



**UNIDAD DE CORTE – UNIDAD DE DEFENSA ESPECIALIZADA  
DEFENSORÍA NACIONAL**

**MINUTA**

**La libertad condicional bajo las nuevas normas del Decreto Ley 321  
(modificado por la Ley N° 21.124)**

**Febrero 2019**

Consultar sobre la versión oficial de este documento y los fallos citados a:

[estudios@dpp.cl](mailto:estudios@dpp.cl)

[ucorte@dpp.cl](mailto:ucorte@dpp.cl)

## **Minuta sobre la Libertad Condicional bajo las nuevas normas del DL 321 (modificado por la Ley N° 21.124)**

### **1. Libertad condicional: ¿Beneficio o derecho?**

El artículo 1° de la Ley N° 21.124 modifica el artículo 1° del DL 321, definiendo la libertad condicional de la siguiente manera:

**“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”.**

Básicamente, en esta disposición se modifica el sentido de la norma original<sup>1</sup>, bajo la cual se consideraba que el cumplimiento adecuado del condenado a la pena bajo régimen de libertad condicional demostraba que estaba preparado para el medio libre, y por lo tanto la propia libertad condicional era un mecanismo para obtener la reinserción. Con la modificación se intenta, mediante una poco clara redacción, que la libertad condicional se le otorgue a los condenados privados de libertad que han demostrado avances en su proceso de reinserción social<sup>2</sup>. Con todo, los avances en la reinserción social, se miden con la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 2°.

Claramente este artículo no viene a incorporar un criterio adicional, y sólo pretende ilustrar en torno a que el cumplimiento de la pena constituye un proceso, y que si bien toda forma de cumplir una condena se debe orientar a la reinserción, bajo el principio de progresividad para obtener este beneficio, es necesario demostrar algún avance o progreso en la capacidad demostrada por el sujeto para enfrentar la vida en el medio libre.

El segundo inciso, plantea un debate teórico en torno a la naturaleza de la libertad condicional.

---

<sup>1</sup> Con anterioridad a la Ley N°21.124, el inciso primero del art. 1° del decreto N°321 disponía que: “Se establece la libertad condicional, como un medio de prueba de que el delincuente condenado a una pena privativa de libertad y a quien se le concede, se encuentra corregido y rehabilitado para la vida social.”

<sup>2</sup> No “que están preparados para la vida en el medio libre”, como fue propuesto en la comisión mixta por los diputados Soto y Walker, y lo transformaba en un criterio muy subjetivo.

**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....”**

El objeto de esta modificación, que se introdujo en la Comisión Mixta<sup>3</sup>, es desconocer el carácter de derecho que se le otorgaba a la libertad condicional conforme a la antigua redacción del DL N°321. Esto se debe vincular con la jurisprudencia que ha venido desarrollando la Corte Suprema, en el sentido que concurriendo los requisitos legales, la Comisión de Libertad Condicional no podía rechazar su otorgamiento. Es decir, no existe margen de discrecionalidad, y todo rechazo debía fundarse en la falta de alguno de estos requisitos<sup>4</sup>.

Esta disposición quiere reafirmar, que en definitiva se trata de una gracia, un acto de “benevolencia” de la autoridad y no un derecho del condenado, lo cual limitaría su otorgamiento a la voluntad de la autoridad encargada de concederlo.

La naturaleza jurídica de la libertad condicional (desde ahora, LC) ha sido debatida en el ámbito doctrinario y, este debate, ha implicado algunos avances y desarrollo de las posiciones jurisprudenciales.

Entre nosotros, se ha considerado que consiste en un derecho condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos (Ana María Morales, 2013: 8), esto sin desconocer que, atendiendo a las relaciones de sujeción especial que se generarían en nuestro sistema penitenciario, más parecería que se trata de una facultad potestativa del órgano encargado de concederla (Ana María Morales, op. cit.: 9).

En el ámbito comparado (Borja Mapelli, et. al., 2014: 283 y sgtes) se ha señalado que el derecho penitenciario contemporáneo lo considera un derecho. Esto, por cuanto cada vez se restringe más la discrecionalidad de quien lo otorga, y por otro lado, se le da mayor importancia a la capacidad que tiene este instituto para colaborar con la ansiada reinserción social.

Entre nosotros, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido desarrollando una doctrina en relación con este beneficio, que tiende a excluir la discrecionalidad en su decisión, exigiendo que el rechazo al otorgamiento de la libertad condicional sea fundamentado, en base a la ley.

En este sentido, y más allá de la declaración legal que se haga acerca del beneficio, la ley actual mantiene la exigencia de requisitos objetivos para la concesión de la libertad condicional. Incluso al agregar como requisitos, la concurrencia de un informe psicosocial que se refiere a los factores de riesgo de reincidencia y las características de personalidad del postulante, debido a que la ley actual sólo exige que se cuente con un informe, sin que este deba ser necesariamente favorable.

---

<sup>3</sup> <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7616/>

<sup>4</sup> Ver a modo de ejemplo SCS 45.850-2017 y SCS 45.121-2017.

Por si esto no fuera argumento suficiente, actualmente el desarrollo del derecho administrativo exige, en general, que cualquier pronunciamiento de la autoridad, especialmente aquellos que se pronuncien negativamente sobre la solicitud de un administrado, deben fundarse legalmente<sup>5</sup>.

El Derecho Administrativo ha ido transformándose progresivamente en uno más cercano al control de la ciudadanía y la legalidad, aun en aquellos espacios de discrecionalidad que las autoridades utilizaban a su antojo (Cordero, 2009: 83).

De este modo, es posible afirmar que re definir la LC como un "beneficio" no debiese tener mayores repercusiones prácticas, puesto que el presunto beneficio sigue sujeto a la concurrencia de requisitos objetivos y la exigencia de fundamentación por parte de la autoridad, abriendo la posibilidad de exigencia por parte del beneficiario cada vez que se encuentre en las hipótesis previstas por la legislación.

