

LIBERTAD CONDICIONAL, SUS EFECTOS Y LOS CAMBIOS LEGISLATIVOS

DANIEL MARTORELL FELIS*
Pontificia Universidad Católica de Chile

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La libertad condicional es un beneficio que modifica la *forma* de cumplimiento de la pena privativa de libertad, sin *extinguirla* ni *modificarla*. Bajo la regulación vigente, la anterior afirmación no tiene excepción. Sin embargo, según el texto original del D.L. N° 321 de 10 de marzo de 1925 y hasta el 18 de enero de 2019 con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.124, la concesión de la libertad condicional a condenados a penas superiores a 20 años modificaba la sanción impuesta, fijándola en esa cantidad. El mencionado efecto tenía lugar, además, con la mera concesión del beneficio, sin ser necesaria una mención expresa en ese sentido o un acto adicional que así lo dispusiera¹¹.

La modificación de la pena impuesta resultaba de gran importancia para quienes, por haberseles revocado el beneficio, debían reingresar a un régimen de encierro. En estos casos, el exceso de pena sobre los 20 años de privación de libertad quedaba, por disposición expresa del legislador, eliminado. Por ello, los condenados que se encontrasen en la situación descrita solo tenían que cumplir el saldo entre la parte de la pena ya ejecutada para optar a la libertad condicional y aquella porción que restaba para llegar al máximo fijado por la ley, con prescindencia de lo que hubiese sido resuelto en la sentencia condenatoria. La libertad condicional se erigía como una excepción a la cosa juzgada.

* Candidato a Doctor, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt 21170947.

¹ El art. 3° del D.L. N° 321, desde su dictación hasta enero de 2019 siempre incluyó un inciso en el que se indicaba que: “Los condenados a presidio perpetuo o más de 20 años, tendrán derecho a salir en libertad condicional una vez cumplidos diez años, y por este solo hecho su pena quedará fijada en veinte años”. Las modificaciones legislativas registradas en el mencionado artículo se limitaron, en primer término, a agregar delitos respecto de los cuales, para acceder al beneficio, se debían cumplir dos tercios de la pena impuesta y no la mitad según la regla general y, en segundo lugar, a establecer ciertas particularidades respecto de los condenados a presidio perpetuo calificado cuando dicha pena fue incorporada a nuestra legislación. Cuestionando que el cumplimiento de la mitad de la condena sea la regla general, *cfr.* PINTO, Andrea, “Irretroactividad de la ley penal y libertad condicional”, en *Revista de Ciencias Penales*, Sexta Época, vol. XLV, N° Anual (2018), pp. 795-804.

A lo anterior debe agregarse que la revocación de la libertad condicional, cualquiera hubieren sido las razones que la provocaron, no impedía volver a acceder al beneficio. En estos casos, para poder optar a la libertad condicional debía revisarse nuevamente la concurrencia de sus requisitos, en especial, el referido al cumplimiento mínimo efectivo de la pena privativa de libertad.

En la determinación de cuánto debía estarse privado de libertad para poder optar nuevamente a la libertad condicional, sí resultaba fundamental revisar el motivo que se tuvo a la vista para revocar el beneficio. En efecto, si ello se debió a un incumplimiento de las condiciones que fueron impuestas al condenado, el saldo por cumplir solo se determinaba por el tiempo restante para llegar a los 20 años.

Una situación distinta regía, en cambio, para quienes se les había revocado el beneficio por haber sido condenado nuevamente. En estos casos, el saldo por cumplir resultaba de la suma de la pena original y la mitad o los dos tercios de la nueva según el delito por el cual fue condenado.

Actualmente, el tratamiento de quienes reingresan a un régimen cerrado tras la revocación de la libertad condicional por haber sido condenados por un nuevo delito es distinta a la mencionada precedentemente: al no existir una modificación de la pena originalmente impuesta, el saldo por cumplir se determinada sumando a esta, cualquiera sea su exceso sobre los 20 años, las nuevas condenas.

