

PROCESOS DE LIBERTAD CONDICIONAL: EN BÚSQUEDA DE UNA INSTITUCIONALIDAD

PABLO CARVACHO TRAVERSO*
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia que se comenta correctamente acoge el recurso de amparo desestimando la argumentación de Gendarmería de Chile. El recurso busca revisar la decisión de la alcaide del recinto penitenciario que no incluyó a la persona privada de libertad en el proceso de las libertades condicionales que ocurre de manera semestral en el contexto penitenciario. Todo esto, en el marco del indulto conmutativo general otorgado durante el año 2019 en Chile, debido a la pandemia del COVID-19. Esta decisión, alegó el recurrente, no solo infringió la normativa vigente, sino que implicó una privación arbitraria a la libertad de su clienta.

Es posible advertir al menos tres dimensiones de relevancia en esta decisión. La primera y más evidente, dice relación con el rol que desempeña actualmente Gendarmería respecto de las personas que se encuentran bajo su tutela privadas de libertad y en procesos de libertad progresiva. Un segundo ámbito relativo al rol que debiese desarrollar Gendarmería, es el sentido de la progresividad de los espacios de libertad de las personas privadas de libertad. Finalmente, la restricción del ámbito en que se enmarca el recurso acogido, esto es, ordenando la elaboración del informe psicosocial, muestra cómo aún prevalece una visión de la relación entre la persona privada de libertad y Gendarmería, entendida como una forma de sujeción especial para con el Estado. Sobre esto, se entregarán algunos elementos para poder contar con un sistema de libertades condicionales donde el Estado asuma el rol de garante que le cabe de los derechos de las personas privadas de libertad que se encuentran bajo su cuidado.

* Abogado Universidad de Chile. Magíster en sociología Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Ciencias del Derecho, Universidad de Stanford, USA. Director de Investigación y Desarrollo del Centro Justicia y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

II. EL ROL DE GENDARMERÍA

La privación de libertad implica un sometimiento intenso de la población penal a la autoridad carcelaria. Cierta doctrina ha entendido esta posición frente a la autoridad administrativa de Gendarmería como una relación de sujeción que admitiría excepciones a otros principios generales, como el de legalidad, en detrimento a las garantías que la ciudadanía conlleva¹. Sin embargo, una visión acorde a la normativa internacional obliga a ver en esta relación de dependencia, una por la cual el Estado, a través de Gendarmería, se sitúa como garante de los derechos de la persona privada de libertad². Esto ha sido refrendado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha señalado que “el Estado se encuentra en una posición especial de garante [...]” y que, “debe asumir una serie de responsabilidades particulares y tomar diversas iniciativas especiales para garantizar a los reclusos las condiciones necesarias para desarrollar una vida digna y contribuir al goce efectivo de aquellos derechos que bajo ninguna circunstancia pueden restringirse o de aquellos cuya restricción no deriva necesariamente de la privación de libertad y que, por tanto, no es permisible”³. Luego, Gendarmería se encuentra obligado a ser el garante de los derechos que, a pesar de la privación de libertad, no deberían ver un detrimento en su ejercicio. Este es el marco de actuación que debiese regir a la institución penitenciaria chilena por antonomasia. Siendo esto así, resulta concordante que, desde un punto de vista normativo, la obligación de seguimiento de Gendarmería de las libertades condicionales sea algo indisputado⁴.

¹ Para una descripción de esta discusión ver: MARDONES, Fernando, “La doctrina de las relaciones de sujeción en la jurisprudencia”. Minuta de trabajo N° 1. Unidad de defensa penitenciaria (2011). Visto en: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/6021.pdf>.

² CORDERO, Eduardo, “El control jurisdiccional de la actividad de la administración penitenciaria”. *Informe en Derecho* N° 1. Santiago: Defensoría Penal Pública (2009).

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Sentencia del Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay del 2 de septiembre de 2004.