## **2. El requisito de informe psicosocial**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de los últimos años vino a modificar la tendencia de los tribunales, en relación a delegar la decisión de la concesión del beneficio al tenor del informe psicosocial incorporado por Gendarmería entre los antecedentes que conocía la Comisión. Se fue configurando una práctica sin asidero legal, conforme a la que las comisiones sólo concedían la libertad condicional en aquellos casos que Gendarmería evacuaba un informe favorable para el postulante.<sup>6</sup>

Esta situación acentuaba uno de los problemas fundamentales de nuestro derecho penitenciario, que consistían en la mal entendida autonomía de Gendarmería en asuntos que tienen que ver con la privación de libertad y una ausencia de control jurisdiccional, lo que aumenta la posibilidad de discrecionalidad y arbitrariedad en las decisiones.

La Corte Suprema, en cambio, a partir del año 2015<sup>7</sup> ha entendido que la libertad condicional es un derecho que se obtiene cumpliendo los requisitos objetivos que establece el DL 321. Se ha sostenido que, si bien, la Comisión de Libertad Condicional es el órgano encargado de otorgar el beneficio y puede perfectamente rechazarlo, debe fundar su decisión en la ausencia o

---

<sup>5</sup> En este sentido SCS 31.850-2018 c.4º y SCS 32.684-2018 c.3 y 4º

<sup>6</sup> SCS 32.684-2018 c. 4º y 5º, 32.677-2018 c. 4º y 5º, 29.717-2018 c. 4º y 5º, 3-2019 c. 4ºy 5º

<sup>7</sup> El 20 de enero de ese año la Corte Suprema dicta fallo confirmatorio rechazando la libertad condicional en base al informe de Gendarmería, pero en voto de minoría de los ministros Juica y Cisternas, se expresa la tesis que la libertad condicional es un derecho y por lo mismo, sólo puede ser rechazado por "razones objetivas y claramente comprobadas y no por criterios de presunciones" .SCS 1274-2015 c. 4º. Durante ese mismo año, ese voto de minoría se transformó en mayoría. Cfr., SCS 8052-2015; SCS 8116-2015; SCS 9219-2015 entre otros.

insuficiencia de alguno de los requisitos legales. Lo contrario implica que la Comisión se ha excedido de sus atribuciones.

Este cambio de posición generó también un mayor número de libertades condicionales concedidas<sup>8</sup>, ya sea por la disposición de las Cortes de Apelaciones o Suprema pronunciándose por acciones constitucionales de amparo, o bien, porque las comisiones de libertad condicional recogieron la jurisprudencia anterior. Esta situación generó una preocupación por parte de algunos actores públicos, lo que llevó a legislar para modificar el procedimiento de otorgamiento de la libertad condicional.

Como el impulso para legislar fue el aumento de las concesiones de libertad condicional, y el objetivo era restringir su concesión, el proyecto de modificación contenido en la moción de los senadores Hernán Larraín, Felipe Harboe, Albero Espina y Pedro Araya<sup>9</sup>, ampliaba los requisitos para solicitar la libertad condicional, lo que hacía muy difícil poder optar al beneficio. Estos requisitos se referían a que el postulante hubiera sido favorecido previamente con otro beneficio intrapenitenciario y que contase con un informe favorable de Gendarmería.

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

**4° Contar con un *informe favorable* de reinserción social elaborado por un equipo profesional idóneo del establecimiento penitenciario en el cual se encuentra la persona condenada, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada”<sup>10</sup>**

Estos numerales no subsistieron durante la tramitación<sup>11</sup>. El motivo evidente es que ese requerimiento hubiera generado que la labor de la Comisión de la

---

<sup>8</sup> En los dos procesos de libertad condicional de 2010 se otorgó el beneficio a 795 reclusos condenados, mientras que en el 2016 se otorgaron 4534 libertades condicionales. “Libertad Condicional, aspectos normativos y prácticos”. Gendarmería de Chile, Santiago, mayo de 2016.

<sup>9</sup> Moción de 18 de mayo de 2016, sesión 18, legislatura 364 , revisado en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7616/>

<sup>10</sup> Esta redacción fue introducida en el senado y rechazada en la comisión mixta. <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7616/>

<sup>11</sup> Estas propuestas fueron aprobadas en la cámara de diputados y rechazadas en la comisión mixta.

Libertad Condicional sería suplida por la de Gendarmería. En efecto, la Comisión sólo podría analizar aquellos casos en que hubiera un "informe favorable" de Gendarmería, lo que deja en esta última institución la doble función de aplicar la pena de encierro y luego, conforme a su propia evaluación decidir si el condenado merece ser beneficiado con la libertad condicional aun cumpliendo los requisitos legales.

En definitiva, el requisito consiste en lo siguiente:

**"3) contar con un informe de postulación psicosocial elaborado por un equipo profesional del área técnica de Gendarmería de Chile, que permita orientar sobre los factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad. Dicho informe contendrá, además, los antecedentes sociales y las características de personalidad de la persona condenada, dando cuenta de la conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos".**

La ley aprobada mantiene la potestad de decidir en la Comisión de Libertad Condicional, en los mismos términos que lo ha señalado la jurisprudencia mayoritaria de la Corte Suprema, **con la única diferencia de que ahora se agrega como requisito el hecho que exista un informe evacuado.** A diferencia de lo que se discutió durante la tramitación del proyecto, no es necesario que el informe sea favorable.

Este cambio durante la tramitación, da cuenta que el legislador ha querido entonces, mantener en términos generales, la misma estructura del DL 321. La libertad condicional se concede por la Comisión de Libertad Condicional, cuya deliberación se encuentra enmarcada en el cumplimiento por parte del candidato de los requisitos objetivos, enunciados en el artículo 2° del DL 321<sup>12</sup>.

