

17. CORTE DE APELACIONES - DERECHO PENAL

RECURSO DE AMPARO

PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL. IMPROCEDENCIA DE CONCEDER EFECTO RETROACTIVO A MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR LA LEY N° 20.931 EN EL ART. 3° DEL D.L. N° 321, QUE ESTABLECE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA LOS PENADOS.

HECHOS

Se interpuso recurso de amparo en contra de la Comisión de Libertad Condicional de Corte de Apelaciones. Corte acoge el recurso.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Valparaíso*

ROL: *421-2018, de 6 de julio de 2018*

PARTES: *Juan José Díez Radovich con Comisión de Libertad Condicional de esta Corte de Apelaciones*

MINISTROS: *Sra. María Angélica Repetto G., Sra. Silvana Juana Aurora Donoso O. y Abogado Integrante Sr. Alberto Balbontín R.*

DOCTRINA

A la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso penúltimo, de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo en el caso de una reforma más favorable, garantía que comprende tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afectan cuestiones de derecho sustantivo, la modificación del tiempo mínimo que introdujo la Ley N° 20.931 en el artículo 3°, inciso 3°, del D.L. N° 321 es inaplicable en el caso del encartado de autos por ser una disposición más gravosa que la vigente al tiempo de dar inicio a su condena y, evidentemente, de la fecha de comisión del delito, modificación que tiene incidencia perjudicial para él en una materia de la máxima relevancia en el cumplimiento de su sanción, como resulta ser el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional, al negarle la posibilidad de un egreso del recinto penal en que cumple su sanción a una modalidad de ejecución más benigna. Que al haber sido incluido el interno en Lista 1 de

postulación, se desprende que cumple con los restantes requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 321 y en su reglamento, por lo que su privación de libertad resulta improcedente, motivos por los cuales el recurso de amparo será acogido. (Considerandos 3° y 4° de sentencia de Corte de Apelaciones)

Cita online: CL/JUR/7352/2018

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: *Artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República; 3°, inciso 3°, del Decreto Ley N° 321; Ley N° 20.931.*

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL Y LIBERTAD CONDICIONAL

ANDREA PINTO BUSTOS

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

1. En sentencia de fecha 6 de julio de 2018, la Corte de Apelaciones de Valparaíso se pronunció respecto de la posibilidad de conceder efecto retroactivo a la modificación introducida por la Ley N° 20.931 en el art. 3° del D.L. N° 321, que establece la libertad condicional para los penados. En virtud de tal modificación, en los delitos de robo con violencia o intimidación simple; robo por sorpresa; robo con fuerza en las cosas en lugar habitado, y homicidio de miembros de las policías y Gendarmería de Chile, en ejercicio de sus funciones, sólo podrá concederse la libertad condicional cuando se hubiere cumplido dos tercios de la pena impuesta por sentencia definitiva. De esta manera, el legislador agregó nuevas *excepciones* a la *regla general* existente en materia de tiempo mínimo de cumplimiento de la pena para acceder a la libertad condicional, esto es, la mitad de la condena impuesta¹.

En su razonamiento, el fallo rechaza la aplicación del art. 3° de la Ley N° 20.931 como ley *ex post facto*, esto es, como ley aplicable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia, en tanto esto atentaría contra el principio de irretroactividad de la ley penal, previsto en el art. 19, N° 3, de la Constitución. Según los sentenciadores, el ámbito de aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal alcanza al aumento de tiempo mínimo de cumplimiento, como requisito para optar a la libertad condicional, pues se trata de un asunto de “*máxima relevancia*” en el cumplimiento de una sanción que implica limitar el acceso a una modalidad de ejecución más benigna (considerando tercero). A continuación, analizaré los argumentos empleados por la corte para arribar a tal conclusión.

¹ De conformidad al abultado catálogo de excepciones previstas en el mentado art. 3°, cada vez parece más dudoso sostener que el cumplimiento de la mitad condena impuesta constituya regla general en materia de requisitos para optar a la libertad condicional.

2. En nuestro ordenamiento jurídico, la prohibición de retroactividad de la ley penal desfavorable está consagrada a nivel constitucional en el art. 19, N° 3, inc. 8°, de acuerdo con el cual “[n]ingún 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”. De conformidad a tal precepto, la corte aduce que la prohibición de retroactividad es aplicable a los preceptos sustantivos, pero también a “los adjetivos o de procedimiento que afectan cuestiones de derecho sustantivo” (considerando tercero). Así, explícitamente afirma que la prohibición de retroactividad puede extenderse a preceptos procesales, contradiciendo la frecuente alegación doctrinal con arreglo a la cual sólo la ley penal sustantiva tiene efecto irretroactivo, mientras que las leyes procesales rigen *in actum*².

