidad implica garantizar los principios del Derecho penal reconocido en el Derecho interno y en el Derecho internacional, tales como la garantía del *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege, non bis in idem* y la participación personal en el acto (Andrés J. D'Alessio, *Los Delitos de Lesa Humanidad*, Ed. AbeledoPerrot, 2008, Argentina, p. 55-70), todos los cuales deberían ser concordados y aplicados por el juez de mérito en el caso concreto de autos, por corresponder a este un rol determinante en la verificación y comprobación del injusto respectivo;

36°. Que "los problemas de la legalidad que surgen de las discrepancias entre la ley existente al momento de las violaciones (de derechos humanos) y las leyes que se consideraron necesarios para ejercer el castigo" (Carlos Nino, *Juicio al mal absoluto*, Ed. Ariel, Argentina, 1996, p. 219), reafirman que la cuestión de legalidad, en las cuales la presencia o ausencia de ciertas normas jurídicas afectan la viabilidad y las justificaciones que se utilizaron o se utilizan en estos juicios, lo cual es resuelto a partir de la existencia de principios universales e inmutables de índole moral que establece patrones de justicia y derechos que pertenecen a los hombres simplemente por el hecho de ser hombres. Por tanto, las reglas positivas sancionadas por hombres son ley sólo en el caso de que no contradigan aquellos principios;

37°. Que en el caso concreto sub judice nos enfrentamos a ponderar si en materia de libertad condicional le son aplicable estándares comunes o estándares internacionales en la procedencia de dicho beneficio penitenciario. Esclarecedor es un artículo aparecido en una Revista de Ciencias Penales (artículo aceptado para publicación el 30 de octubre de 2018), de las autoras Karinna Fernández Neira y



Claudia Cárdenas Aravena quienes concluyen: “De conformidad con el derecho penal internacional, es el derecho interno de cada Estado el llamado a regular las formas de cumplir las penas de los crímenes de lesa humanidad. Entrega ciertos criterios de actuaciones, cuya ponderación y aplicación por los tribunales es susceptible de que se llegue a soluciones diversas. Para dar reglas que excluyan algunas de las soluciones posibles, corresponde a los poderes colegisladores trabajar.

Los criterios del derecho penal internacional para el castigo de los crímenes contra el derecho internacional abarcan la proporcionalidad entre la pena impuesta y la especial gravedad del delito, la efectividad del castigo y el que la pena corresponda a la de los delitos más graves del ordenamiento jurídico. El cumplimiento de estos estándares es primordial al momento de la fijación de la pena, pero han de iluminar también el régimen de cumplimiento de la misma. En virtud de ello, las obligaciones internacionales del Estado chileno derivadas de su deber de sancionar a los responsables de los delitos de lesa humanidad se extienden hasta la ejecución de la pena, tal como expresamente lo ha sostenido la Corte IDH.

Por otra parte, una eventual legislación especial para condenados físicamente frágiles debiera ser de aplicación general y no implicar privilegios especiales precisamente para las personas condenadas por los delitos más graves que prevé el ordenamiento jurídico.

Asimismo, una eventual legislación sobre libertad condicional para personas condenadas como responsables de crímenes contra el derecho internacional debiera considerar la normativa aplicable para el beneficio de la salida dominical en estos delitos, de modo de establecer requisitos más exigentes para libertad condicional, atendida la entidad de ambos regímenes.

Por último, sería deseable que una eventual nueva legislación lo aborde solamente lo relativo a las libertades condicionales, sino integralmente lo relativo al castigo efectivo de los crímenes de lesa humanidad, de manera proporcional a su gravedad y a la responsabilidad de la persona condenada.”;

38°. Que en relación a este punto, en cuanto a que el derecho interno reconozca la normativa internacional, integrándola a su ordenamiento jurídico, el tema de la libertad condicional concluye que dichos cuerpos normativos al regular el cumplimiento de la pena de responsables de delitos de lesa humanidad, supone que se trata de penas impuestas satisfaciendo los estándares establecidos por el derecho internacional para el castigo de los crímenes de lesa humanidad, en la práctica prima la legislación domestica del país donde se ejecuta la sentencia, la regulación de la forma de cumplir las penas por crímenes de lesa humanidad, sin perjuicios de fijar como marco mínimo que se trata de una legislación que prevea control judicial, que tenga en cuenta la especial gravedad del delito y que asegure la debida transparencia del proceso y las motivaciones de cada decisión. Esto es lo que sucede al establecerse los requisitos de procedencias y condiciones temporales en la



000148
Ciento cuarenta y ocho

obtención del beneficio de libertad condicional, que se exigen al momento de postulación, tanto en los artículos 3° bis y 9° del Decreto Ley N° 321;

XIII.- CONSIDERACIONES SINGULARES.