Como señala el N° 3 del artículo 2° del nuevo DL 321, el informe servirá para *orientar* acerca de los factores de riesgo de reincidencia y demás antecedentes sociales del postulante. Por lo que se desprende que no es vinculante para la Comisión.

Lo mismo puede concluirse de la lectura del artículo 5° del mismo cuerpo legal.

**"La Comisión deberá constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 2°, y de los artículos 3°, 3° bis y 3° ter, según sea el caso, para lo cual se tendrán a la vista que la los antecedentes**

---

<sup>12</sup> El legislador ha optado por un sistema distinto que el de la pena mixta, por ejemplo, que puede haber estado a la vista de los parlamentarios que promovieron esta modificación.

**emanados de Gendarmería de Chile, y todos los demás antecedentes que la Comisión considere necesarios para mejor resolver”.**

La Comisión podrá otorgar la libertad condicional a quien participe del proceso contando incluso con un informe negativo.

No obstante, es importante considerar que bajo esta nueva redacción, y teniendo presente que ahora la libertad condicional es un medio de prueba para demostrar que al momento de postular, el sujeto posee avances en su proceso de reinserción, bien podría la Comisión fundamentar un rechazo en este informe.

Por lo anterior, es importante tener en cuenta dos aspectos.

i) En primer término, que si bien el procedimiento de libertad condicional mantiene la falencias en la posibilidad de representación por parte de un letrado y defensa del postulante, toda vez que no se considera instancia ni modo de presentar prueba en su favor, al menos la ley ahora sí contempla la posibilidad que la Comisión considere también antecedentes incorporados por la defensa del condenado.

El mismo inciso final del artículo 5° ya citado, contempla la posibilidad de que la Comisión considere también otros antecedentes. Norma que es necesario vincular con el derecho a defensa contemplado en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), 19 N° 3 de la Constitución Política, y los artículos 7 inciso primero y 93 letra b) del Código de Procedimiento Penal.

Por lo mismo, resulta conveniente, cada vez que el informe sea negativo, aportar antecedentes que permitan a la Comisión, desoír las conclusiones de Gendarmería. Estos antecedentes pueden ser desde certificados de estudios, certificados de participar en talleres; en fin, peritajes psicológicos, culturales, o incluso; meta peritajes, cuyo objetivo sea cuestionar los informes de Gendarmería.

Es importante tener en cuenta que si bien nada obsta a que estos antecedentes sean incorporados en una futura acción constitucional, una estrategia adecuada parece ser presentarlos en esta instancia y, posteriormente, en caso de rechazo, poder aludir a ellos en sede judicial y al hecho de no ser considerados por la Comisión.

ii) El segundo aspecto que es necesario tener en cuenta de estos informes, para poder cuestionarlos, es que tienen como base la denominada teoría del riesgo.

Los expertos han señalado que la evaluación de riesgo puede ser un antecedente empírico valioso para la concesión de beneficios, pero también se encuentra demostrado que su confiabilidad es de un 66%, por lo que requiere poder ser objeto de contraste con otros informes técnicos y la decisión asumida por una instancia distinta al órgano ejecutor de la pena y responsable de la confección del informe.

Respecto de este requisito es necesario considerar y evaluar la experiencia acumulada en la confección del informe de Gendarmería para la interrupción por el juez de la pena privativa de libertad impuesta originalmente y su reemplazo por la libertad vigilada intensiva (pena mixta del artículo 33 de la Ley 18.216), especialmente en la "opinión técnica favorable que permita orientar sobre los factores de riesgos de reincidencia".

Finalmente, hay que insistir en que siempre es posible impugnar la decisión de la Comisión de Libertad Condicional cuando rechaza la misma en virtud de un informe psicosocial negativo, en la medida en que no se fundamente debidamente, como todo acto administrativo.

De esta manera, debiera esperarse que las resoluciones de las Comisiones no consistan en un mero "copiar y pegar" un argumento genérico en relación a un informe desfavorable, sin indicar cuál aspecto de éste es el que consigna que existen "factores de riesgo de reincidencia, con el fin de conocer sus posibilidades para reinsertarse adecuadamente en la sociedad, (...) antecedentes sociales y características de personalidad, conciencia de la gravedad del delito, del mal que éste causa y de su rechazo explícito a tales delitos", en los términos del actual numeral 3º del art. 2º.

### **3. Conducta intachable**

En relación con los requisitos de procedencia de la LC, si bien la ley Nº 21.124 no agrega más requisitos que el informe elaborado por Gendarmería, si modifica lo referente al concepto de *conducta intachable*.

El nuevo artículo 2.2 señala sobre este punto:

**"2) Haber observado conducta intachable durante cumplimiento de la condena. Será calificado con esta conducta la persona condenada que tenga nota 'muy buena', de conformidad con el reglamento de este decreto ley, en los cuatro bimestres anteriores a su postulación...."**

Si bien, antes de esta norma, la conducta intachable estaba descrita de modo similar en el "Reglamento de la Libertad Condicional" (artículo 21), el DL Nº321 no se pronunciaba sobre qué significaba la conducta intachable. Lo que dio lugar a interpretaciones más amplias por parte de la jurisprudencia, como en el siguiente caso.

**"OCTAVO:** Que en tanto la conducta del amparado en los últimos tres bimestres haya sido calificada por el Tribunal de Conducta de Gendarmería de Chile como "muy buena" o "buena", tiene aquél derecho a ser postulado al beneficio de



la libertad condicional para el semestre de que se trate.