Pese a lo expuesto, deben reconocerse casos en los que no resulta claro qué solución debe aplicarse. En esta situación se encuentra, por ejemplo, la sentencia que acá comentamos. Según se lee en el fallo, recurre de amparo la defensa de un condenado que cuestiona el cálculo efectuado por Gendarmería para los efectos de determinar el tiempo mínimo de cumplimiento de condena para optar a la libertad condicional. El recurrente se encontraba condenado por distintos delitos, los cuales sumaban 38 años de privación de libertad y respecto de los cuales se había concedido (18 de junio de 2018) y revocado (8 de diciembre de 2018) la libertad condicional. Además, el amparado había sido condenado nuevamente a penas de 8 años y 3 años y un día de privación de libertad. A juicio de la autoridad penitenciaria, para que el recurrente pudiese optar a la libertad condicional debía, en primer término, cumplir el saldo pendiente del primer grupo de penas, lo que ascendía a 4.886 días y, además, aquel que correspondía a las nuevas penas. En otros términos, Gendarmería efectuó el cálculo según las disposiciones vigentes en ese momento. Esta forma de proceder es cuestionada por la recurrente ya que, a su juicio, desconoce que, al tratarse de una persona condenada a más de 20 años de privación de libertad, la concesión de la libertad condicional tuvo la idoneidad de modificar las penas originalmente impuestas, ya que cuando aquello ocurrió se encontraba vigente la antigua redacción del art. 3º

del D.L. N° 321 que establecía, precisamente, ese efecto. Además, y atendido que el amparado ya había cumplido más de 20 años de privación de libertad, debía descartarse la exigencia de cualquier saldo pendiente respecto del primer grupo de condenas, las que, para todos los efectos legales se encontraban cumplidas, subordinando la concesión del nuevo beneficio solo al cumplimiento parcial de las nuevas condenas. En otras palabras, la recurrente solicita se aplique un estatuto que no está vigente.

A juicio de la Corte de Apelaciones, el razonamiento propuesto por la recurrente es el correcto, por lo que acoge el recurso de amparo interpuesto, ordenando a la autoridad penitenciaria descartar cualquier saldo pendiente proveniente del primer grupo de condenas impuestas al amparado, declarando expresamente que la concesión de beneficios penitenciarios debía determinarse exclusivamente según el segundo grupo de penas, las que eran las únicas que estaban pendientes de cumplimiento.

II. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

A propósito de la aplicación temporal de la ley penal, la doctrina acostumbra partir explicitando la regla general para luego desarrollar sus excepciones². En efecto, se identifica a la irretroactividad como la regla general, destacando su anclaje constitucional como obstáculo a derogaciones tácitas producto de la sucesión normativa entre disposiciones del mismo rango³, para luego revisar la retroactividad de la ley penal más favorable, desarrollando los casos en que ello tendría lugar.

De una manera particularmente nítida, Garrido Montt resume las conclusiones doctrinarias sobre el tema al indicar que “[l]as expresiones *ley vigente* y *ley aplicable* no son sinónimas”⁴. De esta manera, un Tribunal puede resolver un determinado asunto aplicando una disposición que, al momento del fallo, no se encuentra vigente; o, también, desestimar la aplicación del estatuto que sí se

² Al respecto, cfr. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (2007); ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, 3ª ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile (1997), NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de derecho penal chileno. Parte General*, tomo I, 3ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile (2005), GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*, tomo I, 2ª ed. Santiago. Editorial Jurídica de Chile (2005) y CURY, ENRIQUE, *Derecho penal. Parte General*, 9ª edición. Santiago. Ediciones UC (2009).

³ Cuestión que, al menos teóricamente, sería posible tratándose de disposiciones extrapenales.

⁴ GARRIDO MONTT, ob. cit., p. 107. Destacado en original.

encuentra vigente por entender que regula el asunto de una manera más gravosa de como lo hacía la regulación en vigor al acaecimiento del hecho.

Por otra parte, una afirmación doctrinaria que también encontramos habitualmente en esta materia es aquella que señala que los mencionados efectos temporales se predicen respecto de las disposiciones sustantivas, mas no adjetivas, las que regirían *in actum*. Tras conceder validez a tal afirmación, los autores comienzan a discutir acerca de cuál sería la naturaleza jurídica de ciertas normas o instituciones del Derecho penal. La prescripción es un claro ejemplo de lo que venimos señalando. Para algunos se trataría de una institución sustantiva por lo que toda modificación legal desfavorable, por ejemplo, en la forma de una ampliación de los plazos o en la alteración del inicio de su cómputo, solo puede ser aplicada hacia el futuro. Por el contrario, otros estiman que tendría una naturaleza procesal por lo que las reformas que pudieren existir al respecto, cualquiera sea su tenor, deberían regir *in actum*⁵.

Sobre las normas penitenciarias se ha debatido sobre su naturaleza jurídica. De la específica respuesta que se entregue sobre el particular dependerá si las modificaciones legislativas que puedan ocurrir sobre este tema deben aplicarse *in actum*, o, por el contrario, solo hacia lo sucesivo.