Sobre la base de tal argumentación, la corte soslaya el discutido tópico relativo a la naturaleza jurídica de la libertad condicional³. En un sentido estricto, el tema deviene en irrelevante para definir el campo de aplicación del mentado principio de irretroactividad, puesto que, más allá de cuál sea la naturaleza jurídica de la libertad condicional, el precepto legal referido al requisito de tiempo mínimo de cumplimiento *afecta* cuestiones de derecho sustantivo, específicamente, aquellas enlazadas con la pena y la forma que adopta su cumplimiento. Tal proceder no es uniforme en la jurisprudencia chilena del último tiempo, pues en ciertas sentencias se ha esgrimido la naturaleza jurídico-procesal de la libertad condicional (y, por consiguiente, del requisito de tiempo mínimo de cumplimiento) para negar la aplicación de la prohibición de retroactividad, y afirmar los efectos *in actum* de la modificación introducida por el art. 7° de la Ley N° 20.931⁴.

A mi juicio, el razonamiento empleado por la corte en la sentencia comentada se adecúa a los límites de la literalidad del precepto constitucional, en tanto éste alude a toda aquella ley que se refiera o al *delito* o a la *pena*, dentro de lo cual perfectamente podrían quedar incluidas aquellas leyes procesales que afecten cuestiones de derecho sustantivo concernientes a los mismos. Ahora bien, aunque el argumento es formalmente acorde a lo establecido en la Constitución, es demasiado vago, porque no precisa qué significa que un precepto *afecte* cuestiones de

² Por todos, CURY URZÚA, Enrique, Derecho penal. Parte General, (Santiago, 2011), p. 227. Aunque debe destacarse que el autor reconoce que las estrechas relaciones existentes entre derecho penal y derecho procesal penal demostrarían que “el dogma según el cual las leyes procesales rigen *in actum* puede determinar el debilitamiento del *nullum crimen, nulla poena sine lege*” (pp. 119 y ss.).

³ En doctrina hay posiciones divergentes acerca de la naturaleza jurídica de la libertad condicional. Para algunos, las disposiciones que regulan la libertad condicional pertenecen al derecho procesal; para otros, integran el derecho administrativo, y todavía hay quienes consideran que son preceptos de naturaleza estrictamente penal. Véase OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, (Santiago, 2007), pp. 191 y ss.

⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1 de febrero de 2017, rol N° 1412-2016.

derecho sustantivo, relacionadas con el delito o la pena. En este comentario, me referiré únicamente al sentido y alcance de tal afirmación en cuanto se refiere a cuestiones de derecho sustantivo vinculadas con la pena, debido a que ello permitirá determinar –en cuanto a la libertad condicional y al requisito de tiempo mínimo de cumplimiento– el porqué de su inclusión dentro del campo de aplicación de la prohibición de retroactividad.

3. Para explicar la significación de la conexión entre pena y libertad condicional es metodológicamente indispensable dilucidar qué es aquello a lo que nos referimos cuando aludimos a una *pena*, es decir, cuáles son las notas mínimas que conforman un concepto apropiado de pena⁵.

A este respecto se ha señalado que *pena* consiste en “la irrogación de un mal como expresión de la desaprobación de un comportamiento previo defectuoso”⁶. Se trata de un concepto en cuya intensión coexisten tres propiedades relevantes: a) la irrogación de un mal, b) un comportamiento previo defectuoso y c) una expresión de desaprobación. En mi opinión, es precisamente esta última la que está directamente asociada a la libertad condicional y, concretamente, a la ampliación o restricción de sus requisitos de procedencia.