En efecto, como se expuso más arriba, lo que el legislador exige es que el postulante haya observado una "conducta intachable" y lo cierto es que no solo la conducta muy buena puede ser estimada tal, sino también sin duda la simplemente buena, pues intachable es aquello que no admite o merece tacha y lo que es calificado como bueno es aquello que evidentemente cumple esta condición. Ahora bien, lo dispuesto en el inciso final del artículo 21 del Decreto N° 2.442, en orden a que "no podrá figurar en la lista a que se refiere el artículo 24 de este Reglamento, el reo que haya obtenido en conducta o en aplicación una o más notas inferiores a "muy bueno" durante el semestre correspondiente" no obsta a la conclusión anterior, en tanto, como se adelantó, se trata de un precepto de carácter reglamentario y, por ello, de una jerarquía normativa inferior a la de la ley, que impide aceptar que contemple restricciones o exigencias superiores a ésta. (Sentencia de la Corte de apelaciones de Santiago de fecha 14 de enero de 2019)".

Sin embargo, actualmente no existen dudas en torno a que conducta intachable es equivalente a la calificación de conducta como "muy buena".

Asimismo, conforme a la nueva regulación de la libertad condicional, la conducta intachable corresponde a cuatro bimestres, y no tres como era anteriormente.

#### **4. Plan de intervención individual**

La Ley N° 21.124 modifica sustancialmente el régimen de libertad condicional al incorporar un sistema de cumplimiento más riguroso que el vigente, en cuanto exige al liberto condicional, no sólo la concurrencia periódica a control y la permanencia en un lugar determinado, sino también el cumplimiento de un plan de intervención, que orienta el cumplimiento de la pena hacia la reinserción del condenado. Esto recalca el hecho que la libertad condicional constituye sólo una forma distinta de cumplir la pena, y no una rebaja o indulto.

Esta situación genera la necesaria continuidad de la defensa, más allá del mero otorgamiento del beneficio, pues existirán diversos momentos durante el cumplimiento de la libertad condicional donde el liberto condicional requerirá de asesoría legal y defensa.

Conforme al artículo 6° de la Ley de Libertad Condicional, el liberto condicional estará sujeto a un plan de intervención que se elaborará dentro de los 45 días

siguientes al otorgamiento de la libertad condicional, a diferencia del régimen antiguo en que quedaba sujeto a algunas obligaciones específicas.

Es importante tener claridad respecto de la distinción entre el beneficio y el plan de intervención. El beneficio de libertad condicional, se inicia en el momento que este es otorgado por la Comisión de Libertad Condicional (excepcionalmente por las Cortes de Apelaciones o Corte Suprema). No es necesario que este plan se encuentre aprobado.

Sin perjuicio de lo anterior, es relevante que el defensor informe al condenado que una vez otorgada la libertad, no debe perder el contacto con él, con el objeto de comparecer ante el delegado para la elaboración del plan y posterior cumplimiento.

Es relevante, precisamente la participación activa del defensor en este proceso. Lo anterior es necesario por cuanto el artículo 7° del DL 321 no contempla una aprobación judicial del Plan, de modo que cualquier ilegalidad o arbitrariedad deberá ser objeto de una impugnación por vía administrativa o judicial.

Adicionalmente, el Plan de intervención es fundamental en el nuevo régimen de libertad condicional, pues constituye una obligación del liberto condicional, y en caso de incumplimiento, la libertad condicional puede ser revocada.

Esto se encuentra regulado en el actual artículo 7° del DL N° 321

**“artículo 7°. Si la persona en libertad condicional fuere condenada por cualquier delito, o *incumpliere las condiciones establecidas en su plan de intervención individual, sin justificación suficiente, Gendarmería de Chile deberá, dentro del plazo de tres días, informar de ello a la Comisión de Libertad Condicional, para que ésta se pronuncie dentro del plazo de quince días, respecto de la continuidad o revocación de la libertad condicional”.***

Con todo, al igual que en el DL N° 321 previo, la revocación es facultad de la Comisión de Libertad Condicional y su impugnación de puede ejercer por la vía administrativa o judicial, a través de las acciones constitucionales.

Finalmente, cabe tener presente que ya no existe el requisito de permanecer en un lugar determinado.

## **5. Tiempo mínimo**

El artículo 2° N° 1 del DL N° 321 establece –al igual que la norma original– que para postular al beneficio de libertad condicional, debe haber cumplido la

mitad del tiempo de la condena, lo que se conoce como "tiempo mínimo de postulación".

No obstante, esto ya se encontraba modificado con anterioridad a la Ley N° 21.124, pasando en la práctica a ser 2/3 de la pena, la regla general para postular al beneficio. Esto considerando el tipo de delito que exigen este tiempo mínimo.

Para mayor comprensión se puede recurrir el siguiente cuadro.

Delitos o casos	Tiempo mínimo 1/2 de la condena	Tiempo mínimo 2/3 de la condena	Otro tiempo mínimo.
1. Regla general			
2. Presidio perpetuo simple			20 años
3. Presidio perpetuo calificado			40 años
4. 2 o más condenas de 40 o más años			20 años
5. Parricidio, femicidio, homicidio calificado, robo con homicidio, violación con homicidio, violación, infanticidio, abuso sexual impropio simple y calificado a víctima menor de 14 años, producción de material pornográfico con menos de 18 años, favorecimiento de la prostitución infantil, explotación sexual (art. 411 quáter CP), robo con violencia o intimidación, robo por sorpresa, robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, homicidio de miembros de policía, bomberos o gendarmes, elaboración o tráfico de estupefacientes., manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o resultado de lesiones graves gravísimas.			
6. Condenados a presidio perpetuo por delitos terroristas cometidos entre 1989 y 1998			10 años y declaración de renuncia al uso de la violencia
7. Genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra			Colaboración sustancial, aportar antecedentes serios en otras causas. Afectación seguridad pública, colaboración en el proceso, condenado no realizará acciones que afecten a las víctimas.

