



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 9406-2020

[28 de enero de 2021]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 9 Y 3
BIS, DEL D.L. N° 321, DE 1925, DEL MINISTERIO DE JUSTICIA, QUE
ESTABLECE LA LIBERTAD CONDICIONAL

RODRIGO PÉREZ MARTÍNEZ, MARCO ANTONIO BUSTOS
CARRASCO, AQUILES NAVARRETE IZARNOTEGUÍ, Y JULIO
CERDA CARRASCO

EN PROCESO ROL INGRESO CORTE AMPARO N° 1917-2020, SOBRE RECURSO
DE AMPARO, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

VISTOS:

Con fecha 30 de septiembre de 2020, Maximiliano Eduardo Murath Mansilla, en representación convencional de Rodrigo Pérez Martínez, Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnoteguí, y Julio Cerda Carrasco, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 9 y 3 bis, del D.L. N° 321, de 1925, del Ministerio de Justicia, que establece la Libertad Condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, en el proceso Rol Ingreso Corte Amparo N° 1917-2020, sobre recurso de amparo, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

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 2º, 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 3º, según corresponda.*

Además de lo anterior, al momento de postular, 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 conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza. Lo anterior se acreditará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes de los números 8º y 9º del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente.”.

(...)

Artículo 9º. - *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 y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Señalan los afectados ser oficiales en retiro del Ejército de Chile que se encuentran cumpliendo condena en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Punta Peuco, condenados por delitos de secuestro calificado, cada uno a la pena de 5 años y 1 día.

El Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario de Punta Peuco no les postuló en ninguna lista de aquellos postulantes privados de libertad que deben posteriormente ser revisados por la Comisión de Libertad Condicional para el segundo semestre del año 2020, pese a que, sostienen, se cumplían los requisitos para ello.



En el caso del señor Pérez Martínez se destaca la existencia de un pronunciamiento de esta Magistratura, ya en Rol N° 6985-19, que declaró inconstitucionales el artículo 3 bis y el artículo 9 del DL 321, a propósito de no haber sido incluido en la lista de postulantes a libertad condicional del período del primer semestre de 2019. Explica que tras el fallo incluso fue postulado para el segundo semestre de 2019, y sin embargo ahora se ha resuelto no postularlo para el primer y segundo semestre del año 2020, sin que haya modificado su situación o haya incurrido en causal para no ser postulado.

Por lo anterior, el requirente, como abogado, en representación de los afectados interpuso acción de amparo constitucional ante la Corte de Apelaciones de Santiago el día 24 de septiembre de 2020, contra de las resoluciones emitidas por Gendarmería de Chile, de fecha 8 de septiembre de 2020.

En lo relativo al conflicto constitucional expone que 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, 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.

Explica que, desde el punto de vista jurisprudencial, no cabe duda de que la Corte Suprema ha reconocido tanto la aplicación del principio de legalidad en materia de derecho penal penitenciario y/o ejecutivo, como la aplicación al principio de irretroactividad de la ley penal en materia de la etapa de ejecución de pena cuando ésta es más desfavorable al reo. Destaca la discusión jurídica y posición del Tribunal Constitucional respecto a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos de la Ley N° 18.216, refiriendo que respecto a las modificaciones de aquella, esta Magistratura se ha pronunciado reiteradamente, en cuanto a que aquellas que tratan sobre la pena, y en especial aquellas normas que tratan sobre el *ius puniendi* del Estado, tienen como límite el respeto a ciertos principios constitucionales, como lo son el principio de legalidad o el principio de humanidad, entre otros, tal como se ha sostenido en causa Rol N° 3062.

Por lo anterior, concluye que desde una perspectiva material no existen razonamientos que permitan excluir a la etapa de la ejecución de la pena del alcance la prohibición de retroactividad desfavorable, ya que todos y cada uno de ellos afectan a la intensidad de la privación de libertad e impactan, lógicamente en la gravedad real de la pena de prisión.



Comenta que la actuación de Gendarmería fue arbitraria e inconstitucional en tanto infringe las normas constitucionales establecidas en los artículos 1º, 5º inciso segundo, 6º y 7º 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, y afectando la esencia de dichas garantías, de conformidad al artículo 19 N° 26 de la Constitución.

Afirma que igualmente existe vulneración al principio de igualdad ante la ley respecto a otros internos condenados por crímenes de lesa humanidad, y por secuestros calificados en contexto de presuntas violaciones a derechos humanos, en cuanto la Corte Suprema ha concedido libertad condicional a internos del Centro Penitenciario Punta Peuco, exigiéndoles sólo el cumplimiento de la mitad de la condena, sin colaboración sustancial o la confesión del delito. Cita al efecto diversos fallos a fojas 8 y siguientes.

Por último, hace presente que parte de la presente discusión ya fue zanjada en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde el año 2013, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a propósito del “Caso Río Prada con España”. Respecto a tal caso, explica, en síntesis, lo que sigue:

- i. En aquel fallo, entre los años 1988 y 2000 la demandante, una miembro de ETA fue condenada en calidad de autora de asesinato a penas que ascendían a más de 3.000 años de privación de libertad.
- ii. En el año 2000, se unificaron las penas impuestas, conforme al derecho vigente a la época de comisión de los delitos y atendidas las reducciones de condena concedidas en virtud conforme a las normas vigentes a la época de comisión de los delitos y a las dictadas con posterioridad más favorables en aplicación directa del principio pro reo (reducciones por 3282 días) y se estableció como fecha de excarcelación definitiva el 24 de abril 2008.
- iii. No obstante, lo anterior, el 19 de mayo de 2008 se le notificó que en base a nueva jurisprudencia (llamada “doctrina Parot”) los beneficios penitenciarios y las reducciones de pena debían computarse sucesivamente sobre cada una de las penas pronunciadas y no sobre la pena unificada.
- iv. A nivel nacional, la demandante recurrió argumentando la irretroactividad de las normas penales menos favorables ya que, en vez de computarse sobre la condena, cuyo límite máximo de cumplimiento era de treinta años en razón de la acumulación de penas, las reducciones de pena lo serían, a partir de entonces, sobre cada una de las penas pronunciadas, con lo cual la duración de su encarcelamiento se prolongaba cerca de nueve años.