Según J. Feinberg⁷, la diferencia específica de la *pena* –como parte del género *sanciones*– es su función expresiva, en tanto por medio del castigo penal se expresan “actitudes de resentimiento o indignación y juicios de desaprobación y reproche, emanados tanto de la autoridad que impone el castigo como de aquellos bajo cuyo nombre el castigo es impuesto”⁸, esto es, la comunidad. Ahora bien, la expresión de reproche se verifica mediante la irrogación de un mal porque “a diferencia de lo que se da en situaciones de relaciones personales de intimidad o cercanía, el reproche penal tiene lugar en un contexto social de contactos anónimos, en el cual una mera declaración de reproche no alcanza a materializarlo”⁹. Cabe destacar que, tratándose de la privación de libertad, ésta constituye un caso de irrogación de

⁵ Véase Peñaranda Ramos, Enrique, *La pena: nociones generales*, en LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (coordinador), *Introducción al derecho penal*, (Madrid, 2015), p. 255, quien hace hincapié en la necesidad de adoptar un concepto mínimamente preciso de pena para comenzar una discusión en torno a ella.

⁶ KINDHÄUSER, Urs, “Personalidad, culpabilidad y retribución. De la legitimación y fundamentación ético-jurídica de la pena criminal”, en KINDHÄUSER, Urs, y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Buenos Aires, 2011), p. 3.

⁷ FEINBERG, Joel, “The expressive function of punishment”, en *The Monist* 49, 3 (1965), pp. 397-423.

⁸ FEINBERG, ob. cit., p. 400.

⁹ MAÑALICH, Juan pablo, “Retribucionismo expresivo”, en KINDHÄUSER, Urs, y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho* (Buenos Aires, 2011), p. 59.

un mal que *siempre* simboliza la expresión de un reproche, razón por cual *siempre* forma parte de la extensión del concepto de pena¹⁰.

Sobre la base de lo indicado, es posible señalar que la pena privativa de libertad es una particular forma de irrogación de un mal que materializa una expresión especialmente intensa de desaprobación y reproche por un comportamiento previo defectuoso, la cual se manifiesta en sus modalidades de ejecución y en la posibilidad de acceder a formas de cumplimiento más benignas, como la libertad condicional.

Tratándose de la modificación legal cuya aplicación se discute en el fallo, puede observarse que la incorporación de nuevos delitos en el art. 3° del D.L. N° 321 da cuenta de una especial expresión de reproche y desaprobación que el legislador ha manifestado en relación con su comisión: no basta para tener derecho a la libertad condicional el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta, sino que se requiere de la satisfacción de dos tercios de ella. Lo anterior queda demostrado si se observan a) las razones que se esgrimieron para respaldar la modificación¹¹ y b) la *ratio legis* que subyace a la Ley N° 20.931, que, particularmente en lo referente a los delitos de robo, envuelve una mayor severidad en el ejercicio de la potestad penal.

Así las cosas, es posible señalar que la constricción del derecho a la libertad condicional concretiza una intensificación en la expresión de desaprobación y reproche como consecuencia de la comisión de ciertos comportamientos delictivos. Siendo así, al igual que todos los preceptos legales vinculados con alguna de las notas esenciales del concepto de pena, está sujeto al principio de irretroactividad¹².

4. Aunque la sentencia es clara al sostener la aplicación del principio de irretroactividad, es poco exacta en cuanto a sus efectos. En concreto, en el considerando tercero, la corte expresa que la modificación es inaplicable “*por ser una disposición más gravosa que la vigente al tiempo de dar inicio a su condena, y evidentemente, de la fecha de comisión del delito (...)*”. De tal afirmación puede extraerse una ambigüedad en lo referido a la ley que rige la libertad condicional: ¿es la ley vigente al tiempo de comisión del delito o es la ley vigente al tiempo de iniciarse el cumplimiento de la condena? Cabe destacar que la ambigüedad de la corte es común en sentencias similares¹³, en las cuales ha sido irrelevante la toma de partido por alguna de las dos opciones. En los casos citados, la Ley N° 20.931 era

¹⁰ FEINBERG, ob. cit., p. 402.

¹¹ Según consta en la Historia de la Ley N° 20.931, en varias ocasiones se hace referencia a la gravedad e impacto social de los nuevos delitos incorporados en el art. 3° del D.L. N° 321. Véase <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/5088/>.

¹² De este modo, toda aquella modificación relativa a la libertad condicional que no guarde relación con una intensificación de la expresión de reproche —y que no esté vinculada al concepto de pena— podría ser aplicada retroactivamente.

¹³ Sentencia de la Corte Suprema de 15 de febrero de 2017, rol N° 4791-2017, y sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de 30 de junio de 2018, rol N° 409-2018.

no sólo posterior a la comisión del hecho delictivo, sino que también posterior a la fecha de inicio de cumplimiento de la condena. Sin embargo, cabe preguntarse qué sucederá en el futuro, en aquellas hipótesis en que la Ley N° 20.931 sea posterior a la fecha de comisión del delito, pero anterior respecto del inicio de cumplimiento de la condena impuesta: ¿cuál será la ley aplicable y, por consiguiente, el requisito qué deberá verificarse para acceder a la libertad condicional?