8. Mujeres embarazadas o con hijos hasta 3 años, condenadas por delitos de la fila N° 5			
---	--	--	--

La Ley N° 21.124 ha modificado el tiempo mínimo de postulación a los condenados por delitos de femicidio y violación propia, haciendo del tiempo mínimo de postulación dos terceras partes de la condena efectivamente cumplida.

La regla de suma de condenas, se modificó de 20 años a penas de 40 o más años.

Se eliminó la regla especial para los hurtos y estafas<sup>13</sup> y se agregó la regla especial para mujeres embarazadas o con hijos menores de 3 años, para quienes el tiempo mínimo será de la mitad del tiempo de condena, independiente del delito (salvo los casos específicos de presidio perpetuo, conductas terroristas y genocidio).

Por último se agregó la cuestionada norma que regula la libertad condicional de los condenados por delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra.

## 6. Irretroactividad

En cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo, el art. 9° de la Ley N° 21.124 pretendió resolver la cuestión sobre desde cuándo se aplica, o a qué condenados.

**“Artículo 9°. Para los efectos del presente decreto ley, se entenderá que los requisitos para la obtención del beneficio de la libertad condicional son aquellos que se exigen al momento de la postulación”.**

No obstante, esta norma manifiesta serios problemas de constitucionalidad, toda vez que incurre en la hipótesis de aplicar una ley penal más desfavorable con efectos retroactivos.

Si bien este debate ya se ha dado en sede constitucional, éste continúa abierto y es perfectamente posible renovarlo por vía judicial.

En efecto, el Tribunal Constitucional (TC) en su sentencia de fecha 02 de enero de 2019, en causa Rol N° 5677-2018 CPT (que acumuló el requerimiento 5678-2018 CPT), si bien desestimó el reproche formulado por un grupo de diputados a esta normativa en relación con la retroactividad, se hace por

---

<sup>13</sup> La antigua norma contemplaba que los condenados por hurto o estafa a más de seis años, podrán obtener la libertad condicional una vez cumplidos tres años.

razones puntuales referidas al requerimiento específico, más que al debate sobre la retroactividad de la norma.

El Tribunal señala por una parte, que no se especificó cuáles eran los aspectos específicos que implicarían la aplicación de una norma más perjudicial para el condenado, sino que se hizo un cuestionamiento en términos genéricos. Esto vinculado al hecho que el requerimiento se dirigió al artículo 12 de la Ley N° 21.124 que se refiere a la entrada en vigor de la norma, y no al artículo 9° que se refiere precisamente a los efectos retroactivos de la norma que define la aplicación de los requisitos para optar al beneficio.

Por último, el TC señala que no corresponde declarar una inconstitucionalidad abstracta y general, sino que esto es una discusión propia del juez de fondo, en que deberá observar si existe una situación específica más desfavorable.

Por lo dicho, el tema de la constitucionalidad del art. 9° del DL N°321 no está del todo resuelto, esto si se plantea caso a caso y se demuestra que su aplicación es perjudicial en esas determinadas circunstancias.

Que el principio de irretroactividad se aplica también a la norma penitenciaria, parece tener recepción en la doctrina penal (aunque la jurisprudencia no sea coincidente en ello), y su fundamento se encuentra tanto en la seguridad jurídica como en la función motivadora del derecho penal (Mapelli et. al., 2014:285).

“La cuestión que plantean los supuestos en que la nueva ley más gravosa contempla efectos generados por una ley anterior más benigna se ha resuelto anteriormente en el sentido de considerar que la garantía de irretroactividad no sólo incluye los hechos, sino también los efectos o las situaciones generadas o creadas al amparo de la ley más beneficiosa” (Ruiz Antón, 1989; p.159 y 160).

El problema parece centrarse en cuál es el momento en que se determina la legislación penitenciaria aplicable.

En la doctrina, conforme sostiene Oliver (2007: 195), existen frente a este dilema tres posiciones. Quienes plantean que las normas de ejecución de pena deben aplicarse *in actum*, su fundamento es la reinserción. “Dicho fin obligaría a aplicar retroactivamente toda modificación que experimente la regulación penitenciaria, aunque resulte más gravosa para los internos” (Oliver: op. cit.: 195). Por otra parte, hay quienes sostienen que se aplica la normativa vigente al momento de la comisión del delito (Oliver, op. cit.: 200). Es decir, que para determinar la normativa aplicable a la hora de postular de la libertad condicional, es necesario verificar que norma se encontraba vigente a la fecha del delito. Por último, otros sostienen que las normas aplicables son las del tiempo vigente al momento de iniciar el cumplimiento de la condena. Zaffaroni, por ejemplo (1988:201), señala que existiría una distinción entre el derecho penal *de fondo* y el derecho penitenciario<sup>14</sup>, por cuanto no se aplica de la

---

<sup>14</sup> Aunque el penalista argentino es claro que aclarar que aquello no significa que el derecho de ejecución sea parte del derecho administrativo (Zaffaroni, 1988, op. cit.: 201)

misma forma el principio de legalidad y la ley "más favorable" compite con aquella "más idónea para la resocialización (Zaffaroni, op. cit.:201).Es decir, si después de la dictación de la sentencia se dicta una ley que es más idónea para la resocialización, se aplicará precisamente aquella, aun cuando no sea la más favorable.

En términos de Mapelli, se trata de una posición fundada en la asimilación y otra en la diferenciación (Mapelli, et. al. 2014: 285). Para algunos, siguiendo el principio de asimilación, estas reglas constituyen normas referidas a la ejecución de las penas y la retroactividad se aplica en los mismos términos que las normas penales. "En consecuencia, tomando como siempre como referencia el momento de la comisión dichas normas son irretroactivas salvo que favorezcan al reo" (Mapelli, op. cit.: 285). En tanto, para quienes siguen el principio de la diferenciación, las normas penitenciarias no son norma penales, "por lo que para su eficacia no se debe tomar referencia al momento de la comisión de la infracción, sino el momento de la ejecución, como sucede con las normas procesales" (Mapelli, op. cit: 285).

