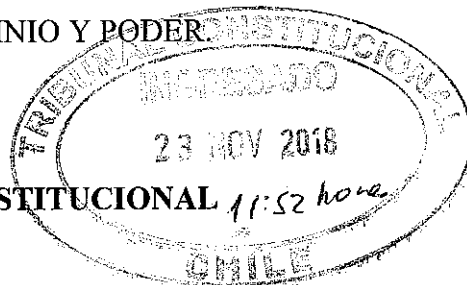


EN LO PRINCIPAL: SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LETRAS a) y b) DEL ARTÍCULOS 3 BIS y ARTICULO 12, DEL PROYECTO DE LEY QUE SUSTITUYE EL DECRETO LEY N° 321, DE 1925, QUE ESTABLECE LA LIBERTAD CONDICIONAL PARA LOS PENADOS. BOLETÍN N° 10696-07 (S), ASÍ COMO TAMBIÉN, AQUELLAS NORMAS DEL MISMO QUE SE ENCUENTREN TAN LIGADAS CON AQUÉL, QUE POR SI SOLAS CAREZCAN DE SENTIDO O SE TORNEN INOPERANTES. **EN EL PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **EN EL SEGUNDO OTROSÍ:** DESIGNACIÓN QUE INDICA. **EN EL TERCER OTROSÍ:** SOLICITA ALEGATOS PARA ADMISIBILIDAD EN CASO DE ESTIMARLO NECESARIO. **EN EL CUARTO OTROSÍ:** SOLICITA ALEGATOS PARA VISTA DE LA CAUSA. **EN EL QUINTO OTROSÍ:** SOLICITA FORMA DE NOTIFICACIÓN. **EN EL SEXTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

EXCELENTÍSIMO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Los requirentes, senadores en ejercicio, todos con domicilio para estos efectos en el Congreso Nacional, Av. Pedro Montt s/n, ciudad de Valparaíso, al Excelentísimo Tribunal Constitucional decimos:

Que, en este acto, representando en conjunto más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, dentro de plazo y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 93 inciso 1° N° 3° e inciso 4° de la Constitución y en los artículos 61 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, solicitamos que S.S. Excma. declare la inconstitucionalidad de las letras a) y b) del artículo 3 bis y artículo 12 del Proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que Establece la Libertad Condicional para los penados. Boletín N° 10696-07 (S) -así como también, aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquél, que por si solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes, por contravenir los artículos 1; 5 inciso 2°; 6; 7, 19 N°1 e inciso final; 19 N° 2; 19 N° 3 ; 19 N° 6; 19 n° 7 letra f) y; 26 de la Constitución Política de la República, todos ellos en relación con los artículos 5 números 1, 2, 3 y 6; 8 n°2 letra g); 8 n° 3; 9; 11 n°1, 12 y; 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 7; 10 n° 1 y n° 3; 14 n° 3 letra g), 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

S.S. Excma, desde que se ingresó el mensaje con que se dio inicio a la tramitación de este proyecto de ley tanto el Gobierno, como los firmantes, hemos tratado de contribuir, a la discusión de esta iniciativa sin que, en todo este tiempo, haya sido posible concordar en un proyecto que, efectivamente, sea respetuoso de la Carta Fundamental,

pues, como expondremos, la Constitución es absolutamente clara en la materia y no admite, a nuestro juicio, una comprensión distinta de la que aquí se planteará.

Por ello, al concluir su tramitación, es ineludible acudir a S.S. Ecxma. para que pronuncie sobre la constitucionalidad de las disposiciones del proyecto que pugnan con el texto claro de la Constitución, de manera tal, que la cuestión que sometemos a revisión estriba en dirimir si las expresiones contenidas en las normas legales son respetuosas o no de la preceptiva constitucional vigente y los tratados internacionales relativos a Derechos Humanos suscritos por el Estado de Chile.

I. ANTECEDENTES DE CONTEXTO DE LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES SOMETIDO AL CONOCIMIENTO Y DECISIÓN DEL TRIBUNAL.

1. La Institución de la Libertad Condicional

La institución libertad condicional ha sido definida por la doctrina de diversas formas, encontrando en todas ellas elementos comunes que identifican su esencia.

Para Urbano Marín “importa una libertad anticipada que se concede al condenado a una pena privativa de libertad, si durante su reclusión ha dado muestras de haberse preparado para una vida honrada y eficiente, por la educación y el trabajo. El que la obtiene sale de la prisión antes de que expire el tiempo de su condena. El nombre mismo de la institución implica que la libertad reviste el carácter de condicional; importa una prueba de reeducación a que se sujeta el condenado por un cierto tiempo”.¹

De acuerdo a René Garraud, “es la libertad anticipada que puede ser concedida por la autoridad administrativa a los individuos condenados a una pena privativa de libertad antes de la expiración del tiempo fijado en la sentencia”².

Mario Jacob, señala que “es una medida de carácter penitenciario que se concede a un reo condenado a pena privativa de libertad y mediante la cual éste vive libremente el tiempo que le falte para cumplir su condena, por considerársele apto para conducirse en sociedad y previo el cumplimiento de ciertos requisitos”³.

Por su parte, Eugenio Cuello Calón, sin bien no la define, proporciona una idea exacta relativa a los fundamentos de la misma al señalar que “constituye por sí misma un

¹ Marín, Urbano. “*Libertad condicional en Chile*”. Imprenta Universitaria, Cochabamba, Bolivia, 1941.

² Garraud, René. “*Traité théorique et pratique du droit penal francais*”, París, 1914.

³ Jacob, Mario. “*La libertad condicional*”. Memoria de prueba. Escuela de Derecho Universidad de Chile, Editorial Universitaria, 1962.

excelente medio de reforma, pues hace ver al recluso la conveniencia de entrar por el camino de la enmienda para obtener una reducción de la pena impuesta”⁴.