Desde mi punto de vista, la ley que rige la libertad condicional debe ser aquella vigente al tiempo de comisión del hecho delictivo.

En primer lugar, porque los términos empleados por la Constitución son ineludibles. Todo aquello que diga relación con la pena será regulado por el estatuto jurídico vigente al tiempo de comisión del hecho delictivo; la aplicación de la ley vigente al tiempo de inicio de la condena contraviene expresamente el texto de la disposición constitucional.

En segundo lugar, porque ello es perfectamente acorde a la conexión existente entre la libertad condicional, como modalidad de ejecución más benigna de la pena privativa de libertad, y la desaprobación y el reproche que el castigo expresa. Como esta última está directamente relacionada con el delito cometido –de cuya gravedad depende su intensidad– parece ilógico escindir el estatuto jurídico aplicable al delito y a la pena.

Finalmente, porque una condición procedimental necesaria para el merecimiento de la expresión de reproche es la culpabilidad¹⁴, lo cual implica que el sujeto tenga la posibilidad de conocer, al momento de cometer el hecho delictivo, cuál es la concreta expresión de desaprobación vinculada al delito respectivo. Es evidente que tal exigencia sólo es realizable si entendemos que la ley aplicable a la libertad condicional es aquella vigente al momento en el cual se principió en la ejecución del hecho delictivo.

¹⁴ MAÑALICH, ob. cit., p. 58.

CORTE DE APELACIONES:

Valparaíso, seis de julio de dos mil dieciocho.

VISTO:

A fojas 2, Juan José Diez Radovich, Abogado, Defensor Penal Penitenciario, por el interno Esteban Alberto Olivares Vera, interpone recurso de amparo en contra de la Comisión de Libertad Condicional de esta Corte de Apelaciones, que con fecha 12 de abril del año

en curso, rechazó conceder la libertad condicional al amparado.

Indica que su representado se encuentra cumpliendo una condena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por el delito de robo con intimidación, la que cumple desde el día 21 de mayo de 2015, indicando que el tiempo mínimo para postular a la libertad condicional se verificó el día 22 de noviembre de 2017. Agrega

que el amparado registra conducta “Muy Buena” en los seis bimestres anteriores a su postulación. Sostiene que su representado fue postulado a la libertad condicional, no obstante le fue rechazada por no reunir el tiempo mínimo exigido por el Decreto Ley N° 321 de 1925, estableciendo que éste se satisface con el cumplimiento de los dos tercios de la pena impuesta, lo que ha determinado que permanezca privado de su libertad ambulatoria en forma ilegal y arbitraria. Argumenta que cumple con todos los requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 321 de 1925 y en su Reglamento para optar a la libertad condicional, por lo que se debió conceder la libertad condicional como lo señala el voto disidente de la Comisión, sin hacer aplicación retroactiva de la modificación introducida al artículo 3° del Decreto Ley N° 321 por la Ley N° 20.931, que elevó a dos tercios el tiempo mínimo para los delitos que en dicha norma se indican, dentro de los cuales se encuentra aquel por el cual fue condenado el amparado. Considera que ello atenta contra el principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y artículo 18 del Código Penal.

Pide, en definitiva, revocar la resolución contenida en Ord. N° 2013/2018, emanada de la Comisión recurrida, disponiendo en su reemplazo que se concede el derecho a la libertad condicional del amparado, restableciendo de este modo el imperio del derecho, con costas.

A fojas 26, se informa por parte del Alcaide del Complejo Penitenciario de

Valparaíso, remitiendo los antecedentes de postulación del amparado.

A fojas 29, se informa por parte del Ministro Señor Max Cancino Cancino, en síntesis, que por voto de mayoría se rechazó la libertad condicional del amparado, pues no cumple con el tiempo mínimo, el que se satisface con el cumplimiento de los dos tercios de la pena impuesta para atendido que la modificación legal –Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016– que agravó este requisito, desde la consideración de la mitad de la pena a los referidos dos tercios, rige in actum y debe ser aplicada de inmediato, al tratarse de la normativa vigente a la época en que la solicitud de libertad condicional fue presentada, agregado que el interno cumple dicho tiempo en septiembre de 2018.