No obstante, Mapelli sostiene que esta distinción no es muy útil, en tanto las normas penitenciarias tienen muy distinta naturaleza entre sí, y por lo mismo es necesario hacer distinciones (Mapelli, op. cit: 285). Por una parte, las normas penitenciarias pueden ser funcionales o sustantivas. Las primeras son aquellas que regulan aspectos sectoriales de la ejecución, así como normas de régimen general, como una disposición que establece facultades para el director de un centro, la composición de órgano penitenciario, o en fin, una que "redujera el número de llamados que puede hacer el interno u obligara a la Administración a garantizar una celda por cada uno de ellos". (Mapelli, op. cit.: 287). Estas normas se rigen por el acto de ejecución; vale decir, se aplican al momento de su entrada en vigor, y con efecto retroactivo. Si se dicta entonces una norma que establece un régimen más favorable para el privado de libertad, se aplica retroactivamente, no así, la que lo restringe.

Por otra parte, las normas sustantivas pueden ser de carácter general y específico. Las primeras, son aquellas que no guardan relación con el delito cometido, sino sólo con la situación del condenado, por ejemplo normas que regulan los permisos de salida, condiciones generales para la obtención de la libertad condicional, como el tiempo mínimo de postulación. Las normas sustantivas específicas, en cambio, implican un cambio o modificación sustancial del régimen de ejecución de pena, en razón del delito por el cuál fue condenado. Por ejemplo, normas que restrinjan el acceso a beneficios por parte de condenados por delitos que se consideran graves. Para las normas sustantivas generales, el momento aplicación se fija en el momento que inicia la ejecución de la pena, para las sustantivas específicas, en cambio, el momento desde el momento de la comisión del delito, puesto "que forman parte inescindible de la potencialidad disuasoria de la norma que describe la conducta típica. Es decir, según Mapelli en el caso de las normas sobre el procedimiento para obtener la libertad condicional, **se aplican las que se encuentran vigentes al momento de iniciar el cumplimiento de la condena** (es decir, al momento de quedar ejecutoriada la sentencia), momento en el que se fija el estatuto de ejecución aplicable a esa persona. Por

su parte, en el caso de normas que hacen más difícil la obtención de la libertad condicional, por ejemplo el aumento del tiempo mínimo, deben aplicarse las que se encontraban vigentes al momento de la comisión del ilícito.

Por lo señalado, aun cuando la doctrina se divide en cuanto a cuál es el momento que fija la ley aplicable a la ejecución (incluso en el caso de Mapelli distingue según la naturaleza de la norma), es compartida la idea que son normas de carácter penal y por lo tanto se aplica la norma del 19 N° 3 de la Constitución, haciéndome inaplicable la norma desde su publicación a todos los casos, a menos que sea más favorable.

Por lo tanto, si tanto los Tribunales de Conducta, como la Comisión de Libertad Condicional aplican el criterio de la norma vigente al momento de la postulación, se estaría usando la ley de manera retroactiva, entrando en colisión con lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso quinto de la Constitución y corresponde impugnar dicha decisión.

Si bien, por el corto tiempo de vigencia de la Ley N° 21.124 no se ha dado aún en el orden judicial, la Corte Suprema ha dejado traslucir su posición en el debate acerca de la retroactividad de las reglas que modificaron el tiempo mínimo de postulación en la denominada Ley de "Agenda Corta", Ley N° 20.931. En este caso, el tribunal ya se pronunció en innumerables sentencias en el sentido que las normas sobre libertad condicional, en general, son normas de carácter administrativo, no penal. Por lo mismo, se aplica la nueva ley a cada proceso de postulación, y este sería el momento que determina la ley vigente a aplicar en el caso específico.

Sin embargo, dicha posición concibe a la libertad condicional como un proceso administrativo, totalmente alejado de lo penal y de lo jurisdiccional. Precisamente, la administrativización de la pena de cárcel es lo que ha generado la falta de control de su ejecución y la consiguiente naturalización de la violencia en su interior. No obstante, es la propia ley la que nos recuerda que la libertad condicional es sólo una forma particular de cumplir la pena, por lo que las normas que la regulan no pueden quedar desvinculadas de las normas penales.

La libertad condicional "es una de las fases del sistema progresivo de ejecución de sanciones, y es considerada como un período de cumplimiento que forma parte de la ejecución de la pena privativa de libertad. Así, la libertad condicional participa en la esencia del carácter de pena, pues se integra como el último período de cumplimiento de la pena privativa de la libertad" (Morales, op. cit., 2013: 3).

Por eso en relación a la aplicación del DL 321 en el tiempo, y particularmente de su nuevo artículo 9°, pareciera que una estrategia acorde con la defensa de derechos de los condenados postulantes a la libertad condicional, debiera ser impugnar su aplicación.

## **7. Temas especiales relativos a la Libertad Condicional**

Más allá de las modificaciones introducidas por la Ley N° 21.124, la Jurisprudencia de la Corte Suprema ha asentado varios puntos en relación con la libertad condicional:

- **La Buena Conducta se refiere a los últimos tres bimestres: SCS 25.080-2017 (en el mismo sentido SCS 30.204-2017)**

*3º) Que la Comisión de Libertad Condicional recurrida rechazó la libertad condicional del amparado teniendo para ello en cuenta que la exigencia del N° 2 del DL 321 no se circunscribe a la mera verificación de la conducta intrapenitenciaria de los últimos tres bimestres sino que debe ponderarse todo el historial de conducta del amparado, de lo que se desprende que en este caso tal exigencia no se satisface.*

*4º) Que según dan cuenta los documentos aportados por Gendarmería de Chile, el amparado ha sido calificado con conducta muy buena desde el bimestre Marzo-Abril de 2016 a la fecha.*

Siguiendo este criterio jurisprudencial, la modificación al DL N°321, en el art. 2º, viene en refrendar el criterio de que son los bimestres de Muy Buena conducta los que cuentan y no las inferencias respecto a este punto que se puedan obtener del informe psicosocial o de las sanciones por faltas intrapenitenciarias que se consignen en la historia de vida del condenado.