Ana María Morales señala que la institución de la libertad condicional “constituye una de las herramientas más importantes asociados a la progresividad y a la concreción de los fines de prevención especial positiva de la pena”.^{5 6}

Estas definiciones, reconocen a la libertad condicional como un mecanismo de excarcelación temprana, que se otorga a las personas condenadas, asociada a los fines resocializadores de la pena, constituyendo una fase eventual de la ejecución de la pena que sirve como herramienta de reinserción social, que impone a quien la obtiene obligaciones y sujeción al poder estatal, y que puede ser revocada.⁷

2. Antecedentes históricos de la institución de la Libertad Condicional.

La institución de la Libertad Condicional es la manifestación de los sistemas progresivos penitenciarios, fruto de la noción de los fines resocializadores de la pena. Hasta mediados del Siglo XIX, existió una masiva aplicación de modelos caracterizados por hacer de la pena privativa de libertad un espacio represivo, reactivo e intimidatorio, de castigo y penitencia que respondía, sin duda alguna, a la arraigada concepción cristiana del delito como pecado que requiere penitencia y remordimiento.

Sin embargo, y como respuesta a los efectos negativos que traían el encierro constante, la soledad prolongada y la privación de interacción social, comenzó a darse paso a una concepción distinta sobre la ejecución de la pena, que veía en su cumplimiento un proceso etapista, cuyo avance dependía de la conducta y disposición que tuvieran los privados de libertad.⁸ Fueron las ideas humanitarias las que trajeron aparejada a la progresividad como método carcelario, en el sentido de que la liberación dentro del sistema penitenciario supone una vida activa de los privados de libertad dentro de la condena, lo cual les permitirá ir accediendo a mayores esferas de autonomía y permisividad que culminarían con la liberación.

⁴ Cuello Calón, Eugenio. *“Penología. Las penas y medidas de seguridad. Su ejecución”*, Editorial Reus, Madrid, 1920.

⁵ Morales, Peillard. Ana María. *“Redescubriendo la libertad condicional”*. Revista Conceptos, Nº 30, Fundación Paz Ciudadana, 2013.

⁶ La prevención especial positiva postula la búsqueda de la prevención del delito, por sobre su mera retribución, pero se diferencian en el fin que le otorgan al castigo penal. La pena tiene por objeto prevenir, educar y resocializar. Para mayores antecedentes vid.: Zugaldía Espinar, José Miguel. *“Fundamentos del Derecho Penal. Parte General”*, Editorial Tirant Lo Blanch, 4ª Edición, 2010.

⁷ En el mismo sentido, María Alicia Salinero Rates, también lo señaló así, a propósito del debate generado el año 2016 por el otorgamiento de libertades condicionales en nuestro país, señalando: “aquí se olvida que la libertad condicional no es un premio ni una recompensa, es una herramienta de reinserción social, que impone a quien la obtiene obligaciones y sujeción al poder estatal y que puede ser incluso revocada”.

⁸ Para mayores antecedentes Vid.: Tébar Vilches, Beatriz. *“El modelo de libertad condicional español”*. Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

Existe discrepancia en la doctrina respecto al origen de esta institución. Algunos postulan que fue puesta en práctica por primera vez en Francia en 1832 en la prisión celular de la Roquette en París, aplicándose a los menores de 16 años como premio a la buena conducta observada en la prisión, haciéndose posteriormente extensiva a todos los jóvenes (1850) y penados adultos (1885).⁹ Otros sostienen que tiene origen inglés, siendo establecida por primera vez en el año 1791 con el nombre de “perdón condicional” para los convictos deportados por Inglaterra a Australia.¹⁰

En 1840, Alexander Maconochie, Intendente de las colonias penitenciarias británicas, implementó y mejoró la institución en la Isla de Norfolk, otorgando mayor espacio de libertad a aquellos privados de libertad que demostraran un buen comportamiento y desempeño laboral, anticipándoles la libertad sujeta a la condición de seguir observando la misma buena conducta, so pena de perder los beneficios alcanzados por tal medio. Con ello, buscó dotar a los privados de libertad de herramientas laborales con miras al egreso del recinto penal, para evitar la reincidencia delictual. El sistema tuvo tal éxito, que fue prontamente implementado en toda Inglaterra y, en Irlanda de la mano de Walter Crofton.¹¹

La institución fue paulatinamente consagrándose en los Códigos y leyes de los distintos países. Alemania la incluyó en 1870, Suiza en 1871, Dinamarca en 1873, Hungría en 1878, Bélgica en 1888, Estados Unidos en 1877, Japón en 1880 y posteriormente lo hicieron todas las legislaciones.¹²

Los congresos penitenciarios internacionales contribuyeron de un modo eficaz y decisivo al desarrollo y desenvolvimiento de la libertad condicional. Ya en el Segundo Congreso Penitenciario Internacional celebrado en Estocolmo en 1878, se estudió la posibilidad de aplicar la institución a todos los penados, cualquiera que fuese el régimen carcelario a que estuviesen sometidos, aprobándose y consagrandose definitivamente la libertad condicional con el siguiente voto: “La libertad condicional, que no es contraria a los principios de la cosa juzgada, presenta tales ventajas para la sociedad y los penados, que debe recomendarse a la solicitud de los gobiernos.”¹³ El Congreso de San Petersburgo, que tuvo lugar en 1890, volvió a tratarse la materia, concluyéndose que debía ser concedida con toda “la circunspección y prudencia (...) siguiéndose una gradación que estuviese en perfecta armonía con la regeneración progresiva del condenado”. Finalmente, en el de

⁹ Marín, Urbano. Op. Cit.; para mayores antecedentes vid.: Gaceta Jurídica de Guerra y Marina, N° 206, año XIV, junio de 1921.