- v. La Audiencia nacional española, desestimó los recursos interpuestos argumentando que, la cuestión que se planteaba no trataba del límite máximo de las penas de prisión, sino de la modalidades de cómputo de los beneficios penitenciarios de dichas penas, con el fin de determinar la fecha de puesta en libertad, agregando que los beneficios penitenciarios se debían desde entonces computar en relación con cada una de las penas tomadas individualmente y que, no se había infringido el principio de no retroactividad, ya que se había aplicado la ley penal que estaba en vigor en el momento de su aplicación.
- vi. Posteriormente la demandante, interpuso un Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional español invocando la prohibición de discriminación, la igualdad de la ley, el derecho a la libertad personal, el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad; recurso que fue declarado inadmisibles aduciendo que la demandante no había justificado la trascendencia constitucional de sus quejas.
- vii. Para resolver, el TEDH se refirió a los principios *Nullum crimen, nulla poena sine lege*; al concepto de “pena” y su alcance y, a la previsibilidad de la Ley Penal, condenando al Estado español, y declarando ilegal el mantenimiento del demandante en régimen de privación de libertad. Al respecto, destaca en lo resuelto:
 - a) Estableció que cuando las medidas que se adoptan por parte del poder legislativo, las autoridades administrativas o los tribunales después de la imposición de la condena definitiva o durante su cumplimiento redundan en una redefinición o modificación del alcance de la “pena” impuesta por el tribunal sentenciador, dichas medidas deben quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición de la aplicación retroactiva de las penas consagrada en el artículo 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prescribe: *“Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”*.
 - b) Agrega que, de otra manera, los Estados serían libres – modificando la ley o reinterpretando los reglamentos vigentes, por ejemplo – de adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta, en perjuicio del condenado, cuando este último no podía imaginarse tal circunstancia en el momento de la comisión del delito. En tales condiciones, el artículo 7.1 quedaría privado de todo efecto útil respecto a las personas condenadas cuyas condenas fueran modificadas ex post facto en su detrimento.
 - c) Señala que para determinar si una medida adoptada durante la ejecución de la condena afecta a su alcance, el Tribunal debe examinar



lo que suponía realmente la “pena” impuesta conforme a la ley nacional en vigor en el momento procesalmente relevante o, en otras palabras, cuál era su naturaleza intrínseca. Para hacerlo, debe tener en cuenta la ley nacional en su conjunto y su forma de aplicación en tal momento.

Tramitación

El día 14 de octubre 2020, a fojas 133 fue admitido a tramitación por resolución de la Primera Sala de esta Magistratura Constitucional. Fue declarado admisible por resolución de la misma Sala el día 29 de octubre de 2020, a fojas 199, confiriéndose traslados de estilo.

La parte querellante de los familiares de Julián Peña Maltés, Alejandro Pinochet Arenas, Manuel Sepúlveda Sánchez, Gonzalo Fuenzalida Navarrete y Julio Muñoz Otárola evacúa traslado a fojas 494 abogando por el rechazo del libelo según lo siguiente:

En el presente caso, los artículos 3 bis y 9 del Decreto Ley N° 321 no tendrán aplicación ni resultarán decisivos para resolver el presente asunto, referido a la no postulación al beneficio de la libertad condicional. Esto por dos motivos. En primer lugar, como ha señalado la Excm. Corte Suprema de Justicia: *“la decisión de no postular al interno al proceso de libertad condicional no implica una amenaza ilegal a la libertad personal del amparado”*.

Esto es tan evidente que incluso, habiéndose acogido previamente por este Tribunal un requerimiento en términos casi idénticos, a saber, el Rol N° 6985- 19-INA, cuya resolución -pese a constituir una jurisprudencia minoritaria, no fue decisiva motivando que el amparo del requirente, Rodrigo Pérez Martínez, fuera rechazado por la Corte Suprema.

La jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Constitucional mayoritariamente ha rechazado estos requerimientos. A nivel doméstico, la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias coinciden en que las disposiciones sobre libertad condicional son reglas administrativas no comprendidas en la garantía de la legalidad penal.

En conexión con lo expresado anteriormente, en realidad lo planteado se trata de una cuestión de mera legalidad, sobre sentido, alcance e interpretación legal.

La Unidad Programa de Derechos Humanos, de la Subsecretaría de Derechos Humanos, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos formula observaciones a fojas 501. Comparte lo expresado por la querellante en torno al carácter no decisivo de los preceptos referidos, aludiendo a la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto, como así también las alegaciones relativas a la falta de fundamento del libelo.



El Consejo de Defensa del Estado evacúa traslado a fojas 505, abogando por el rechazo. En síntesis, aboga por el rechazo por tratarse de cuestiones de legalidad e interpretación de la ley, y no por contravención a la Constitución.

El Tribunal Constitucional ha dicho y reiterado innumerables veces que no le corresponde establecer, con carácter vinculante, el sentido y alcance que el juez del fondo debe dar al precepto en caso de aplicarlo. No es de su competencia fijar el sentido de la ley. Destaca al efecto lo resuelto en roles N°s 1314 y 1327 a modo ejemplar.