Ya no existe una remisión al reglamento de la libertad condicional en relación a la Muy Buena conducta, sino que se ha dispuesto expresamente la concurrencia de cuatro bimestres de la misma para cumplir con este requisito.

- **Para conceder la Libertad Condicional no se requiere haber obtenido un beneficio previo: SCS 34.448-17**

*2º ... Sobre el tiempo que resta por cumplir -hasta mayo de 2019-, éste parece breve en proporción al período que lleva de cumplimiento -desde agosto de 2012- y, finalmente, la ley no ha impuesto como condición para acceder a la libertad condicional el haber previamente obtenido un beneficio intrapenitenciario, sin perjuicio de que en la especie el amparado goza de salida dominical desde enero del presente año y de lo recomendable que pueda ser tal proceso paulatino de acercamiento al medio libre.*

Se destaca en este fallo que no es necesario un ingreso paulatino al régimen de libertad, como lo sostienen algunas resoluciones de comisiones de libertad condicional.



Sin embargo, aunque no es un requisito exigido por la ley o la jurisprudencia, nunca está de más mencionar que el condenado está haciendo uso de algún beneficio previo, lo cual siempre sirve de fundamento para argumentar que existe una buena aproximación al medio libre.

- **Resulta más eficaz otorgar derechamente la Libertad Condicional si se cumplen los requisitos, a que se reúna nuevamente la comisión: SCS 8.942-18 (en el mismo sentido SCS 10.735-18)**

*1º) Que conforme el mérito de los antecedentes que constan en la presente acción constitucional, el amparado cumple todos los requisitos previstos en los artículos 2º y 3º del D.L. N° 321 para gozar del derecho a la libertad condicional.*

*2º) Que, en ese contexto, resulta más eficaz para restablecer el imperio del derecho decidir sobre la procedencia del derecho aludido en el motivo anterior en estos autos, que reunir nuevamente a la Comisión de Libertad Condicional para una nueva evaluación y pronunciamiento como lo dispuso el tribunal a quo.*

Este criterio ha sido aplicado constantemente, frente a resoluciones de Cortes de Apelaciones que acogen amparos sólo en cuanto ordenan que se reúna nuevamente la comisión para analizar los antecedentes del amparado, en la medida que la resolución de la comisión no ha contado con la debida fundamentación.

Es por ello que ante resoluciones de primera instancia que decreten una reunión extraordinaria de la comisión de libertad condicional, resulta preferible apelar de dicha resolución para que se confirme con declaración en el sentido de que se otorgue la libertad condicional derechamente, "*resultando más eficaz para restablecer el imperio del derecho*".

- **Rebaja de condena por conducta sobresaliente permite postular, pero no obtener Libertad Condicional el semestre anterior: SCS 10.732-18. Criterio de aplicación del art. 5º de la ley 19.856**

*3º) Que, a diferencia de lo señalado en la sentencia en alzada, considerando los cuatro meses de rebaja de pena obtenidos por el amparado por su conducta sobresaliente, se cumplirá en la especie el tiempo mínimo requerido para acceder a la libertad condicional el 8 de septiembre del año en curso y, conforme al inciso segundo del artículo*

5° de la Ley N° 19.856, puede postular a la libertad condicional en el semestre anterior a aquel en que cumple ese requisito.

4°) Que, en consecuencia, en este caso la Comisión recurrida ha negado la libertad condicional pretendida por el amparado pese a cumplir todos los extremos previstos en los artículos 2° y 3° del D.L. N° 321 para que le sea concedida de manera diferida a la época ya señalada, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio.

Sin perjuicio de algunas sentencias de la sala de verano del año 2018 que otorgaron libertad inmediata<sup>15</sup> a los condenados con conducta sobresaliente y que postularon el semestre anterior al cumplimiento de los respectivos tiempos mínimos, el criterio general de la Segunda Sala ha sido el tenor literal de la norma, en cuanto dicha conducta calificada permite postular al proceso de libertad condicional, pero no obtenerla sin cumplir con el tiempo mínimo establecido en el art. 2°(además del art. 3° y 3° bis con las modificaciones actuales).

- **Se otorga Libertad Condicional a pesar de quebrantamiento previo, porque cumple con todos los requisitos: SCS 15.095-18** (Ver también SCS roles: 12.529-18, 12.536-18 y 13.052-18; en **sentido diverso: SCS 14.783-18**)

2°) Que la Comisión recurrida rechazó el otorgamiento de la libertad condicional perseguido por el encartado, al haber constatado "el quebrantamiento de pena y/o beneficios que se les había otorgado al inicio del proceso de rehabilitación y corrección", agregando que "en este contexto, la naturaleza del medio de prueba que el legislador le ha atribuido al beneficio que se conoce, se ha desvirtuado por el propio condenado, quien al no respetar y someterse a las condiciones de control mínimas a que se encontraban sujetos, malamente puede ser considerado para el ejercicio del pleno derecho al que ha sido postulado".