¹⁰ Fue el tratadista alemán Mittermaier quien en 1791 en el Congreso Internacional Penitenciario de Washington, presentó al “perdón condicional” para los convictos deportados por Inglaterra a Australia, como verdadero medio de apreciar la positiva corrección del delincuente. Sin embargo, no fue seguido de una legislación orgánica al respecto. Para mayores antecedentes Vid.: Mittermaier, M.W. “*Rapport présenté au Congrès pénitenciarie de Washington*”, 1910.

¹¹ Cadalso y Manzano, Fernando. “Principios de la colonización y colonias penales”. Impresor J. Gongora y Alvarez. Madrid, 1896.

¹² Gaceta Jurídica de Guerra y Marina, Op. cit.

¹³ Jacob, Mario. Op. cit., páginas 12 y 13.

Washington, celebrado en 1910, se discutieron ampliamente los medios para mejorar la institución, considerándola “como factor indispensable para la reforma de los reclusos” y estableciéndose que “no debe acordarse como favor, sino con sujeción a reglas determinadas; que debe alcanzar a los prisioneros de todas clases”, pudiendo revocarse “en caso de que la conducta del liberado no sea satisfactoria”.¹⁴

Se ha postulado también, que el origen de la institución es español, siendo aplicada por Director de la Prisión de Valencia, el Coronel Manuel Montecinos entre entre 1835 y 1850, quien le dio a la libertad condicional el carácter de complemento de un sistema correctivo¹⁵.

Otros indican que su origen se encuentra en el Código Penal Español de 1822. Sin embargo, como institución organizada dentro de la doctrina y la legislación española es admitida en 1901 por medio de los decretos del 3 y 17 de Junio de ese año, presentándose en el año 1914 un proyecto a las Cortes que fue promulgado como ley el 25 de Julio de 1914.¹⁶

Sin duda alguna, la historia nos muestra que la institución de la libertad condicional se enmarca dentro del proceso resocializador de la concepción sobre la pena, alejándose de los fines perseguidos hasta ese entonces como eran la reimposición de la efectividad de la norma penal y la amenaza de castigo para la población general.

3. Finalidades de la institución de la Libertad Condicional.

De lo señalado previamente, se desprende que, desde siempre, la libertad condicional se ha relacionado principalmente con la prevención especial positiva como finalidad de la pena, que postula la prevención del delito, por sobre su mera retribución, mediante la reeducación y resocialización del individuo, alejándose del uso represivo, reactivo e intimidatorio exclusivo.

Hoy, se considera a la reinserción social como principal objetivo de la figura de libertad condicional. Ello, producto del cambio de paradigma de los modelos de aislamiento celular hacia aquellos orientados a la reinserción de los condenados, y a la llegada de los modelos progresivos de la pena, haciendo de esta institución la protagonista dentro de la ejecución penal.

Desde este punto de vista, la primera y principal finalidad de la libertad condicional corresponde a la reinserción social, constituyéndose en herramienta afín al proceso de

¹⁴ Gaceta Jurídica de Guerra y Marina, Op. cit.

¹⁵ Marín, Urbano. Op. cit., página 46.; Jiménez de Asúa, Luis. “*El Criminalista*”, Tomo VIII, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1948, página 305.

¹⁶ Tébar Vilches, Beatriz. Op. cit.

reintegración dentro de la ejecución penal, donde no se deja a merced del destino al reciente liberto sino que, se le controla dentro de sus primeros momentos de regreso a la vida en libertad. Se basa esta liberación anticipada en una conducta intramuros dedicada al trabajo y al estudio, herramientas que el individuo debiera utilizar al momento de egreso para incluirse dentro de la vida en sociedad.

Sin perjuicio de lo anterior, se han postulado otras finalidades que subyacen a esta modalidad de cumplimiento de la condena penal: como medio de prueba de la rehabilitación del condenado y como herramienta penitenciaria.

En cuanto medio de prueba, y en atención a que la intención de la libertad condicional es permitir el retorno a la vida social, a quienes cumplan con las exigencias establecidas para su otorgamiento, se les concederá esta libertad, bajo condiciones que demostrarán o no (como un medio de prueba) que la persona se encuentra efectivamente corregida y rehabilitada para la vida social, al comportarse conforme a Derecho sin reincidir en una conducta criminal.¹⁷

La corriente revisionista de la década del 60, analiza las posturas reformistas de los sistemas de enjuiciamiento criminal desde la perspectiva del control social,¹⁸ develando que esta institución penitenciaria contenía también funciones pragmáticas.¹⁹ Particular fue la obra de David Rothman, que da cuenta de la libertad condicional como herramienta penitenciaria de descompresión del sistema carcelario, erigiéndose a la excarcelación temprana como una alternativa que permitiría desocupar plazas para nuevos ingresos y como instrumento disciplinario, en cuanto exige un comportamiento correcto y una sujeción de los condenados al estudio y al cumplimiento de labores penitenciarias, operando en consecuencia como un incentivo a comportarse conforme al régimen penitenciario²⁰

4. La institución de la Libertad Condicional en Chile, fundamentos y naturaleza jurídica.

Finalizando el período decimonónico, la cárcel como institución ya venía siendo ampliamente discutida por los círculos liberales y la academia, con una creciente reticencia a la noción de pena como castigo únicamente. En 1890 el jurista Robustiano Vera, férreo crítico del sistema penitenciario chileno planteaba que “(...) *la pena es más*

¹⁷

¹⁸ Morales, Peillard. Ana María. Op. cit.

¹⁹ Tébar Vilches, Beatriz. Op. cit.

²⁰ Rothman, David. “*Conscience and Convenience: The Asylum and Its Alternatives in Progressive America*”, Boston: Little Brown, 1980.