El Tribunal 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”*, 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

Previo a la vista de la causa la Ministra señora María Pía Silva Gallinato se declaró **inhabilitada para pronunciarse en autos únicamente respecto al requirente Rodrigo Pérez Martínez**, según certificación estampada en autos.

En Sesión de Pleno de 10 de diciembre de 2020 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos por los requirentes, del abogado Maximiliano Murath Mansilla; por el Consejo de Defensa del Estado, de la abogada Jacqueline Espinoza Ortiz; por la Unidad Programa de Derechos Humanos de la Subsecretaría de Derechos Humanos, del abogado Javier Contreras Olivares, y por la parte de Julián Peña Maltés y otros, del abogado Francisco Bustos Bustos.



Se adoptó acuerdo en igual sesión, conforme fue certificado por el relator de la causa.

Y CONSIDERANDO:

PRIMER CAPÍTULO

En lo relativo a la impugnación de los requirentes Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnoteguí, y Julio Cerda Carrasco. Voto de la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta), y de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, y RODRIGO PICA FLORES

CONSIDERANDO:

I.- CONSIDERACIONES GENERALES

PRIMERO: 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;

SEGUNDO: 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 postulen a la libertad condicional;



II.- PRESUPUESTO FÁCTICO A DILUCIDAR CONSTITUCIONALMENTE

TERCERO: 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 de ingreso N° AMP-1917-2020, interpuesto a favor de los Sres. Rodrigo Pérez Martínez, Marco Antonio Bustos Carrascos, Aquiles Navarrete Izarnoteguí y Julio Cerda Carrasco, todos oficiales en retiro del Ejército, quienes se encuentran privados de libertad en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Punta Peuco.

La acción de amparo, se dedujo en contra de las resoluciones emitidas por Gendarmería de Chile, del 8 de septiembre de 2020, solicitando se anulara o dejara sin efecto la decisión mediante la cual Gendarmería rechazó postular al requirente y demás amparados al proceso de postulación a la Libertad Condicional, ordenando a dicha institución incorporarlos a la lista de postulantes al proceso del 2° semestre del año 2020, y al reenvío de los postulantes a la Comisión de Libertad Condicional. Ello, por cuanto -a su juicio- tendrían derecho, por cumplir los requisitos establecidos en la normativa aplicable, tratada en el Decreto Ley N° 321, sobre Libertad Condicional. Dicho procedimiento, se encuentra suspendido, encontrándose pendiente de fallo en primera instancia de la Il.ª Corte de Apelaciones de Santiago.

CUARTO: Que los amparados fueron condenados en el proceso Rol N° 39.122-C, episodio "Los 5 del 87", sustanciado para investigar los secuestros calificados (desapariciones forzadas) cometidos en las personas de don Julián Peña Maltés, don Alejandro Pinochet Arenas, don Manuel Sepúlveda Sánchez, don Gonzalo Fuenzalida Navarrete y don Julio Muñoz Otárola, por sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia rol N° 8642-2015 de 21 de marzo de 2017. Por su parte, el requirente don Rodrigo Pérez Martínez, fue condenado adicionalmente en el proceso rol N° 39.122-C episodio "Operación Albania", sustanciado para investigar la muerte de 12 personas, en un operativo encubierto como un falso "enfrentamiento", donde fue condenado a una pena remitida por el homicidio calificado de doña Patricia Quiroz Nilo, por sentencia ejecutoriada.

De acuerdo al informe evacuado por Gendarmería de Chile, el señor Rodrigo Pérez: debe cumplir condena hasta el 9 de mayo de 2021; el tiempo mínimo para postular lo cumplió el 9 de septiembre de 2019; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2° del DL 321 con la documentación que presentó para ello (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal); el señor Julio Cerda: debe cumplir condena hasta el 8 de febrero de 2022; el tiempo mínimo para postular lo cumplió el 10 de junio de 2020; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2° del DL 321 con la documentación que



presentó para ello (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal); el señor Marco Bustos: debe cumplir condena hasta el 20 de abril de 2022; el tiempo mínimo para postular lo cumplió el 20 de agosto de 2020; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2° del DL 321 (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal), ya que no acompañó documentación alguna; y el señor Aquiles Navarrete: debe cumplir condena hasta el 18 de febrero de 2022; el tiempo mínimo para postular lo cumplió en junio de 2020; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2° del DL 321 (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal), ya que no acompañó documentación alguna;

III.- CONFLICTO CONSTITUCIONAL EFECTIVO

QUINTO: 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 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Fundamenta su pretensión constitucional en una vulneración al principio constitucional de igualdad ante la ley, señalando que “por la aplicación de la ley modificada, se produce un trato desigual entre quienes cometieron delitos en la misma época que mi representado, pero que fueron juzgados e ingresaron a cumplir condena con anterioridad a mi representado, 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), no se les exigió el requisito de la colaboración sustancial, ni se les exigió el requisito de haber confesado su participación en el delito, lo que les significó que se les reconoció y concedió su libertad condicional, pero quienes actualmente cumplen condena por hechos acaecidos en la misma época que los anteriores y por los mismos delitos que los anteriores (como es el caso de mis amparados), pero que lamentablemente y por hecho ajeno a ellos, su juicio penal fue más largo en su tramitación judicial, e ingresaron a cumplir condena posteriormente, lo que les significó que hoy a los amparados se le apliquen requisitos más gravosos contemplados en la Ley N° 21.124 (2/3 de la pena, y la colaboración sustancial o la confesión del delito), por aplicación del artículo 9 y artículo 3 bis del DL 321.” (Fs. 7 y 8).