39°. Que, junto a lo señalado precedentemente por estos disidentes, cabe considerar que de conformidad al estatuto de ejecución de las penas previsto en los artículos 79 y 80 del Código Penal, y en virtud del Principio de Legalidad la libertad condicional es un beneficio y no un derecho, quedando regulada esta última institución por un derecho adjetivo, es decir no se le aplica la ley penal sustantiva;

40°. Que por otro lado los sujetos institucionales que intervienen son órganos de la administración y afectos a un procedimiento administrativo en todo el proceso de obtención o rechazo que realiza el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario señalado en la parte expositiva de este laudo;

41°. Que las normas de Derecho administrativo son normas que "rigen in actum", circunstancia que determina – caso a caso – las condiciones de postulación y la verificación de los requisitos para la procedencia a postular en la lista susceptible de conceder la Libertad Condicional, en el primer semestre del año 2019;

42°. Que en el caso concreto de estos autos constitucionales no se afectan con nuevas penas ni gravámenes la sanción punitiva ya establecida, por lo cual sólo se han determinado requisitos que deben cumplirse, cuyas condiciones corresponden a la naturaleza jurídica de la libertad condicional, en los términos que establece el artículo 1° del Decreto Ley N° 321, que consagra los fines, entidad y forma que debe regir dicho instituto según el reglamento respectivo;

43°. Que no existe la concesión de un derecho, sólo la entidad administrativa declara que se cumplen los requisitos para la procedencia del referido beneficio de la libertad condicional;

44°. Que, en tal sentido, el Profesor y actual Ministro de la Corte Suprema Carlos Künsemüller L. ha señalado que: "La libertad condicional no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este decreto ley y en el reglamento respectivo". El mismo profesor agrega: "El reglamento del derecho ley citado establece que la libertad condicional es un modo de cumplir en libertad determinadas condiciones, y una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada, y constituye una recompensa para el condenado que ha demostrado encontrarse corregido y rehabilitado para la vida social.

El Reglamento crea un Tribunal de Conducta, el cual confeccionará una lista de los condenados que reúnan los requisitos para obtener su libertad condicional, nomina que será entregada a la Comisión de Libertad Condicional que funciona en la Corte de Apelaciones respectiva, en abril y en octubre del año respectivo, la que



resuelve a base de dicho listado. La Comisión solicitará al Supremo Gobierno la libertad condicional de los condenados que figuren en la lista aludida y que, en su concepto, por mayoría de votos, merezcan esta concesión.” (Diario El Mercurio – Cuerpo A – Stgo-Chile, 10/05/2016, pág. 2).

Y por último, el citado profesor concluye que el tratamiento penitenciario y la libertad condicional están íntimamente ligados entre sí, como que la segunda es la culminación del primero; si el tratamiento ha sido satisfactorio y constructivo, las perspectivas del éxito de la libertad condicional serán mayores, y, a la inversa, las dificultades que surjan en la vida en libertad tendrán como origen... un tratamiento defectuoso o incompleto, con lo cual se reafirma que los requisitos y condiciones para su procedencia deben atenerse a su reglamentación al momento de postularse;

45°. Que dado lo razonado, no se ve afectación constitucional alguna en la institución en cuestión de la libertad condicional, pues nuestro legislador siguiendo las pautas del constituyente estableció requisitos de cumplimiento que sólo afectan un periodo de tiempo inmediato a la evaluación, por lo que ni la igualdad ante la ley, ni el principio de legalidad pueden invocarse, dado que la sentencia se encuentra ejecutoriada y en fase posterior de ejecución, tanto es así que resultaría ilógico e irracional pretender que condiciones o requisitos pretéritos puedan servir para calificar circunstancias previas al funcionamiento del Tribunal de Conducta ya reseñado, razón por la cual no resulta posible, en criterio de esta disidencia, aceptar la tesis planteada por la parte requirente.

La inmodificabilidad de la sentencia penal es tal, que el propio artículo 18 del Código punitivo se encarga de establecer las circunstancias en que pudiere proceder la afectación de una sentencia ejecutoriada. De esta forma en el ámbito de la inaplicabilidad no resulta pertinente sin afectar la cosa juzgada constitucional, entrar a modificar el cumplimiento de una sentencia ejecutoriada por la justicia ordinaria, pues de esta manera se vulneraría el artículo 74 de la Carta Fundamental en relación al artículo 93, N°6 del mismo Código constitucional, al “**hacer revivir procesos fenecidos...**”.