*corruptora que el delito mismo, y lejos de buscar la reforma del culpable, le abrimos la senda para que reincida y se perfeccione más en el arte de delinquir (...) se debe procurar la enmienda del penado para que no reincida; su reforma es un deber de la sociedad".*²¹

En 1910 Enrico Ferri, discípulo de los criminólogos italianos Cesar Lombroso y Francesco Carrara, crítico del sistema carcelario de aislamiento y postulante de que las cárceles no readaptan, visitó nuestro país, dictando tres conferencias entre Santiago y Valparaíso²²; visita demuestra el interés de quienes conducían al país en estas materias y el cambio de mentalidad respecto a las mismas.

Este cambio de concepción del sistema de castigo penal permitió el posterior establecimiento de la libertad condicional en nuestro país, que supuso implementar una etapa de la ejecución penal que no reconocía a la cárcel como el mecanismo definitivo de cumplimiento de condena, sino que veía en la libertad de aquellos privados de la misma, una posibilidad tangible de reinserción social.²³

En Chile, el establecimiento de la libertad condicional como institución se suscita dentro de un proceso de avances en materia criminal que venía experimentando el país desde fines del Siglo XIX, tales como el abandono del presidio ambulante instaurado por Diego Portales, la construcción de la ex Penitenciaría de Santiago en 1843, la promulgación del Código Penal en 1874, la creación de la Dirección General de Prisiones en 1889, el Código de Procedimiento Penal en 1906 y el primer reglamento general de prisiones en 1911, siendo establecida legalmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico mediante el Decreto Ley N° 321, publicado el 12 de Marzo de 1925²⁴ en los siguientes términos:

“Artículo 1º. 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.

La libertad condicional, salvo lo que dispone el artículo 3o del presente decreto-ley, no estingue ni modifica la duración de la pena, sino que es un modo particular

²¹ Vera, Robustiniiano. “Lo que es la cárcel en Chile”, artículo, 1890, disponible en bibliotecadigital.indh.cl.

²² Para mayores antecedentes, vid.: León, León, Marco Antonio. “Construyendo un sujeto criminal. Criminología, criminalidad y sociedad en Chile. Siglos XIX-XX”, Editorial Universitaria, 2015.

²³ Siendo ésta la concepción que se ha aplicado en nuestro país desde sus orígenes sin perjuicio de las modificaciones legales que ha sufrido hasta la época, todas desde el año 1999 en adelante.

²⁴ Por la segunda Junta de Gobierno, presidida por Emiliano Bello, siendo Ministro de Justicia don José Maza Fernández.

de hacerla cumplir en libertad por el condenado y según las disposiciones que se dicten en este decreto-ley y en el reglamento respectivo.

Artículo 2°. Todo individuo condenado a una pena privativa de la libertad, de más de un año de duración, tiene derecho a que se le conceda su libertad condicional, siempre que cumpla con los siguientes requisitos:

1°. Haber cumplido la mitad de la condena que se le impuso por sentencia definitiva. Si hubiere obtenido, por gracia, alguna rebaja o se le hubiere fijado otra pena, se considerará ésta como condena definitiva;

2°. Haber observado conducta intachable en el establecimiento penal en que cumple su condena, según el Libro de Vida que se le llevará a cada uno;

3°. Haber aprendido bien un oficio, si hai talleres donde cumple su condena; y

4°. Haber asistido con regularidad y provecho a la escuela del establecimiento y a las conferencias educativas que se dicten, entendiéndose que no reúne este requisito el que no sepa leer y escribir”

De esta forma, nuestro legislador siguiendo las legislaciones comparadas, optó por entender esta institución en la esencia como una pena, cuya forma de cumplimiento es modificado, cuya intención es permitir el retorno a la vida social. Así, no se trata de una condonación o perdón de la pena, ni tampoco de una figura de reducción de la misma, sino que corresponde a una forma distinta de cumplirla.²⁵ Además, reconoce en ella determinados fines asociados a su carácter de pena, que si bien no se establecieron de manera expresa se desprenden de las expresiones “corregido” y “rehabilitado”, propias de las concepciones positivistas imperantes en la criminología a la fecha de dictación de ambas normativas, y que tradicionalmente se asocian a su fin resocializador y que concretan los fines preventivos especiales positivos.²⁶

Al señalar que “es un medio de prueba” también muestra la adopción de ciertos fines asociados al control, destinados a determinar si efectivamente el sujeto logra conducir su vida conforme a derecho, en libertad, siendo el objeto de esta prueba prospectivo y no retroactivo, por cuanto no puede pensarse en resocialización hacia el

²⁵ Así se expresa en el artículo 1° del Decreto N° 2442 que fija el Reglamento de la Ley de Libertad Condicional, el que expone: “La libertad condicional es un modo de cumplir en libertad, bajo determinadas condiciones, y una vez llenados ciertos requisitos, la pena privativa de libertad a que está condenado un delincuente por sentencia ejecutoriada”.

²⁶ En el mismo sentido Morales, Peillard. Ana María. Ob. cit., quien señala que “nuestro legislador siguiendo las legislaciones comparadas, optó por entender este instituto en la esencia como una pena, cuya forma de cumplimiento es modificado. De acuerdo a lo expresado, esto supone reconocer en ella determinados fines asociados a su carácter de pena”.

pasado, donde la persona se encuentra cumpliendo condena, sino que debe entenderse hacia el futuro.²⁷

La jurisprudencia de la Corte Suprema lo ha entendido así, al señalar que la resolución que rechaza la postulación por no haber demostrado encontrarse rehabilitado, cumpliéndose los requisitos, “(...) contraría la declaración que la propia ley hace, cuando señala que el beneficio se establece como un medio de prueba de que la persona condenada se encuentra corregida y rehabilitada para la vida social, pues impide que, en la práctica, se demuestre que ello es así (...)”.²⁸