Tras dar cuenta de aquellas opiniones que entienden que serían sustantivas, adjetivas o administrativas, Oliver Calderón indica que “se trata de un cuerpo normativo dentro del cual es posible encontrar disposiciones de naturaleza penal, administrativa y procesal”⁶. El referido autor, agrega que “nos parece que pertenecen al derecho penal aquellas disposiciones relativas a la forma de ejecución de las penas y medidas de seguridad, los derechos y obligaciones de los internos y las garantías que se les debe otorgar”; especificando que “son de esta clase, entre otras, las disposiciones que regulan los permisos de salida, la libertad condicional y el régimen penitenciario de los establecimientos carcelarios”⁷.

⁵ Sobre el particular, cfr. OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “La aplicación temporal de la nueva regla de cómputo del plazo de prescripción de la acción penal en delitos sexuales con víctimas menores de edad”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXIX, 2º semestre de 2007, pp. 257-266; CABEZAS, Carlos, “Prescripción de los delitos contra la indemnidad y libertad sexual de los menores de edad: problemas aplicativos del artículo 369 quater del Código Penal”, en *Política Criminal*, vol. 8, N° 16 (diciembre 2013), pp. 386-407. http://www.politicaacriminal.cl/Vol_08/n_16/Vol8N16A2.pdf y EL MISMO, “Imprescriptibilidad de la acción penal en delitos sexuales contra menores”, en *Revista Derecho Universidad Austral*, vol. XXXII, N° 1, junio 2019, pp. 275-294.

⁶ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad...*, ob. cit., p. 192. Cursivas añadidas.

⁷ OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad...*, ob. cit., p. 192. Este autor justifica su opinión indicando que (p. 192) “los permisos de salida y la libertad condicional dicen directa

En la mencionada opinión parece encontrarse el voto de mayoría⁸ del fallo que acá comentamos. Ello al mantener vigente uno de los efectos de la concesión de la libertad condicional con prescindencia de su derogación en la última reforma legislativa sufrida por el D.L. N° 321. De esta forma, pese a que actualmente la concesión de la libertad condicional no modifica, en ningún caso, la extensión de la pena impuesta, la Corte de Apelaciones entiende que sí debe reconocerse tal efecto porque se verificó el supuesto de hecho que así lo establecía antes de la modificación legislativa, cuestión que habría ocurrido, además, por el solo ministerio de la ley. Para la Corte, resulta irrelevante la ausencia de una declaración en tal sentido para reconocer que las penas impuestas al amparado, al exceder los 20 años, han quedado limitadas a esa cantidad. Se trata de un asunto que ha sido resuelto de manera concluyente por el legislador por lo que deviene en improcedente formular cualquier otra exigencia.

De esta manera, los efectos previstos en el art. 3° del D.L. N° 321 según su antigua redacción subsisten en el tiempo, pese a no tener respaldo en el texto legal vigente y a contrariar la nueva valoración que el legislador realizó sobre la libertad condicional y que lo llevó a implementar la reforma en su regulación⁹. Según esta, actualmente no se vislumbran razones suficientes para cuestionar la autoridad de cosa juzgada, cualquiera sea la pena respecto de la cual fue concedida la libertad condicional. Con prescindencia de todo esto, para el voto de mayoría del fallo en comento la única interpretación correcta del conflicto

relación con la forma que asume la ejecución de las penas al alterar la situación normal de cumplimiento, consistente en el encierro de los internos o dejarla en suspenso”.

⁸ Por su falta de desarrollo el voto disidente no es susceptible de análisis. En aquel no se exponen las razones que le sirven de apoyo, limitándose a señalar que se está por rechazar el recurso “por estimar que el actuar de la recurrida Gendarmería de Chile lo ha sido de conformidad a lo dispuesto en la Constitución Política de la República y a las leyes, por lo que no se puede sostener que el amparado se encuentra privado de libertad arbitraria o ilegalmente por algún actuar de su parte”. Los motivos de por qué no es posible reprochar a la recurrida un actuar ilegal y arbitrario, sin embargo, no se han explicitado.