XIV.- A MAYOR ABUNDAMIENTO.

46° Que es del caso considerar que recientemente esta Magistratura se pronunció sobre la constitucionalidad respecto del artículo 9° del Decreto Ley N°321, y de manera contundente estableció la legitimidad constitucional de la referida norma en la causa Rol N°7181-19, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad;

47° Que en relación al artículo 3° bis del Decreto Ley N°321, precepto que establece la participación de sujetos activos y participes en diversos delitos singularizados en la norma, incluyendo los crímenes de lesa humanidad o crímenes de guerra, le resultan plenamente aplicable las consideraciones antes razonadas



000149
ciento cuarenta y nueve

sobre el parámetro constitucional que esta disposición cumple para estimarla acorde a nuestra Carta Fundamental, razón por la cual, igualmente, debe desecharse su impugnación;

XV.- CONCLUSIONES.

48°. Que por los razonamientos antes expuestos y considerando la naturaleza jurídica y fines del instituto de la libertad condicional, como forma de cumplir la pena ya asentada, en fase de ejecución, que le otorga un carácter indubitable de norma administrativa-penitenciaria, no resulta pertinente acoger la hipótesis de la actora constitucional de fojas 1.

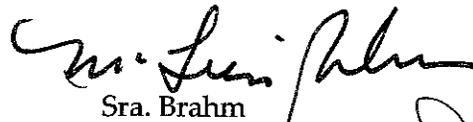
Redactó la sentencia el Ministro señor José Ignacio Vásquez Márquez y la disidencia el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

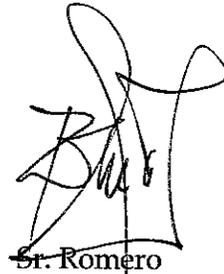
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

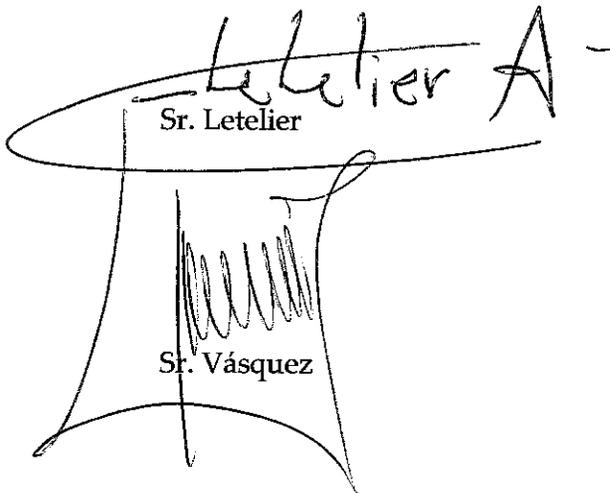
Rol N° 6985-19-INA

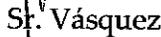


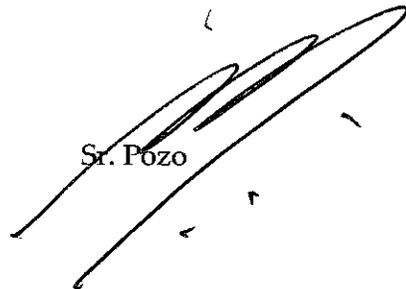

Sr. García

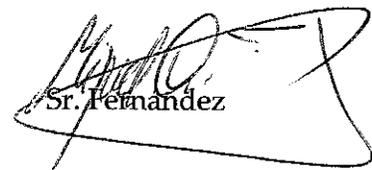

Sra. Brahm


Sr. Romero


Sr. Letelier


Sr. Vásquez


Sr. Pozo


Sr. Fernández



Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora María Luisa Brahm Barril, y sus Ministros señores Iván Aróstica Maldonado, Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza, Juan José Romero Guzmán, Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez, y señor Miguel Ángel Fernández González.

Se certifica que los Ministros señores Iván Aróstica Maldonado y Domingo Hernández Emparanza concurren al acuerdo, pero no suscriben por encontrarse haciendo uso de feriado legal y haber cesado en el cargo, respectivamente.

Autoriza el Secretario (s) del Tribunal Constitucional, señor Sebastián López Magnasco.