En este mismo sentido, ha señalado “(...) que el hecho de que el inciso primero del artículo 1° del Decreto Ley 321, considere que el establecimiento de la libertad condicional, constituye un medio de prueba en aras de una corrección y rehabilitación para la vida social a quien se le concede, no tiene más que un sentido de justificación de porqué se otorga tal beneficio, pero ello no conduce necesariamente que esa aspiración se mida de manera discrecional por la sola voluntad del órgano que la dispone, por entender sin mayores fundamentos de que requiere de mayor tiempo de privación de libertad de una persona, lo que desnaturaliza el sentido de la institución y coarta de manera ilegal el goce de un beneficio respecto del cual, tratándose del Derecho Penal hay que considerar siempre todo principio en favor del condenado (...)”.²⁹

Hoy no cabe duda que constituye una institución de fin resocializador, en cuanto está expresamente establecido en nuestro ordenamiento jurídico que la actividad penitenciaria en nuestro país consiste en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados.³⁰

²⁷ En este sentido, Mario Novoa ha expresado que la libertad condicional se concede “bajo la condición de que fuera del establecimiento penal -el reciente liberto- corroborará con su conducta su regeneración y su aptitud para hacer una vida normal junto a los demás ciudadanos” y que con ella se “persigue cuatro objetivos fundamentales: 1° constituir un incentivo para la regeneración y buena conducta de los penados; 2° servir de medio de prueba de que el penado se encuentra corregido y rehabilitado para la vida normal en sociedad; 3° ser una etapa de transición entre la privación de libertad y la libertad plena que el penado habrá de alcanzar al término de aquélla, para facilitar el normal ajuste entre ambas y la más fácil readaptación del liberto, y 4° compeler al liberto a mantener su conducta en un plano legal y moral compatible con la convivencia social, bajo la amenaza de reintegrar al establecimiento penitenciario si así no lo hace”. Para mayores antecedentes, Vid.: Novoa M., Eduardo. “Curso de Derecho Penal Chileno”, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2005, páginas 313 y 314.

²⁸ Excma. Corte Suprema, Rol N° 49.958-16. En el mismo sentido Roles N° 59.007-16; N° 70576-2016; Rol N° 35.209-16, entre otros.

²⁹ Excma. Corte Suprema, Rol N° 49.663-2016., En el mismo sentido, Roles N° 8116-2015; N° 9898-2015; Rol N° 47.881-2016, entre otros.

³⁰ Ello se evidencia de la lectura de las normas que a continuación se reproducen: i) Artículo 1 del DL 2859, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile, que dispone: “Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la *reinserción social* de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”; ii) Artículo 1 del DL 518 que establece que “La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la *reinserción social* de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas”; iii) Artículo 24 del DL 518 que dispone: “El Régimen penitenciario es el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las

El artículo 2° del DL N° 321 señala que la Libertad Condicional es un derecho. Una interpretación literal, nos arroja una norma de carácter imperativo de requisitos, que condiciona a determinadas circunstancias la exigencia de este derecho.

Desde un punto de vista teleológico, la indisoluble conexión entre la libertad condicional y los fines resocializadores de la pena, obliga a enfrentarse a esta institución desde el punto de vista de la prevención especial positiva. La libertad condicional se piensa, desde esta perspectiva, como una herramienta más para el proceso de reinserción social, que permite anticipar la salida de condenados que hayan demostrado avances dentro su vida intramuros, pues se prevé una conducta conforme a Derecho una vez fuera de la cárcel, siendo los requisitos exigidos por la norma elementos que aportan al órgano decisor un estándar razonable para presumir la corrección y rehabilitación de la que habla el artículo 1° del DL N° 321.

Es decir, a partir del cumplimiento de los requisitos que operan como hechos base, extrae como hecho presumido que el condenado se encuentra rehabilitado y corregido para la vida en el medio libre. Para la presunción, no se requiere ninguna otra consideración más que los hechos bases descritos tanto en el Decreto Ley como en su Reglamento.

No considerar como derecho a la libertad condicional exigiría otras consideraciones a la hora de tomar la decisión de otorgarla, lo que queda desechado según se desprende la modificación introducida por la Ley N° 20.587, cuya discusión parlamentaria evidencia que con dicha modificación se buscó que la “decisión quede exenta de todo cariz político y obedezca únicamente a criterios técnicos”, y junto a ello, estimular su otorgamiento, considerando que la “intervención unilateral y decisoria de los Secretarios Ministeriales de Justicia en la concreción de este derecho, se ha traducido con el tiempo en una reducción considerable del número de condenados que finalmente acceden a este tratamiento penal especial”.³¹

El dotar de objetividad al proceso y hacer de la decisión una de carácter técnico que prescindiera de intervenciones discrecionales, materializó el cambio de concepción acerca de la libertad condicional, terminando con la idea de que su naturaleza jurídica pudiese corresponder a la de un beneficio intrapenitenciario.

actividades y acciones para la *reinserción social de los condenados*”; fin que además es señalado expresamente en documentos emanados de Gendarmería de Chile y de la División de Reinserción Social del Ministerio de Justicia y DDHH.

³¹Historia de la Ley N° 20.587 Modifica el régimen de libertad condicional y establece, en caso de multa, la pena alternativa de trabajos comunitarios.

Para hacer efectivo este derecho, corresponde únicamente verificar el cumplimiento de los requisitos que habilitan su conceción, no resultando apropiado efectuar juicios de mérito que permitan discurrir si es procedente su otorgamiento atendido la naturaleza del delito, su forma comisiva o el *quantum* de la pena.