⁹ En la historia fidedigna del establecimiento de la ley ha quedado plasmado que la reforma al D.L. N° 321 pretendía aumentar los requisitos para acceder a ella. Un ejemplo, quizás el más nítido, lo encontramos en la moción parlamentaria (Boletín N° 10.696-07) que concluyó transformándose en la Ley N° 21.124. En su considerando 7° indica la mencionada moción que la libertad condicional no es un derecho del condenado, sino que un beneficio cuya concesión depende del cumplimiento de los requisitos legales y, en último término, de que así lo disponga la autoridad. El cambio es radical en consideración a la regulación existente hasta esa fecha. En efecto, con anterioridad a la reforma la libertad condicional siempre había sido calificado como un Derecho de todo condenado a una pena privativa de libertad superior a un año. Las consecuencias de dejar de comprender a la libertad condicional como un derecho transformándola en una petición que debe ser revisada por la autoridad son evidentes.

sometido a su resolución es reconocer la pervivencia de la antigua regulación. Expresamente, el considerando 5° del fallo, señala que “de una correcta interpretación de la norma antes transcrita se concluye que de pleno derecho las penas que cumplía el amparado quedaron fijadas en total en veinte años, no resultando procedente exigir el cumplimiento del total de la pena, puesto que dicha interpretación no daría aplicación alguna a la norma vigente al momento de ser concedida al amparado la libertad condicional”. Este considerando se deja resumir de la siguiente forma: la única forma de no hacer ilusorio el programa legislativo previo a la reforma y que favoreció al amparado es mantener en el tiempo la reducción de pena, con prescindencia (y contraviniendo) al texto legal vigente.

III. PROYECCIONES

La importancia de la doctrina aplicada por la Corte de Apelaciones para el caso concreto resulta fundamental: solo puede calificarse de esa manera una resolución judicial que implicó eliminar 4.886 días (más de 13 años de privación de libertad) de un saldo de cumplimiento efectivo para optar a la libertad condicional.

Podrían tenerse ciertas dudas acerca de la relevancia que pudiese tener el resuelto para otros casos, en especial si se repara en la circunstancia que, en estricto rigor y como correctamente identificó la Corte de Apelaciones, además de las consideraciones sobre la aplicación temporal de la ley penal, se trata de un asunto que supone determinar qué efecto genera la modificación legislativa en un caso en que un sujeto ha incorporado dentro de sus derechos una determinada prerrogativa. En otros términos, el debate puede ser resuelto según al análisis de si el amparado estaba en posesión de un derecho o de una mera expectativa, para luego, fijar los efectos de la modificación legislativa.

Sin embargo, a nuestro entender, la doctrina contenida en este fallo tiene un potencial que excede el caso concreto sobre el que ha recaído, en especial si es que se repara en la circunstancia de que es posible encontrar otros fallos, también pronunciados por Cortes de Apelaciones que resuelven de una manera semejante. En esta situación podemos mencionar lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Concepción, la que indica que “el régimen jurídico aplicable al amparado se determina por la época de comisión del delito de que se trata, definición que trae como consecuencia que, desde esa época, se hace operativa la garantía de la irretroactividad de la ley penal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 19 numeral 3°, inciso penúltimo, de la Constitución Política de la

República”¹⁰. Agrega la Corte que, “dicha definición interpretativa incluye la ejecución de la pena de que se trata, en todas sus facetas, de manera que los eventuales beneficios intra y extra penitenciarios vigentes a la fecha de comisión del delito, las condiciones que existían en ese momento serán los aplicables, salvo que las modificaciones legales posteriores le favorezcan”¹¹. La conclusión de lo expuesto es “no ha podido aplicarse en este caso la mencionada Ley N° 21.124 y su reglamento, por ser posteriores a los hechos delictivos y establecer requisitos no contemplados en la ley vigente a la fecha de la comisión de los delitos”¹². Similares razonamientos los encontramos en otros fallos¹³.

A partir del fallo que acá se ha comentado y aquellos que hemos agregado en este apartado, es posible identificar una incipiente línea jurisprudencial que impide la aplicación retroactiva de las modificaciones que introdujo la Ley N° 21.124 al D.L. N° 321 por ser más perjudiciales que la regulación anterior. Lo relevante es destacar que esta restricción temporal no solo alcanza a aquellos casos en que, conforme a la regulación anterior, un sujeto ya ha conseguido un efecto concreto en la pena que le fue impuesta, protegiéndolo de los cambios legislativos, sino también aquellas situaciones que deben ser resueltas en lo sucesivo por la autoridad correspondiente, la que deberá subordinar la concesión de la libertad condicional al cumplimiento de los requisitos aplicables al momento de la condena y no de aquellos que se encuentren vigentes el tiempo del otorgamiento del beneficio, los que devendrán en irrelevantes.