Agrega que “la aplicación del artículo 3 bis y 9 del DL 321, produce una manifiesta infracción al principio de irretroactividad de la ley en la notificación impugnada al aplicarle a mis representados los artículos introducidos por la modificación del DL 321, inexistentes al momento de cometer el delito mi representado, inexistente al momento de juzgarse el delito de mi representado, inexistentes al momento de cumplir la condena, e inexistentes al momento de postular con la 1era vez a la libertad condicional en el caso del Sr. Pérez” (Fs. 24). Así, el requerimiento se funda 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 vulnera el principio de proporcionalidad al transgredir el imperativo de aplicación preteractiva de la ley penitenciaria sustantiva favorable, no cumpliendo con el objetivo resocializador que se encuentra en su génesis, y transgrediendo también el principio de legalidad en su garantía *lex praevia* y la libertad personal por un mayor tiempo al que en derecho corresponde;

IV.- LO SINGULARMENTE PEDIDO EN SEDE CONSTITUCIONAL

SEXTO: Que, la requirente señala que la inconstitucionalidad se genera por cuanto “la norma, agrava y aumenta los requisitos de los amparados postulantes (en este caso, aumenta el tiempo mínimo de la mitad de la condena a 2/3 de ella, exige un requisito adicional de contar con una circunstancia atenuante de colaboración sustancial en la causa o el haber confesado su participación en el delito), los cuales actualmente cumplen condenas 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 en adelante (incluyendo lógicamente el 2º semestre del año 2020), 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.” (Fs. 7);

SÉPTIMO: Que de manera sucinta, la actora deduce 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 1º, 5º inciso segundo, 6º, 7º de la Constitución, al sustentarse en 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;



El petitorio de fojas 39, solicita derechamente la inaplicación por inconstitucionalidad en relación al recurso de amparo interpuesto en contra de la resolución de Gendarmería, de los artículos 9 y 3 bis, inciso primero, del DL N°321, luego de recurrir a la normativa constitucional y de orden 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: DE ESTA MAGISTRATURA (ROLES N°5677 Y N°5678). RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL ES UNA CUESTIÓN DE LEGALIDAD

OCTAVO: 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);

NOVENO: 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);

DÉCIMO: 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

DÉCIMO PRIMERO: 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 fallo 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;

DÉCIMO SEGUNDO: 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);

DÉCIMO TERCERO: 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” (José 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 nos encontremos 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;

VII.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

DÉCIMO CUARTO: 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;

DÉCIMO QUINTO: 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;

DÉCIMO SEXTO: 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

DÉCIMO SEPTIMO: 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*”;

DÉCIMO OCTAVO: 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, págs. 43 y 44), en el sentido que contravenir su claridad idiomática y precisión, vía una interpretación, no puede estimarse que estemos ante una antinomia lógico-constitucional que sea susceptible de solucionarse por la vía de la inaplicación establecida en el artículo 93, N°6 de la Carta Política;

DÉCIMO NOVENO: Que, en idéntico 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 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

VIGÉSIMO: PRINCIPIO DE LEGALIDAD. Que la requirente solicita en el caso sub judice, 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;

VIGÉSIMO PRIMERO: 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 relativa 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 al efecto;

VIGÉSIMO SEGUNDO: PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE. Que tal como se señaló, de manera previa, en el capítulo V de este 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 la 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;

VIGÉSIMO TERCERO: 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°);

VIGÉSIMO CUARTO: 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);

VIGÉSIMO QUINTO: Que la igualdad invocada por la actora en su presentación de fojas 1 y siguientes se articula 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;

VIGÉSIMO SEXTO: 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 alegada en relación a este tópico;

X.- OTROS ARGUMENTOS

VIGÉSIMO SEPTIMO: Que existe 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 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 penitenciarios 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;

VIGÉSIMO OCTAVO: 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;

VIGÉSIMO NOVENO: 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, teniendo presente que se concibe a la libertad condicional como un proceso administrativo, totalmente ajeno a lo jurisdiccional.

No es posible 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;

TRIGÉSIMO: Que no procede aplicar el control de convencionalidad, al invocar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otra normativa internacional citada a fojas 20, 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 legalidad, ante lo cual esta Magistratura carece de competencia para involucrarse en ese cuestionamiento;

XI.- BENEFICIO O DERECHO

TRIGÉSIMO PRIMERO: 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);



TRIGÉSIMO SEGUNDO: 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 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, 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).

Teniendo presente lo expuesto y la debida precisión de los términos jurídicos y su expresión de uso frecuente de ellos, no es factible 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;

TRIGÉSIMO TERCERO: Que, ya 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 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;

XII.- NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO DE LESA HUMANIDAD

TRIGÉSIMO CUARTO: Que la 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);

TRIGÉSIMO QUINTO: 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 el verificación y comprobación del injusto respectivo;

TRIGÉSIMO SEXTO: 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;

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en el caso concreto, el Principio de Proporcionalidad se invocó, por lo tanto, 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 Internacional de Derechos Humanos.

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.