4°) Que, en efecto, el quebrantamiento de algún beneficio intrapenitenciario conlleva las restricciones temporales para acceder nuevamente a éstos que contempla el artículo 111 del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y, por su parte, el de la Libertad Condicional, conforme al artículo 7° del D.L. N° 321, importa que el condenado, sólo después de haber cumplido la mitad del saldo de su

---

<sup>15</sup> SCS 2363-2018, 2364-2018 y 2444-2018

*pena, volverá a tener derecho a salir en libertad condicional, a lo que se adicionan las rebajas en la calificación bimestral de la conducta del interno que ocasiona dicho quebrantamiento, calificación que en el caso del amparado ha mejorado desde entonces hasta alcanzar la requerida para postular nuevamente a la libertad condicional, de manera que no resulta procedente extraer más consecuencias legales de dicha acción que aquellas ya mencionadas.*

La gran mayoría de los fallos de la Segunda Sala establecen que no resulta un obstáculo para obtener la libertad condicional el haber incurrido en un quebrantamiento previo de algún beneficio intrapenitenciario, en la medida que se cumple con los requisitos establecidos por la ley.

No está demás mencionar que en muchos casos, las resoluciones de las comisiones de libertad condicional sobre este punto, resultan escuetas y con formatos tipo, sin indicar el motivo del quebrantamiento, con lo que se desatiende a la fundamentación de todo acto administrativo.

- **Principio de legalidad. Robo con violación no está en el art. 3° inc. 3°: SCS 14.906-18**

*2°) Que, a diferencia de lo señalado por la recurrida, por no tratarse de alguno de los ilícitos enumerados en el artículo 3 inciso 3° del D.L. N° 321, se cumplió en la especie el tiempo mínimo requerido para acceder a la libertad condicional, esto es, la mitad de la pena, el 28 de abril de dos mil diecisiete.*

*3°) Que, en consecuencia, en este caso la Comisión recurrida ha negado la libertad condicional pretendida por el amparado pese a cumplir todos los extremos previstos en el artículo 2° del D.L. N° 321 para que le sea concedida, con lo cual se le ha privado ilegalmente de su derecho a recuperar, condicionalmente, su libertad ambulatoria, por lo que la acción de amparo examinada deberá ser acogida en la forma pedida en el arbitrio.*

Cabe destacar que la modificación de la ley 21.124 **no incorporó dentro de los delitos que requieren dos tercios del tiempo mínimo de condena al robo con violación, ni al robo calificado de las hipótesis de los numerales 2° y 3° del art. 433 del Código Penal.** Por lo que en virtud del principio de legalidad, no puede por la vía de analogía exigirse el mayor tiempo ya indicado.

## **8. Consejos para la presentación de acciones constitucionales de amparo y recursos de apelación ante rechazo:**

1. Siempre contar con Ficha Única del Condenado. Si hay problemas para obtenerla, agotar todas las instancias administrativas y judiciales para obtenerla (cautela de garantías, coordinación de la DR con GENCI, etc.)
2. En los escritos de amparo y apelación, indicar con claridad el o los delitos por los cuales se encuentra condenado nuestro(a) representado(a), distinguiendo entre violación propia e impropia, tipos de robos, y cualquier otro delito que tenga una interpretación equívoca. Indicar asimismo, las penas que está cumpliendo.
3. Se sugiere enfocar el debate en el sustento fáctico y no en ahondar demasiado en consideraciones doctrinarias, a menos que el caso particular lo amerite.
4. Realizar personalmente los cálculos en relación al tiempo mínimo, ya sea de la mitad de la condena o de los dos tercios, dependiendo del delito, ya que la información que proporciona Gendarmería no siempre es correcta.
5. Tema de "Saldo de Condena": el criterio de la Corte Suprema ha sido que el cómputo del tiempo mínimo cuando existe un saldo de pena, es la mitad o los dos tercios del tiempo, según el delito de conformidad al antiguo art. 3° inc. 3°, en contravención a lo que señalaba el art. 37 del Reglamento, que sólo exigía la mitad. Sobre este punto, la ley 21.124 replicó la norma del art. 37 mencionado, dándole carácter legal en el actual art. 7° inc. 2° del DL 321. Por ello, en el cálculo del tiempo mínimo en relación a un saldo de condena, hay que enfatizar la exigencia sólo de la mitad del saldo, sosteniendo que no es posible a la judicatura establecer requisitos más exigentes que los que la propia ley dispone.
6. De acuerdo al Modelo Penitenciario y al Manual de Actuaciones Mínimas en Materias Penitenciarias, el rechazo de libertades condicionales respecto de condenas del sistema antiguo no pueden ser impugnadas por los defensores penales penitenciarios, quienes deberán avisar a la Corporación de Asistencia Judicial correspondiente. Si el interno cumple penas del sistema antiguo y de reforma, en ese caso sí pueden presentarse las respectivas acciones de amparo por los defensores penitenciarios.
7. En lo posible, presentar una acción de amparo con su correspondiente apelación por cada interno. Evitar acciones masivas.

Febrero 2019

**UNIDAD DE DEFENSA PENAL ESPECIALIZADA – UNIDAD DE CORTE  
DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS  
DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA**

## Bibliografía

1. Cordero, Eduardo. 2019. "El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria"; en Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, N° 7 2009; Santiago, 2009; p. 69-108.
2. Mappelli, Borja; et. al. 2014. "Ejecución de la pena privativa de libertad: una mirada comparada! Colección documentos de trabajo N° 17. Eurosocial, Madrid, 2014
3. Morales, Ana María. 2013. "Redescubriendo la libertad condicional", en revista Conceptos N° 30, abril de 2013, Fundación Paz Ciudadana; en <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/conceptos-n-30-redescubriendo-la-libertad-condicional-2/>
4. Ruiz Antón, Luis Felipe. 2004. El principio de irretroactividad de la Ley Penal en la doctrina y la jurisprudencia Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN-e 0213-988X, N° 7, 1989, págs. 147-167; en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=819650>
5. Oliver, Guillermo. 2007. "Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales", 540 págs., Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
6. Zaffaroni, Eugenio R. 1988. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Ediar. Sociedad Anónima, B. Aires 1988.