⁴ El Decreto Ley N° 2.859 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, más allá de su obligación general establecida en su artículo 1° de “atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que, por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad...”, dispone en su artículo 3° letra g) que es obligación de Gendarmería de “[a]sistir en el medio libre a las personas que accedan al mismo por encontrarse cumpliendo condenas o por otra causa legal [...]”. Por su parte, el Decreto N° 338 que aprueba el Reglamento del Decreto Ley N° 321 de 1925 que establece la libertad condicional, dispone en su artículo 19 sobre la operatividad del sistema de supervisión de la libertad condicional, que “[t]odas las personas beneficiadas con la libertad condicional quedarán sujetas a la supervisión de un delegado de libertad condicional de Gendarmería de Chile”. Asimismo, señala en su inciso 2°

Dado lo anterior, el caso planteado en la sentencia que se comenta es especialmente gráfico en la manera que se desenvuelve Gendarmería. Se trata de un caso donde, como se observó, existe una obligación legal de seguimiento contenida en el artículo 14 de la Ley N° 21.228. Conforme a esta norma, el seguimiento debe servir de consideración “especialmente para efectos del otorgamiento de nuevos beneficios penitenciarios y la postulación a libertad condicional”. A pesar de ello, es especialmente llamativo que Gendarmería no solo se desentendió de dicha obligación, sino que también buscó desconocerla en su informe del recurso que se comenta. Señaló para ello “que estando fuera de recintos de Gendarmería, no se podría haber evaluado su conducta” (considerando 2°). Más allá de la evidente brecha existente entre esta argumentación y la normativa vigente, resulta más interesante destacar la práctica generalizada de la arbitrariedad que se despliega cuando no existe una norma legal que regule la ejecución de las penas. Esto, incide, no solo en la inexistencia de mecanismos expeditos de reclamación⁵, sino también en la forma en que se configura la cultura del personal penitenciario. Como se ha afirmado, no es posible reducir el derecho solo a un esquema de costos, beneficios o incentivos; se trata de un entramado cultural que influencia las organizaciones⁶. Así, si bien es posible pensar que Gendarmería se encuentra frente a carencias agravadas por la crisis seguida por la pandemia en cárceles, episodios previos permiten pensar que en el caso de Gendarmería existe un rol ejercido con altos niveles de arbitrariedad y pocos controles jurisdiccionales, lo que sería parte de una cultura organizacional instalada⁷. Esto, si bien puede tener como causa la inexistencia de un derecho propiamente penitenciario, no puede pensarse como un problema con soluciones obvias ni eficientes. La

que “Gendarmería de Chile administrará el sistema de supervisión de la libertad condicional, el cual operará a través de los Centros de Apoyo para la Integración Social”. Finalmente, para el caso concreto, la Ley N° 21.228 que concedió un indulto general conmutativo a causa de la enfermedad COVID-19 en Chile, en su artículo 14 especificó que “[e]l cumplimiento en tiempo y forma de lo establecido en el artículo 11, inciso segundo, se considerará especialmente para efectos del otorgamiento de nuevos beneficios penitenciarios y la postulación a libertad condicional”.

⁵ FIGUEROA, Ulda, “La libertad condicional como mecanismo de prevención del delito y promotor de la reinserción social: Propuestas para una reforma basada en evidencia”, en *Derecho y Justicia* N° 6 (2016), pp. 9-28.

⁶ SUCHMAN, Mark y EDELMAN, Lauren, “Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition”, en POWELL, Walter y DIMAGGIO Paul J. (eds.), *Law & Social Inquiry* 21, N° 4 (1996), pp. 903-41.

⁷ CARVACHO, Pablo; VALDÉS Amalia y MATEO, Mariel, “El derecho a la defensa penitenciaria en Chile: cuando no hay derecho”, en *Política Criminal* 16, N° 31 (2021).

existencia de una ley de ejecución penitenciaria difícilmente logrará por sí sola modificar las pautas, rutinas y concepciones de una institución enraizada en un sentimiento social que desatiende e invisibiliza a la cárcel. Bajo este sustrato cultural, Gendarmería, como se ha afirmado, seguirá buscando su legitimidad por sobre cualquier otro criterio técnico o jurídico⁸. Sin este diagnóstico claro, cualquier diseño legal en este aspecto puede rápidamente pasar a ser un instrumento controvertido a la hora de su aplicación.