Agregan las autoras Fernández y Cárdenas: 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”;

TRIGÉSIMO OCTAVO: 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 doméstica 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 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

TRIGÉSIMO NOVENO: Que, 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. Ello no obvia lo que el juez de fondo dentro de su competencia decida y resuelva al efecto;

CUADRAGÉSIMO: 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;

CUADRAGÉSIMO PRIMERO: 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;

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: Que en el caso concreto de estos autos constitucionales no se afectan con nuevas penas ni gravámenes la sanción punitiva ya consolidada, 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;

CUADRAGÉSIMO TERCERO: Que no existe la concesión de un derecho, sólo la entidad administrativa declara si se cumplen o no los requisitos para la procedencia del beneficio de la libertad condicional;

CUADRAGÉSIMO CUARTO: 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 Künsemüller 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;

CUADRAGÉSIMO QUINTO: 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, atendido 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 evidente, 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.- APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

CUADRAGÉSIMO SEXTO: Que es del caso considerar que esta Magistratura ya se pronunció sobre la constitucionalidad respecto del artículo 9° del Decreto Ley N°321, y 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;

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

XV.- CONCLUSIONES

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: 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.

SEGUNDO CAPÍTULO

En lo relativo a la impugnación del requirente Rodrigo Pérez Martínez. Impugnación acogida en votación favorable de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ

CUADRAGÉSIMO NOVENO: El presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad es interpuesto por el abogado Maximiliano Murath en representación de los señores Rodrigo Pérez Martínez, Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnoteguí, y Julio Cerda Carrasco a quienes el Tribunal de Conducta del Centro Penitenciario de Punta Peuco, decidió no calificar ni incorporar en ninguna lista de aquellos privados de libertad que deben posteriormente ser revisados por la Comisión de Libertad Condicional del período del 1° Semestre de 2019 (período anterior a la postulación respecto a la cual se recurre), teniendo como fundamento para ello, la interpretación que han dado a las modificaciones introducidas por la ley N° 21.124 al DL 321, de 1925, que establece la Libertad Condicional de los penados.



QUINCUAGÉSIMO: Que en el caso del señor Pérez Martínez, luego de interponer un recurso de amparo en su favor y un requerimiento ante esta Magistratura (Rol 6985) fue calificado por el Tribunal de Conducta como privado de libertad que cumple con los requisitos para obtener su libertad condicional, sugiriendo así a la Comisión de Libertad Condicional del período del 2º Semestre de 2019, que dicho interno si satisfacía los requisitos legales necesarios para ser considerado en el otorgamiento de la libertad condicional.

No obstante lo anterior, luego de haber sido propuesto por Gendarmería de Chile para la indicada nómina de libertad condicional del 2º semestre del año 2019, y luego de haber sido revisada por la Comisión de Libertad Condicional su postulación en el mencionado período, el Tribunal de Conducta de Punta Peuco decide nuevamente no incorporarlo en la nómina del 1º y 2º semestre del año 2020, sin que haya cambiado su situación o sin que haya incurrido en alguna causal objetiva para no ser postulado desde el último semestre hasta ahora.

QUINCUAGESIMOPRIMERO: Que igual situación ocurre con el señor Bustos, el señor Navarrete y el señor Cerda, toda vez que éstos internos tampoco fueron incorporados a la nómina de postulantes del proceso del 2º semestre del año 2020 por parte de Gendarmería de Chile, en razón a que, a su juicio, estos postulantes no cumplirían con los nuevos requisitos de los artículos 3 bis y 9 del DL 321.

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que, por estos motivos, su representante ha interpuesto recurso de amparo en favor de los requirentes, siendo esta la gestión judicial en que incidirá el pronunciamiento de esta Magistratura.

En este contexto, conforme se indica en el traslado evacuado por el Consejo de Defensa del Estado, que rola a fojas 169 del expediente constitucional, la situación de los requirentes, según informó Gendarmería de Chile en el mentado recurso de amparo, sería la siguiente:

“Rodrigo Pérez: debe cumplir condena hasta el 9 de mayo de 2021; el tiempo mínimo para postular se cumplió el 9 de septiembre de 2019; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2º del DL 321 (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal) con la documentación que presentó para ello.

Julio Cerda: debe cumplir condena hasta el 8 de febrero de 2022; el tiempo mínimo para postular se cumplió el 10 de junio de 2020; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2º del DL 321 (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal) con la documentación que presentó para ello.

Marco Bustos: debe cumplir condena hasta el 20 de abril de 2022; el tiempo mínimo para postular se cumplió el 20 de agosto de 2020; y fue excluido del proceso de postulación



correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2° del DL 321 (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal), ya que no acompañó documentación alguna.

Aquiles Navarrete: debe cumplir condena hasta el 18 de febrero de 2022; el tiempo mínimo para postular se cumplió en junio de 2020; y fue excluido del proceso de postulación correspondiente al primer y segundo semestre de 2020, por no haber cumplido con el requisito exigido en el artículo 3 bis inciso 2° del DL 321 (acreditar que se le hubiere considerado o reconocido alguna de las atenuantes del 11 N° 8 o 9 del Código Penal), ya que no acompañó documentación alguna.”

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que esta situación de cumplimiento de la pena, cuyos tiempos y requisitos tuvieron en vista los requirentes al momento de ser condenados, sufrió una profunda alteración, cuando con la modificación legal introducida por la Ley N° 21.124, se aumentaron las exigencias, por una parte en lo relativo al plazo de cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad que los condenados debían satisfacer para acceder al beneficio de la libertad condicional, pero además, por la exigencia de determinadas circunstancias que el condenado debe acreditar para ser favorecido con la misma, como son el haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza. Tal exigencia se entiende verificada a través de la sentencia condenatoria, la que debe dar cuenta de haber considerado alguna de las atenuantes de los números 8° y 9° del artículo 11 del Código Penal, o bien con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente, todo ello de conformidad al nuevo artículo 3° bis introducido que la indicada Ley N° 21.124 al DL 321.