Así lo entiende la doctrina, según exponen destacados autores como María Inés Horvitz y Luppy Aguirre³², y así lo ha señalado también, el máximo órgano jurisdiccional dentro de los tribunales integrantes del Poder Judicial chileno, al revocar resoluciones denegatorias que consideraban condiciones adicionales subjetivas como óbice a la obtención de libertad condicional, circunscribiendo su otorgamiento exclusivamente a la concurrencia de los requisitos objetivos, como se evidencia, en múltiples sentencias de la Excm. Corte Suprema que han dispuesto, por ejemplo:

“ (...) la libertad condicional es un modo particular de hacer cumplir la pena en libertad por el condenado, quedando por supuesto dicha persona sujeta a las condiciones que la misma ley señala y por lo tanto bajo el control de la autoridad respectiva y de cuyo incumplimiento deriva necesariamente la revocación del aludido beneficio y por ende, se alza como un derecho de todo condenado, que sólo puede ser desestimado por razones objetivas y claramente comprobadas y no por criterios de presunciones (...) pero ello no conduce necesariamente que esa aspiración se mida de manera discrecional por la sola voluntad del órgano que la dispone, por entender sin mayores fundamentos de que requiere de mayor tiempo una persona privación de libertad lo que desnaturaliza el sentido de la institución y coarta de manera arbitraria el goce de un beneficio respecto del cual, tratándose de un derecho penal hay que considerar siempre todo principio en favor del condenado”.

“...Que esta Corte estima que los antecedentes aportados a este cuaderno cabe concluir que el amparado, cumple los requisitos establecidos por la ley para hacer uso del derecho a la libertad condicional que le permite probar que puede desempeñarse rehabilitadamente en el medio libre. Que en tales condiciones pierde relevancia la afirmación subjetiva contenida en la propuesta que sugiere denegarle la libertad condicional, no obstante reunir los requisitos, por estimar que falta un mayor período de observación y presentar un informe psicológico y social negativo; pues es premitente el carácter de derecho que tiene la libertad condicional- sometida al cumplimiento de requisitos objetivos- y el reclamo por la libertad ambulatoria que supone la acción de amparo...”.

³² Horvitz, María Inés y Aguirre, Luppy. “*El Derecho de Ejecución de penas*”, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007.

En resumen, la modificación introducida por la Ley N° 20.587, la doctrina y la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, han unificado y asentado el criterio de que la libertad condicional es un derecho, cuya exigibilidad se encuentra supeditada a la concurrencia de los requisitos objetivos.

El Poder Judicial se ha hecho cargo de este cambio de conceptualización y ha informa al Poder Legislativo (al ser consultado sobre proyectos de Ley que buscan introducir modificaciones a la institución de la Libertad Condicional) que la libertad condicional es un derecho, y, que mutar su fisonomía actual hacia la de un beneficio, es regresiva desde una perspectiva de la reinserción como desde una perspectiva puramente jurídica, señalando además, que no se trata de una cuestión baladí, pues su decisión importa el carácter exigible de la situación jurídica.³³ Se han manifestado desfavorablemente

³³ En el Oficio N° 85 – 2016 de 16 de junio de 2016 se expone:

“1° Que fuera de lo que podría creerse a priori, lo que está detrás de la decisión de conceptualizar la libertad condicional como un beneficio, que no un derecho, no es una cuestión puramente terminológica. Bajo la comprensión que subyace en el proyecto de ley, la diferencia principal entre un derecho y un beneficio tiene que ver con el carácter exigible de la situación jurídica que se regula. Así, la adscripción de un derecho a una determinada persona implica la posibilidad de esta última de perseguir la protección de su situación jurídica dentro del ordenamiento legal, de un modo coercible. Este es el sentido por el cual se ha señalado en doctrina que un derecho es una carta de triunfo en contra del Estado y sus particulares, que no puede ser arrebatada de él mismo, a menos que se cumplan determinados requisitos legales. El concepto de beneficio posee una matriz distinta, que naturalmente evoca una situación jurídica que se tiene precariamente, solamente en razón de la liberalidad o generosidad de aquél que la concede (.) Lo cierto es que la comprensión del término beneficio, bajo la perspectiva de “premio”, o “gracia”, es regresiva respecto tanto de la orientación a la reinserción de los condenados, como desde una perspectiva puramente jurídica. En lo que respecta al primer asunto, los internos, infractores de las leyes del Derecho Penal, necesitan que se reafirme simbólicamente el imperio de la ley. Es una condición básica de la real reinserción de un interno, el que éste comprenda y valore la existencia del Estado de Derecho, de un modo que lo aliente a sentirse parte de la comunidad jurídica nacional y a respetar las condiciones normativas básicas de la subsistencia libre que expresan las normas del Derecho Penal. Sin esta condición, el interno no respetará estas normas, y volverá a delinquir (.)

2° Que la concepción de la libertad condicional como mero “beneficio” no parecería correcta, tampoco, desde una perspectiva jurídica. En una democracia liberal toda posición jurídica que se otorgue a una persona en razón de la previsión de la ley, sobre base de determinadas circunstancias de hecho, debe ser considerada como su derecho. Esto significa que ella no puede privarse arbitrariamente o sin consideración a las causales de la ley, y debe ser respetada por el Estado y sus agentes. Esta es la idea que está detrás del ideal de gobierno de las leyes, en oposición al paradigma del gobierno de los hombres, y que dota de contenido a nuestra democracia, según lo dispuesto en los artículos 1°, 5° y 19 de nuestra Carta Fundamental (.)

En este sentido, cabe considerar que toda la legislación nacional e internacional aplicable en la materia es unívoca al señalar que las personas privadas de libertad no pierden con la sanción nada más que su libertad ambulatoria. Siguen siendo personas iguales al resto, en todos los restantes ámbitos del quehacer jurídico y, por ello, deben considerarse titulares de la misma dignidad y derechos que un ciudadano libre. Así lo dispone, por lo demás, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y así, lo señala expresamente el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios que en su artículo segundo dispone que “[...] el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres”(.)