III. EL SENTIDO DE LA PROGRESIVIDAD

De ahí que no parezca extraño que Gendarmería de Chile parezca tener una inclinación institucional natural en promover solo uno de sus dos objetivos centrales. Si bien, el artículo 1º de su ley orgánica establece como objetivos de la institución los de atender, vigilar y contribuir a la reinserción social, su misma configuración orgánica señalada en su artículo 2º, esto es, jerarquizada, disciplinada, obediente, tiende a favorecer el aspecto custodial y de vigilancia de su misión. El ámbito de la reinserción social, por tanto, se ve deteriorado desde su propia configuración orgánica. Si hay algo que la evidencia ha mostrado, como se verá, es que los procesos de reinserción requieren de flexibilidad, cercanía y de, entre otras cosas, asumir avances y retrocesos en el proceso de cambio. Esto es de especial relevancia tratándose de personas involucradas directamente con personas en procesos progresivos de libertad⁹. La contribución que Gendarmería pueda hacer a la reinserción social de personas privadas de libertad o condenadas al medio libre debe, por tanto, ser repensada. Para ello, la idea e importancia de la progresividad tiene que ser tomada en cuenta. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Delincuentes, en su artículo 60 establecen el principio de progresividad como un retorno gradual a la vida en sociedad, lo cual debe entenderse también y, como lo señala la sentencia que se comenta, como una reducción de la intensidad de la pena¹⁰. Para ello, es necesario un rol activo de

⁸ DIMAGGIO, Paul y POWELL, Walter, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*. The New Institutionalism in Organizational Analysis (Supra). (1991) Chicago: The University of Chicago Press.

⁹ MCNEILL, Fergus, "A desistance paradigm for offender management" en *Criminology & Criminal Justice* 6, N° 1 (2006), pp. 39-62.

¹⁰ Artículo 60: "1) El régimen del establecimiento debe tratar de reducir las diferencias que puedan existir entre la vida en prisión y la vida libre en cuanto éstas contribuyan a debilitar el sentido de responsabilidad del recluso o el respeto a la dignidad de su persona. 2) Es con-

parte del Estado y de Gendarmería. Al respecto, se ha afirmado la necesidad de contar con un acompañamiento de las personas en procesos de liberación junto con planes individualizados que asuman las necesidades y recursos de las personas¹¹, con la entrega de información oportuna y relevante, el apoyo de parejas u otros significativos y con el fin de desarrollar espacios cada vez mayor de agencia e identidades individuales prosociales¹².

Con todo, la reinserción de personas privadas de libertad se inicia con buenos procesos de selección de candidatos para iniciar espacios progresivos de libertad. El artículo 2° del Decreto Ley N° 321, que determina los requisitos para optar a la libertad condicional, establece la obligación de Gendarmería de elaborar los informes psicosociales que deben presentarse a las comisiones de libertad condicional. La manera en que se elaboran estos informes y su contenido ha sido largamente debatido a nivel nacional y comparado¹³. El contenido de estos informes no solo influye en quienes pueden optar, sino que de una u otra forma, determina la forma en que se aspira a lograr la reinserción social de las personas privadas de libertad. Por ello, resulta relevante contar con información que permita pronosticar posibles resultados en cuanto a su capacidad de reinserción y desistencia del delito. En este sentido, no basta, como actualmente ocurre, con informes que den cuenta de información respecto de la participación en actividades dentro de los penales. Como se ha afirmado, esta información no permite dar cuenta de futuras trayectorias delictuales¹⁴. Es necesario contar, de esta forma, con personal entrenado y capacitado en materias criminológicas, con herramientas adecuadas que permitan hacer evaluaciones prospectivas de las personas privadas de libertad¹⁵.

veniente que, antes del término de la ejecución de una pena o medida, se adopten los medios necesarios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad. Este propósito puede alcanzarse, según los casos, con un régimen preparatorio para la liberación, organizado dentro del mismo establecimiento o en otra institución apropiada, o mediante una liberación condicional, bajo una vigilancia que no deberá ser confiada a la policía, sino que comprenderá una asistencia social eficaz”.