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que es precisamente este cambio de circunstancias, a partir de las normas cuya inaplicabilidad se solicita, la que incidió directamente en la situación de los requirentes, los cuales pese a entender -desde el momento en que fueron condenados- que debían satisfacer ciertos presupuestos para postular a un beneficio de cumplimiento de condena y observar un comportamiento acorde a ello, tuvieron que asumir que tales exigencias sufrieron -durante la ejecución misma de la pena- una modificación que junto con alterar aquellas consideraciones que el penado tuvo a la vista al momento de ser condenado, en la práctica implicaban la privación de cualquier posibilidad de ser considerados como postulantes idóneos a la libertad condicional.

QUINCUAGESIMOQUINTO: Que como se advierte, la situación de los requirentes se encuentra contenida dentro de las nuevas exigencias introducidas por la mencionada Ley N° 21.124, la cual supone ahora un cumplimiento mínimo de dos tercios de la condena, junto con la verificación de ciertos requisitos que deben ser acreditados mediante antecedentes que, a su vez, deben obrar en la respectiva



sentencia condenatoria -y que eran desconocidos por inexistentes en el momento en que se dictaron tales fallos- con lo cual el cálculo de temporalidad y requisitos a satisfacer para poder acceder a la libertad condicional que tuvieron en vista los condenados al momento de la pena sufrió una modificación en perjuicio de sus intereses al verse alterados de manera relevante, con presupuestos que en caso alguno se pudieron prever al momento de ser condenados.

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que, siendo de este modo, el caso concreto involucra un conflicto de constitucionalidad en la aplicación retroactiva de preceptos legales de efectos desfavorables, como son el artículo 3º bis y 9º del DL N° 321, disposiciones modificadas por la ya indicada Ley N° 21.124, generando respecto de los requirentes un cambio en las circunstancias en que debían satisfacer para acceder a la libertad condicional. De este modo, se vulnera la garantía de prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal y de la irretroactividad de la ley penal desfavorable. 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, queda sujeto a la garantía de *lex praevia* en cuanto manifestación del principio de legalidad penitenciaria. Asimismo, la modificación en las condiciones de la pena, derivada de la aplicación del cuestionado precepto legal, atenta contra los principios de certeza y seguridad jurídicas y, por cierto, hace ilusoria la finalidad resocializadora de la pena.

QUINCUAGESIMOSEPTIMO: Que, en relación a este último punto, conviene tener presente que tal como consigna expresamente el nuevo artículo 1º del DL N° 321, luego de la modificación introducida por la Ley N° 21.124:

“La libertad condicional es un medio de prueba de que la persona condenada a una pena privativa de libertad y a quien se le concediere, demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social.

La libertad condicional es un beneficio que no extingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular de hacerla cumplir en libertad por la persona condenada y según las disposiciones que se regulan en este decreto ley y en su reglamento”

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que, como se aprecia, existe un reconocimiento expreso de parte del legislador, en orden a entender que el elemento central de esta modalidad de cumplimiento de la pena es la demostración efectiva de avances en el proceso de reinserción social. Siendo de este modo, cabe preguntarse de qué modo, un aumento en las exigencias para acceder a la libertad condicional -expresadas en el caso concreto en un incremento del tiempo que los requirentes deben cumplir su pena en privación de libertad- es concordante con esa finalidad resocializadora. En principio, podemos decir que no se advierte la vinculación entre ambas situaciones.

QUINCUAGESIMONOVENO: Que tal perjuicio punitivo que afecta a los requirentes por aplicación de los referidos preceptos legales 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 se vulnera su dignidad y sus 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*.

SEXAGÉSIMO: Que lo anteriormente expuesto, significa que la aplicación de los preceptos legales cuestionados al caso concreto provoca un exceso o agravamiento punitivo en perjuicio de los requirentes, aplicado con posterioridad a la consideración del marco normativo que tuvo en vista el tribunal de la instancia al momento de condenar. De este modo, la prohibición del exceso del *ius puniendi* se produce por el nuevo texto de los artículos 3º bis y 9º del DL N° 321, al establecer unas exigencias más desfavorables que las vigentes al momento de ser condenados para los efectos de poder acceder a la libertad condicional.

SEXAGESIMOPRIMERO: Que, por otro lado, en relación a la misma garantía constitucional de legalidad de las penas, se ha afirmado lógicamente que la legalidad de la ejecución de la condena se origina a partir de aquélla, toda vez que las condiciones de cumplimiento quedan fijadas en el momento mismo de la condena, garantía que se puede expresar en el aforismo "*nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege*". Por ello 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 y en igual sentido, STC 6985 c. 15)

SEXAGESIMOSEGUNDO: Que hay quienes pretenden afirmar que los preceptos legales en cuestión, al regular un beneficio para quienes cumplen una pena privativa de libertad, tendrían una naturaleza administrativa, calificándolas como propias de un derecho administrativo penitenciario y no propia del derecho penal en una dimensión de ejecución. Así es posible apreciarlo en los argumentos expuestos por el Consejo de Defensa del Estado, a fojas 505 y siguientes del expediente constitucional, al evacuar su traslado de fondo. 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.

SEXAGESIMOTERCERO: Que la anterior calificación de la ejecución de las penas como función estrictamente administrativa, en la que incurre una 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 niega a los condenados, el valor universal de la dignidad de la persona, sus derechos y garantías fundamentales y, en especial los relativos a la legalidad de las penas y al régimen de libertad a los que pueden optar. 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, se pueden explicar por una estrecha perspectiva simplemente administrativa.

SEXAGESIMOCUARTO: 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?”*. Política Criminal, Vol. 13, N° 26, Diciembre 2018, pp. 904-951).