5. CORTE DE APELACIONES DERECHO PENAL (PARTE GENERAL)

Recurso de amparo. Al momento de obtener la libertad condicional el amparado cumplía una pena que excedía con creces los veinte años, por lo que correspondía que ésta quedara fijada en dicha cantidad, por expresa disposición legal. Improcedencia de exigir el cumplimiento total de las penas que se cumplían

¹⁰ Corte de Apelaciones de Concepción, 19.04.2021, rol N° 105-2021, considerando 4°.

¹¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 19.04.2021, rol N° 105-2021, considerando 4°.

¹² Corte de Apelaciones de Concepción, 19.04.2021, rol N° 105-2021, considerando 6°.

¹³ Corte de Apelaciones de Concepción, 22.02.2021, rol N° 43-2021, al indicar que “[l]a recurrida se funda en la exigencia de contar con las dos terceras partes de la pena cumplida; pero, ésta fue introducida por la Ley N° 21.124, cuya vigencia data de 18 de enero de 2019, es decir, con posterioridad al inicio de la ejecución de las condenas que actualmente sirve –el amparado–, razón por la cual tal exigencia no resulta aplicable en la especie”. Similares consideraciones, en el voto disidente del fallo dictado por la Corte de Apelaciones de Concepción el 29.12.2020, rol N° 398-2020.

cuando se otorgó la libertad condicional. Para la concesión de beneficios intrapenitenciarios solo se deben evaluar los antecedentes respecto de los delitos cometidos mientras se estaba en libertad condicional.

HECHOS

Defensor penal interpone recurso de amparo en favor de interno y en contra de Gendarmería de Chile, impugna los cómputos de las penas que se realizaron y aprobaron en relación con el amparado. La Corte de Apelaciones acoge, con voto de disidencia, la acción constitucional deducida.

ANTECEDENTES DEL FALLO:

TIPO: *Recurso de amparo (acogido)*

TRIBUNAL: *Corte de Apelaciones de Santiago*

ROL: *78-2021, de 20 de enero de 2021*

PARTES: *Gonzalo Michel Santander con Gendarmería de Chile*

MINISTROS: *Sr. Jorge Luis Zepeda A., Sra. Rossana Alejandra Costa B. y Abogado Integrante Sr. Rodrigo Asenjo Zegers*

DOCTRINA

De los antecedentes aparece que el amparado fue beneficiado con la libertad condicional el 18.06.2018, fecha en la cual se encontraba vigente la norma del artículo 3° inciso 2° del D.L. N° 321, que disponía que “A los condenados a más de veinte años se les podrá conceder el beneficio de la libertad condicional una vez cumplidos diez años de la pena, y por este solo hecho ésta quedará fijada en veinte años”. Así las cosas, al momento de obtener la libertad condicional, el amparado cumplía una pena que excedía con creces los veinte años, por lo que correspondía que ésta quedara fijada en dicha cantidad, por expresa disposición legal, sin que hubiese sido necesaria la dictación de alguna resolución posterior. De esta manera, y sin perjuicio del posterior quebrantamiento de la condena en que incurrió el recurrente, el tiempo que debe cumplir corresponde únicamente a las condenas que se le impusieron con posterioridad, por los delitos cometidos mientras estaba en libertad, esto es, 8 años más 3 años y un día, ya que al momento de obtener la libertad condicional, ya había cumplido más de veinte años y no resulta procedente que se registren como saldo pendiente los 4.886 días que se indican por la recurrida, por cuanto de una correcta interpretación de la norma antes transcrita se concluye que de pleno derecho las penas que cumplía el amparado quedaron fijadas en total en veinte años,

no resultando procedente exigir el cumplimiento del total de la pena, puesto que dicha interpretación no daría aplicación alguna a la norma vigente al momento de ser concedida al amparado la libertad condicional. De lo anterior se concluye que el amparado en la actualidad, solo debe cumplir las condenas impuestas por el Tercer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, correspondientes a 8 años y 3 años y un día, por los delitos de robo con violencia y receptación y en virtud de dichos antecedentes, evaluar –si cumple con los demás requisitos– para la concesión de beneficios intrapenitenciarios (considerandos 4° y 5° de la sentencia de la Corte de Apelaciones).

Cita online: CL/JUR/20551/2021

NORMATIVA RELEVANTE CITADA: Artículos 19 N° 7, 21 de la Constitución Política de la República; 3° inciso 2° del Decreto Ley N° 321.