3° Que, en conclusión, la doctrina, la jurisprudencia y la regulación nacional e internacional no dejan espacio a dos interpretaciones: los privados de libertad tienen derecho a postular a la libertad condicional cuando cumplen los requisitos que la ley prevé, y tienen derecho a mantenerla, en tanto no se cumplan las condiciones legales que autorizan su revocación. Por este motivo, la Libertad Condicional, bien entendida, es un derecho y no solamente un beneficio o premio. Todo lo anterior es independiente del hecho de que, antes de la concesión del Derecho de la Libertad Condicional por parte de la comisión, los internos solo tengan respecto de ella una mera expectativa, o de que la decisión de otorgar este derecho esté sometida a un juicio discrecional —no arbitrario— respecto del cual pueden existir casos que, dentro de la legalidad, se sometan a consideraciones de política criminal(...).”

Por su parte, en el Oficio N° 29 – 2018 de 8 de febrero de 2018 se indica:

“7°) Que en materia de Libertad Condicional el proyecto propone las siguientes modificaciones: a) En primer lugar, reemplaza en el artículo 2° del Decreto Ley 321 la frase “tiene derecho a que se le conceda” por la expresión “podrá ser beneficiado con la concesión de” (.) No se explica en la Introducción al proyecto el por qué de este cambio en la nomenclatura, aludiéndose únicamente a “la interpretable referencia a la expresión “derecho”.

El artículo 4° del Reglamento del Decreto Ley 321 dispone que “tiene derecho” a salir en Libertad Condicional todo individuo condenado a una pena privativa de libertad de más de un año de duración, que reúna determinados requisitos.

también, a las propuestas de agregar como criterios a apreciar circunstancias que son evaluadas durante la etapa de determinación de pena, que no pueden ser consideradas al momento de su ejecución pues el otorgamiento de este derecho no es retrospectivo sino prospectivo.³⁴

Por su parte, el Instituto de Derechos Humanos ha señalado expresamente que "...la sustitución de las referencias al derecho de postular a la libertad condicionales por una concepción de la misma como beneficio va más allá de una cuestión meramente formal o de modernización del lenguaje, y evidencia una comprensión del tema que se aparta de los estándares de derechos humanos ya mencionados, al punto de constituir un evidente

La Sala Penal de esta Corte Suprema ha resuelto en varios pronunciamientos que la Libertad Condicional es un derecho del penado, no un mero beneficio que por gracia puede ser otorgado por el Estado, representado por la administración carcelaria y las comisiones de Libertad Condicional. El tribunal ha decidido que, una vez cumplidos los requisitos objetivos establecidos en el artículo 2º. del Decreto Ley 321 debe reconocérsele al penado su derecho a la Libertad Condicional.

En el informe evacuado por el Tribunal Pleno con fecha 16.06.2016 se contienen las opiniones fundadas quienes objetan la propuesta de darle a la Libertad Condicional el carácter de mero beneficio (.). En consecuencia, dando por reproducidos esos mismos argumentos, se estima que debe rechazarse la propuesta de transformar la libertad condicional en un mero beneficio que la autoridad puede otorgar por gracia, quitándole el carácter de derecho, desde que representa un sensible retroceso en el reconocimiento de los derechos esenciales de los penados, amparados tanto por el derecho interno como por las convenciones de Derecho Internacional.

Los autores nacionales coinciden en que la libertad condicional no es una medida de gracia, sino que constituye la concreción última de un régimen progresivo inspirado en la orientación resocializadora de la pena privativa de libertad, lo cual se consigue a través de un tratamiento, como lo entiende expresamente el Reglamento Penitenciario en sus disposiciones. Conviene citar a la doctrina española especializada, en la cual Borja Mapelli afirma que según la opinión dominante, la Libertad Condicional es sin ningún género de duda un derecho de los internos (...).

³⁴ En el Oficio N° 85 – 2016 de 16 de junio de 2016 se señala:

“9º (...) la modificación que se propone introducir (...) consistente en que entre estas consideraciones, al momento de tomar la decisión, se incorporen los criterios de la gravedad del delito por el cual la persona fue condenada y la extensión del mal causado, resulta ser contradictoria, tanto con los principios que la moción declara en sus motivos —a saber, tratamiento resocializador y centrado en las características específicas del condenado—, como con los fines que según el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios y los tratados internacionales de Derechos Humanos deberían guiar la política penitenciaria de nuestro país.

En efecto, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios señala, en su artículo primero, que: “La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.”

Por su parte, la denominada Convención Mandela, sobre Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, señala que: “Regla 4. Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los ex reclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que puedan vivir conforme a la ley y mantenerse con el producto de su trabajo”.

“Regla 88 [...] En el tratamiento de los reclusos no se recalcará el hecho de su exclusión de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Con ese fin se buscará, en lo posible, la cooperación de organismos de la comunidad que ayuden al personal del establecimiento penitenciario en la tarea de reinsertar a los reclusos en la sociedad.”

10º Que de ahí que, sin perjuicio del hecho que en la etapa de juicio oral la imposición de una pena puede cumplir legítimamente una función retributiva o disuasiva, durante la etapa de ejecución penitenciaria la pena sólo puede orientarse a asegurar la reinserción, y disminución de la reincidencia de los condenados. Por esta razón, la inclusión de criterios como “la gravedad del delito” o “la extensión del daño causado por el delito”, que legítimamente pueden tener cabida para la determinación de la pena aplicable al caso, deben entenderse excluidos de la consideración de la ejecución penitenciaria, en donde, tal como acertadamente establece la moción, la labor de la Comisión de Libertad Condicional no es retrospectiva y judicial, sino que prospectiva y administrativa. En otras palabras, no debe orientarse a resarcir socialmente el daño causado por el delito, sino que debe buscar definir aquellas medidas más adecuadas para evitar su repetición (...)