¹¹ FIGUEROA, Ulda, “La libertad condicional en el sistema de justicia chileno. Funcionamiento y modificaciones realizadas por la Ley N° 21.124”, en *Revista de Derecho (Concepción)* 35, (2019), pp. 63-78.

¹² VILLAGRA, Carolina y DROPELMANN, Catalina, “The Law, Practice and Experience of ‘Conditional Freedom’ in Chile: No Man’s Land”, en: *Parole and Beyond: International Experiences of Life After Prison*, ARMSTRONG, Ruth y DURNESCU, Ioan (eds.), Palgrave Studies in Prisons and Penology. (2016). London: Palgrave Macmillan UK.

¹³ Para una revisión ver: FIGUEROA, *La libertad condicional en el sistema...*, ob. cit.

¹⁴ FIGUEROA, *La libertad condicional como mecanismo*, ob. cit.

¹⁵ VILLAGRA y DROPELMANN, ob. cit.

IV. RECONFIGURANDO LOS MECANISMOS DE REINSECCIÓN BAJO EL PARADIGMA DEL DESISTIMIENTO

Luego, la sentencia devela una determinada lógica del sistema penitenciario que debe ser reconfigurada. Si bien el caso muestra un acto que resulta ser arbitrario en función de la normativa vigente, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de amparo, pero solo para los efectos de que Gendarmería elabore el informe psicosocial para una postulación extraordinaria. La Corte con esta decisión no resuelve la situación de la recurrente, solo la aplaza y difiere, entregándole a la misma entidad que decidió vulnerar un derecho, la facultad de resolver, en definitiva, el mismo caso. Este rol de Gendarmería de juez y parte no se condice con los mismos principios de legalidad y seguridad que el mismo fallo menciona. Es, en otras palabras, una expresión concreta de la idea de sujeción especial, donde las personas privadas de libertad son vistas como una categoría especial de ciudadanos, cuyos derechos pueden ser vulnerados con mayores niveles de tolerancia. Nuevamente este aspecto revela la cultura de los operadores del sistema de justicia y la normalización de la indefensión de las personas privadas de libertad. Esto, por supuesto, invita a pensar en un sistema moderno de justicia penitenciaria, con mecanismos técnicos y objetivos para el monitoreo de la libertad condicional y de otras formas de cumplimiento en libertad. Una propuesta de mejora del sistema de libertades condicionales debe hacerse cargo, conforme a lo que se viene hablando, al menos de tres aspectos íntimamente vinculados: el primero, referido a la filosofía subyacente a la concesión de la libertad condicional; un segundo relativo a los procesos de selección; y, un tercer ámbito relacionado con el rol de Gendarmería como garante de las personas bajo su cuidado.

En cuanto a lo primero, hasta ahora ha primado una visión binaria respecto del pronóstico de las personas privadas de libertad. Bajo esta visión las personas pueden reincidir o mantenerse alejadas del delito. La verdad es que los procesos de alejamiento del delito son algo más complejos que la visión simplista que propone el paradigma de la reincidencia. El paradigma del desistimiento busca rescatar esta complejidad¹⁶. Este invierte las cosas para entender el proceso por el cual una persona se aleja del delito como un proceso que pertenece a la persona y no a quien entrega el tratamiento. De esta forma el proceso de cambio es entendido como un proceso donde la agencia juega un rol relevante y en donde es necesario la construcción de una identidad que promueva otras salidas, nuevos

¹⁶ Para una revisión general del paradigma ver: MCNEILL, *A desistance paradigm...*, ob. cit.