SEXAGESIMOQUINTO: 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 y al respeto al principio de dignidad reconocido a toda persona. 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)

SEXAGESIMOSEXTO: Que, en el mismo orden de ideas, 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”, destaca una tendencia por modificar esta separación consistente en “proclamar la 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 segregar 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.)

SEXAGESIMOSEPTIMO: 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 carente de cuestionamientos, sino que, todo lo contrario. Existen importantes argumentos como los que se han reseñado, para discutir legítimamente ese planteamiento, ello unido al hecho evidente de que la etapa de cumplimiento de la pena presenta una potencialidad de afectación a las garantías del condenado que es indesmentible y que obliga a considerar la observancia de garantías con tanta o mayor acuciosidad que durante el juzgamiento mismo.

SEXAGESIMOCTAVO: Que, por lo mismo, estos Magistrados rechazan el planteamiento que estima que la etapa de ejecución de las penas se encuentra al margen de las garantías del principio de legalidad penal, en razón de que se desconoce la finalidad de la pena y las consecuencias que de ella derivan. Por lo tanto, en este contexto de vulnerabilidad para las garantías de las personas sometidas a una pena privativa de libertad, como ocurre en el caso concreto, corresponde orientar el régimen penitenciario hacia la observancia de las garantías derivadas del principio de legalidad penal, siendo la vía que de mejor manera permite cautelar el pleno respeto a los derechos de los condenados.

SEXAGESIMONOVENO: Que, finalmente en relación al conflicto de constitucionalidad expuesto en el requerimiento, el cuestionamiento planteado por los requirentes en orden a una transgresión al artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, resulta efectivo, toda vez que como consecuencia de la modificación introducida por la Ley N° 21.124 al decreto Ley N° 321, los condenados vieron modificadas las condiciones para poder acceder a la libertad condicional, las que se



encontraban establecidas al momento de serle impuesta la pena, viéndose de este modo perjudicados para 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. De este modo, la trasgresión anotada aquí se verifica por el desconocimiento no sólo del principio 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.

SEPTUAGÉSIMO: Que, al respecto y tal como indicamos precedentemente, esta Magistratura ha sostenido que *el principio de legalidad penal exige que la ley previa se encargue también de establecer las circunstancias de ejecución de la pena, 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 mediante aplicación retroactiva del precepto legal provoca un efecto atentatorio a sus derechos y una transgresión al principio de legalidad penal en los términos antes explicados.

SEPTUAGESIMOPRIMERO: Que, a mayor abundamiento, debemos tener presente que tal como ha señalado esta Magistratura, *[d]e acuerdo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las penas sustitutivas de aquellas de privación de libertad no constituyen “un beneficio” y su aplicación no puede ser sinónimo de impunidad. Tienen el carácter de pena, con una intensidad importante en casos como la reclusión parcial o la libertad vigilada intensiva. Además, las penas privativas de libertad se utilizan como último recurso, lo cual limita al legislador en el uso desmedido de éstas.* (STC 2983 cc. 24 y 25).

SEPTUAGESIMOSEGUNDO: Que, siendo de este modo, la aplicación de los preceptos legales cuestionados, al caso concreto, provocan un desconocimiento de la finalidad resocializadora de la pena y un incumplimiento en el deber de aplicar la pena privativa de libertad como *ultima ratio*, afectando con ello la observancia de las garantías constitucionales del requirente, en particular de aquella contenida en el artículo 19 N° 3 inciso octavo de la Constitución, tal como se ha señalado a lo largo de esta exposición.

SEPTUAGESIMOTERCERO: Que, junto a lo anterior corresponde sentenciar que respecto de los requirentes se vulnera la garantía constitucional de igualdad ante la ley, asegurada a todas las personas en el numeral 2 del artículo 19 de la Constitución, al someterlos a un tratamiento legal discriminatorio y arbitrario. En efecto, tal vulneración se explica al comparar la situación de los requirentes con la de



aquellos condenados que actualmente cumplen pena por hechos y delitos equivalentes acaecidos en forma coetánea, pero que sólo por una condición ajena a ellos, como fue la mayor celeridad de sus procesos judiciales, ingresaron a cumplir condena con anterioridad a la modificación legal, frente a la realidad de quienes lo hicieron con posterioridad, como ocurre con los requirentes y que, a consecuencia de ello, su posibilidad de acceder a la libertad condicional se condiciona ahora al cumplimiento de requisitos más gravosos e inicuos, introducidos al DL N° 321 (dos tercios de la pena, y colaboración sustancial o confesión del delito) contemplados en los preceptos de la Ley N° 21.124, requeridos de inaplicabilidad.

SEPTUAGESIMOCUARTO: Que, por último, resulta pertinente recordar que tal como ha manifestado este Tribunal Constitucional, *[l]a racionalidad exigida al legislador por la Constitución no consiste en que éste adopte la mejor decisión posible, ni que la adecuación entre los elementos sea perfecta. Todo lo que se exige al legislador es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional (STC 2664 c. 25)* y esta premisa no se verifica en la especie, al provocarse -a partir de la aplicación de dos preceptos legales al caso concreto- un tratamiento discriminatorio, contrario a la garantía constitucional de igualdad ante la ley, motivo por el cual las disposiciones legales requeridas deben ser inaplicadas para la gestión judicial pendiente de que se trata respecto de los requirentes.

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 **RECHAZA** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL, DE FOJAS 1 POR MARCO ANTONIO BUSTOS CARRASCO, AQUILES NAVARRETE IZARNOTEGUÍ, Y JULIO CERDA CARRASCO. OFÍCIESE.
- II. QUE SE **ACOGE** EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1, POR RODRIGO PÉREZ MARTÍNEZ, 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 ROL N° 1917-2020,



SOBRE RECURSO DE AMPARO, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. OFÍCIESE.