A fojas 32, se trajeron los autos en relación.

Con lo relacionado y considerando:

Primero: Que por la vía del recurso amparo se cuestiona la legalidad de la resolución Ord. N° 203-2018, de 12 de abril del presente año, por medio de la cual la recurrida rechazó el beneficio de la libertad condicional al amparado, según el razonamiento contenido en la resolución, que consiste, en síntesis que no reúne los dos tercios de la pena impuesta exigidos por la Ley N° 20.931.

Segundo: Que los antecedentes allegados al recurso dan cuenta que el amparado inició el cumplimiento de su condena con anterioridad a la dictación de la Ley N° 20.931 que altera el tiempo mínimo de cumplimiento necesario para optar a la libertad condicional,

aumentándolo en el caso de los delitos de robo a los dos tercios de la condena.

Tercero: Que a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 3, inciso penúltimo, de la Constitución Política de la República, que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal, salvo en el caso de una reforma más favorable, garantía que comprende tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afectan cuestiones de derecho sustantivo, la modificación del tiempo mínimo que introdujo la Ley N° 20.931 en el artículo 3°, inciso 3°, del D.L. N° 321 es inaplicable en el caso del encartado de autos por ser una disposición más gravosa que la vigente al tiempo de dar inicio a su condena y, evidentemente, de la fecha de comisión del delito, modificación que tiene incidencia perjudicial para él en una materia de la máxima relevancia en el cumplimiento de su sanción, como resulta ser el tiempo mínimo para optar a la libertad condicional, al negarle la posibilidad de un egreso del recinto penal en que cumple su sanción a una modalidad de ejecución más benigna.

Cuarto: Que al haber sido incluido el interno en Lista 1 de postulación, se desprende que cumple con los restantes requisitos establecidos en el Decreto Ley N° 321 y en su reglamento, por lo que su privación de libertad resulta improcedente, motivos por los cuales el recurso de amparo será acogido.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se acoge el recurso de amparo de fojas 2, deducido por el abogado Juan José Diez

Radovich, en por el interno Esteban Alberto Olivares Vera, en contra de la Comisión de Libertad Condicional de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, dejándose sin efecto la resolución contenida en Ord. N° 203-2018 dictada por la Comisión de Libertad Condicional reunida en abril del año en curso, y en consecuencia, se declara que se reconoce la libertad condicional impetrada de inmediato, debiendo seguirse a su respecto el procedimiento establecido en la ley y en el reglamento para su materialización.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita al Complejo Penitenciario de Valparaíso y a la Comisión de Libertad Condicional.

Acordada con el voto en contra de la Ministra Sra. María Angélica Repetto, quien estuvo por rechazar el recurso de amparo por las siguientes consideraciones:

1°: Que, conforme los antecedentes que obran en autos, se desprende que a la fecha en que se dio inicio al procedimiento administrativo de solicitud de libertad condicional correspondiente al primer semestre de 2018, ya se encontraba vigente la modificación al artículo 3° del Decreto Ley N° 321 de 1925, introducida por la Ley N° 20.931, motivo por el cual la exigencia de cumplimiento de los dos tercios de la pena resultaba indispensable para resolver favorablemente dicha petición, y al no verificarse el cumplimiento de dicho período de tiempo, la resolución pronunciada por la Comisión se encuentra ajustada a derecho.

2º: Que, adicionalmente, la interpretación dada por la comisión, al cálculo efectuado para determinar si el amparado cumplía con el tiempo mínimo para acceder al beneficio, no atenta contra disposición legal alguna, puesto que, lo que se alega va en contra de la interpretación respecto a los requisitos que se tuvieron a la vista al momento de negar la postulación del amparado, requisitos que, a diferencia de la pena impuesta, pueden modificarse, sin que ello conlleve una vulneración de aquellos principios que imperan en la materia, motivos por los cuales, a juicio de la Ministro disidente, el recurso de amparo debiese ser rechazado.

Comuníquese de inmediato por la vía más expedita al Complejo Penitenciario de Valparaíso y a la Comisión de Libertad Condicional.

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Valparaíso integrada por los Ministros (as) María Angélica Repetto G., Silvana Juana Aurora Donoso O. y Abogado Integrante Alberto Ballbontín R. Valparaíso, seis de julio de dos mil dieciocho.

En Valparaíso, a seis de julio de dos mil dieciocho, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

Rol N° 421-2018.