mundos sociales y, sobre todo, otras autoconcepciones¹⁷. Por sobre cualquier otra consideración, a diferencia del paradigma de la reincidencia, donde la comisión de nuevos delitos es un *evento*, el desistimiento es entendido como un *proceso* en donde se puede avanzar y retroceder en la reincidencia delictual (desistimiento primario); seguido de un proceso de cambio en la identidad personal de la persona (desistimiento secundario); y, en donde finalmente, una persona puede comenzar a sentirse parte integrante de una comunidad política o moral, de manera que no solo se ha avanzado hacia una nueva identidad prosocial, sino que esta puede ser reconocida por otras personas¹⁸. Una consecuencia de este cambio de paradigma es que la reincidencia por sí sola no implica un fracaso. Por ello, más que este solo indicador, el paradigma del desistimiento supone en este sentido la revisión de los procesos de modificación, desescalamiento y agravamiento, de la conducta delictual.

El paradigma del desistimiento implica necesariamente una forma distinta de entender quiénes son elegibles para iniciar procesos progresivos de libertad. Importa también una nueva mirada respecto de la forma en que debiese proveerse el apoyo para estos procesos de liberación. Los procesos de selección deberían considerar otros criterios distintos del historial de conducta y participación en actividades formativas o educativas, y tomar en cuenta tanto motivaciones al cambio como las posibilidades de despliegue de la agencia¹⁹. Estos procesos de selección deben ser llevados a cabo por mecanismos técnicos e independientes de Gendarmería, como lo son los *parole boards* del Reino Unido y usando herramientas de evaluación basados no solo en las carencias y necesidades, sino también en los recursos y motivaciones²⁰. Por otro lado, en tanto el paradigma del desistimiento importa un proceso individual y subjetivo de cambio, el apoyo y acompañamiento para este cambio debe explotar aspectos identitarios e inclusivos de las distintas diversidades, promoviendo la agencia y la autoeficacia²¹. Es por ello que se ha afirmado que intervenciones generales

¹⁷ MCNEILL, Fergus; FARRALL, Stephen; LIGHTOWLER, Claire and MARUNA, Shadd, *How and why people stop offending: discovering desistance*. Institute for Research and Innovation in Social Services (2012).

¹⁸ Mayores detalles sobre el paradigma del desistimiento pueden encontrarse en GRAHAM, Hannah y MCNEILL, Fergus, “Desistance: Envisioning Futures”, en CARLEN, P.; FRANÇA, L.A. (eds.), *Alternative Criminologies*. London: Routledge (2017), pp. 433-451.

¹⁹ VILLAGRA y DROPELMANN, ob. cit.

²⁰ FIGUEROA, La libertad condicional como mecanismo..., ob. cit.

²¹ *Ibid.*

aplicables a todos no resultan adecuadas para estos procesos²². Un mecanismo de acompañamiento como este, evidentemente, exige un trabajo más complejo, de mayor tiempo y con mayores recursos.

V. CONCLUSIÓN. EL ROL DE GENDARMERÍA: UN ESPACIO VACANTE

Como es posible observar, la envergadura del desafío de implementar mecanismos serios para el otorgamiento de libertades progresivas puede resultar inabarcable para una institución que ha sido diseñada para el aseguramiento de la custodia y la disciplina de la población penal. Esto nos invita a plantear un razonable escepticismo respecto del rol que debiese jugar Gendarmería en el futuro. La evidencia comparada y las mejores prácticas de reinserción y desistimiento de las personas privadas de libertad nos muestran que otras instituciones, distintas de las autoridades de custodia penitenciaria, asumen el rol de selección y acompañamiento en estos procesos de liberación progresiva. La sentencia que se ha comentado, de esta forma, no hace más que poner de relieve los límites de un no-sistema de justicia penitenciaria construido desde la ausencia de una cultura jurídica de derechos y garantías de las personas privadas de libertad. Para cambiar eso, probablemente una nueva institucionalidad, con nuevas prácticas y culturas e inexistente hasta ahora en Chile, sea la respuesta más adecuada.

3. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Recurso de amparo. No postular a amparado a proceso de libertad condicional. Deber de Gendarmería de evaluar e informar el cumplimiento de requisitos del beneficio si actor ha sido beneficiado con indulto general conmutativo por la Ley N° 21.228. Principios que deben primar en el contexto del ámbito penitenciario. Vulneración del derecho a la libertad.

HECHOS

Defensa de la condenada interpone acción constitucional de amparo en contra del Centro Penitenciario, por no postular a su representada al proceso de

²² WEAVER, Beth y MCNEILL, Fergus, *Travelling hopefully: Desistance theory and probation practice*. Cullompton: Willan (2010), pp. 36-60

libertad condicional. Analizado lo expuesto, la Corte de Apelaciones acoge el recurso de amparo deducido.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de San Miguel*

ROL: *642-2020, de 17 de diciembre de 2020*

PARTES: *María Fernanda Morales Chicahual con Gendarmería de Chile*

MINISTROS: *Sra. María Teresa Díaz Z., Sra. Adriana Sottovia G. y Abogado Integrante Sr. Ignacio Castillo Val*

DOCTRINA

Al haber sido beneficiada la recurrente con el indulto general conmutativo por la Ley N° 21.228, la recurrida debió adoptar las medidas necesarias para cumplir con su obligación legal de evaluar e informar el cumplimiento de los requisitos de carácter objetivo que prevé el artículo 2° del D.L. N° 321, ya que era de su cargo verificar el cumplimiento de las condiciones impuestas por dicha normativa y, por ende, de establecer la conducta de la condenada, la que por cierto se ha señalado que se cumplieron con las condiciones impuestas. La posición informada por Gendarmería no puede ser acogida, en cuanto se “determinó tomar los bimestres anteriores a su salida por efectos de la Ley ya mencionada”, por una razón evidente: la condenada no tenía cómo saber, al momento de postular al indulto, que la entidad penitenciaria modificaría unilateralmente los plazos para evaluar su conducta, a efectos de postular a la libertad condicional –con lo que, de hecho, quedó excluida–, por lo que bien pudo no haber postulado a la medida excepcional que se adoptó en razón de la pandemia que aqueja al mundo. Luego, tal modificación importa un actuar que no se condice con el debido proceso –que, cabe no olvidar, también se extiende a las decisiones penitenciarias–, y que, por lo mismo, no puede ser considerada sino como arbitraria e ilegal. Además, tal decisión contraviene cuatro principios que deben primar en el contexto del ámbito penitenciario, a saber, el principio de legalidad, que ordena que la ejecución de las penas se realice respetando los derechos y garantías reconocidos en la normativa supranacional y, en especial, en la Constitución y la ley, algo que está en la base de un Estado Democrático y Constitucional de Derecho; el principio de seguridad jurídica, en especial tratándose de derechos adjetivos –como la fórmula para determinar y valorar la conducta del postulante a la libertad condicional– que resulta esencial para controlar la legitimidad y proporcionalidad de las decisiones penitenciarias; el principio de reinserción o reintegración, que está

a la base del tratamiento penitenciario –junto con otras finalidades de la pena– y que se materializa en la posibilidad de aumentar la capacidad de los privados de libertad para desenvolverse en la sociedad; y, corolario de lo anterior, el principio de progresividad, cuya principal característica radica en la disminución de la intensidad de la pena como consecuencia de la conducta y el comportamiento del privado de libertad durante el proceso de ejecución de su sanción. En virtud de lo anterior, al haberse privado a la recurrente del derecho para ser postulada a la libertad condicional, en los términos ya expuestos, corresponde acoger el recurso de amparo interpuesto (considerandos 4°, 6° y 7° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CI/JUR/181209/2020

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 7, 21 de la Constitución Política de la República; 2°, 11, 14 de la Ley N° 21.228.