- III. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- IV. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LOS REQUERENTES MARCO ANTONIO BUSTOS CARRASCO, AQUILES NAVARRETE IZARNOTEGUÍ, Y JULIO CERDA CARRASCO POR ESTIMARSE QUE TUVIERON MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIAS

Acordado con el voto en contra de la Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL (Presidenta) y de los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, y RODRIGO PICA FLORES, quienes estuvieron por rechazar el libelo de fojas 1 deducido por Rodrigo Pérez Martínez, en virtud de las consideraciones vertidas en el fallo de autos en los considerandos 1° a 48°.

Acordado con el voto en contra de los Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR y JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, quienes estuvieron por acoger el libelo de fojas 1 deducido por Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnoteguí, y Julio Cerda Carrasco, en virtud de las consideraciones vertidas en el fallo de autos en los considerandos 49° a 74°.

PREVENCIÓN

El Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ concurre sólo a acoger el requerimiento de inaplicabilidad deducido por el señor Rodrigo Pérez Martínez teniendo especialmente presente:

1°. Que, tratándose de preceptos legales contenidos en el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para las personas condenadas a penas privativas de libertad, estimo que procede acoger la acción de inaplicabilidad cuando el requirente ha cumplido los requisitos previstos en dicho cuerpo legal con antelación a la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley N° 21.124, el 18 de enero de 2019, porque resulta contrario a la Constitución aplicarle las nuevas condiciones incorporadas por esta enmienda legal a las personas que ya las habían cumplido bajo el amparo de la normativa precedente (Rol N° 6.985, voto disidente en el Rol N° 6.717 y prevención en el Rol N° 7.181);



2°. Que, por el contrario, cabe rechazarla cuando el requirente, al 18 de enero de 2019, todavía no había cumplido los requisitos previstos en la normativa precedente, correspondiéndole al Juez del Fondo determinar los requisitos que deben exigirse para conceder la libertad condicional;

3°. Que, en la sentencia Rol N° 5.677, sostuvimos que, “(...) en caso alguno, puede excluirse a un determinado grupo de personas, cualquier sea el delito por el que fueron condenadas, de acceder a la libertad condicional, si cumplen los requisitos previstos en la ley; y, de otra, que corresponde, precisamente al legislador determinar esas condiciones, sin que exista una regulación especial que delimite su competencia, pero debiendo, naturalmente, sujetarse al respeto íntegro de los principios y normas constitucionales, incluyendo, evidentemente, el respeto de los derechos que la Carta Fundamental asegura a todos los condenados, comenzando por la igualdad ante la ley, la proporcionalidad y los derechos vinculados con el acceso a la justicia” (c. 11°).

En particular, respecto de la exigencia de colaboración o confesión, contemplada en el artículo 3° bis, expusimos que “(...) plantea un problema de eficacia temporal que no podemos eludir, simplemente, pues las mismas consideraciones que han precedido en esta sentencia nos exigen actuar responsable y resueltamente para comprender que pueden existir condenados –siempre en el ámbito de ese control abstracto- que, en caso alguno, estarán en situación de cumplir con esta circunstancia, atendida la inserción de ella en nuestro ordenamiento jurídico a través del proyecto de ley que examinamos, lo cual hace que aquel problema de eficacia temporal adquiera la naturaleza de una cuestión de constitucionalidad que, en abstracto, puede lesionar derechos fundamentales” (c. 41°), de esta manera “(...) la incorporación de un requisito, circunstancia o exigencia por parte del legislador que, en sí mismo, puede ajustarse a la Constitución, aplicado a situaciones anteriores se erigiría en contrario a ella porque, en definitiva, podría dejar a los destinatarios del derecho legalmente configurado, por ejemplo, (...) la libertad condicional, como meramente ilusorio o derechamente inexistente, tornando ineficaz la norma, precisamente, para todos o parte de sus destinatarios y, por ende, dando cuenta que ella, realmente, más que una condición o requisito constituye un obstáculo insalvable para acceder a la libertad condicional que, como ya hemos expuesto, no puede ser negada, en principio, a ningún condenado, configurando una discriminación o diferencia arbitraria que carece de justificación” (c. 43°).

4°. Que, por lo expuesto, a mi juicio, sólo concurren las circunstancias anotadas para acoger el requerimiento de inaplicabilidad respecto de Rodrigo Pérez Martínez, debiendo rechazarse en relación con los otros tres requirentes, donde corresponde al Juez del Fondo determinar, respetando lo dispuesto en el artículo 6° incisos primero y segundo de la Constitución, cuáles son los requisitos que procede exigir para concederles la libertad condicional y verificar si ellos concurren en cada caso.

Redactó la sentencia por rechazar el libelo deducido por Marco Antonio Bustos Carrasco, Aquiles Navarrete Izarnoteguí, y Julio Cerda Carrasco, el Ministro



señor NELSON POZO SILVA. La disidencia respectiva fue redactada por el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

Redactó la sentencia por acoger el libelo deducido por Rodrigo Pérez Martínez el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ. La disidencia respectiva fue redactada por el Ministro señor NELSON POZO SILVA.

La prevención corresponde al Ministro señor MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 9406-20-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidenta, Ministra señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, y por sus Ministros señores IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, GONZALO GARCÍA PINO, JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Firma la señora Presidenta del Tribunal, y se certifica que los demás señora y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la emergencia sanitaria existente en el país.

El Ministro señor NELSON POZO SILVA concurre al fallo pero no suscribe por encontrarse haciendo uso de feriado legal.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.