Y, en el Oficio N° 29 – 2018 de 8 de febrero de 2018 se expresa: “(...) de acuerdo a la iniciativa que se propone, no basta con el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones impuestas al penado, dirigidas a su reinserción social, sino que han de cumplirse todas las nuevas exigencias anteriormente transcritas, que resultan totalmente alejadas de los procesos de rehabilitación de los condenados, en los que deben realizarse los fines de la prevención especial asignados a las sanciones penales, especialmente privativas de libertad. Ello resulta sin duda muy cuestionable.

6º (...) cabe advertir que las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal se aceptan o rechazan en la sentencia definitiva conforme al mérito del proceso, no resultando aceptable que lo decidido por el juez a este respecto deba incidir en la fase de ejecución de la condena, que sólo debe orientarse a los objetivos de prevención especial, cuyo logro exitoso constituye la mejor defensa frente a la reincidencia (...)

retroceso (...) Este retroceso se configuraría porque no existirían formas de que el postulante pruebe que efectivamente está en condición de ejercer sus derechos (...) Además, este retroceso jurídico se configura porque la consideración de la persona privada de libertad como carente de este derecho básico en su posición, vulnera incluso lo que señala el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, que en su artículo 2 dice que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres (...).³⁵

II. DISPOSICIONES IMPUGNADAS DEL PROYECTO DE LEY

Los requirentes solicitan que el Tribunal Constitucional declare inconstitucionales las letras a) y b) del artículo 3 bis y el artículo 12 del Proyecto de Ley que sustituye el Decreto Ley n° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. Boletín n° 10696-07 (s), así como también, aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquél, que por si solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes, y que corresponden a:

1. Letra a) del artículo 3 bis que señala:

Además de lo anterior, al momento de postular, el condenado deberá acreditar las siguientes circunstancias:

a) Haber colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza. Lo anterior se acreditará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes de los números 8° y 9° del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente; y,

2. Letra b) del artículo 3 bis, que señala:

b) Haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares.

3. Artículo 12, que señala:

³⁵ Boletín n° 10.696-07, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2016 en sesión 320, página 7.

“Artículo 12. Este decreto ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial.”

4. Y, las normas que se encuentren íntimamente ligadas con las letras a) y b) del artículo 3 bis.

III. CONFLICTOS CONSTITUCIONALES DENUNCIADOS

1. PRIMER CONFLICTO CONSTITUCIONAL.

El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato de los artículos 1; 5 inciso 2º; 6; 7, 19 N° 1 e inciso final; 19 N° 2; 19 N° 3 ; 19 N° 6; 19 n° 7 letra f) y; 26 de la Constitución Política de la República, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho, al solicitar como requisito para la postulación y otorgamiento de la libertad condicional el haber “ ... colaborado sustancialmente al esclarecimiento del delito o confesado su participación en el mismo; o aportado antecedentes serios y efectivos de los que tenga conocimiento en otras causas criminales de similar naturaleza. Lo anterior se acreditará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes de los números 8º y 9º del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente...”, específicamente la expresión “*confesado*” y la frase “*Lo anterior se acreditará con la sentencia, en el caso que se hubiere considerado alguna de las atenuantes de los números 8º y 9º del artículo 11 del Código Penal, o con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente*”, como se establece en la letra a) del artículo 3 bis del Proyecto de Ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. Boletín n° 10696-07 (s), contraviniendo además los artículos 5 números 1, 2, 3 y 6; 8 n°2 letra g); 8 n° 3; 9; 11 n°1, 12 y; 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 7; 10 n° 1 y n° 3; 14 n° 3 letra g), 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1. Que, en efecto, la Constitución Política de la República, establece dentro de las bases de nuestra institucionalidad que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (artículo 1º); que el Estado está al servicio de la persona humana, siendo su finalidad promover el bien común, contribuyendo a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que ella establece (inciso 3º del artículo 1º); que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por nuestra Carta

fundamental, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes (inciso 2° del artículo 5°) y; que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, estableciendo además que sus preceptos obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo (artículo 6°).

2. Que, asimismo, se refiere en su capítulo 3° a los derechos fundamentales, asegurando dentro de ellos, y en lo que nos convoca, el derecho a la integridad física y psíquica de la persona, prohibiendo la aplicación de todo apremio ilegítimo (artículo 19 n°1), resguardando la libertad de conciencia (artículo 6°) y el derecho a no ser obligado a declarar contra de sí mismo, y, asegurando que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio (artículo 26°).

3. Que, los mandatos antes señalados, emanan de la dignidad humana, cualidad intrínseca y distintiva reconocida a todo individuo, que lo hace merecedor de respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, de la cual surgen derechos y deberes fundamentales que aseguran a la persona contra todo y cualquier acto coercitivo, degradante o deshumanizado, y, que le garantizan las condiciones existenciales mínimas para una vida física y psíquica saludable, además de propiciar y promover su participación activa y corresponsable en los destinos de la propia existencia y de la vida en comunión con los demás seres humanos.³⁶

4. Que, la dignidad humana se convierte así en límite y tarea de la sociedad en general y del Estado en particular. Convierte a la persona en un fin en sí mismo e imposibilita al Estado convertir al individuo en una cosa u objeto, o en un instrumento para otros fines, y al mismo tiempo, le genera derechos fundamentales que lo hacen acreedor de protección contra todo acto u omisión que amenace o vulnere dicha dignidad.³⁷

5. Que, como tarea constitucionalmente implícita o explícita, la dignidad humana determina deberes concretos de protección por parte de los órganos estatales para el resguardo de la dignidad de todos los seres humanos, asegurándola a través de medidas positivas y/o prestacionales y de actividades promocionales que implican particularmente, la remoción

³⁶ Sarlet, Ingo Wolfgang. "Dignidad de la persona Humana y Derechos Fundamentales en la Constitución Federal de 1988", Porto Alegre, Livraria Do Advogado, 2009, en Noguera Alcalá, Humberto. "Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad".

³⁷ En este sentido Jacques Maritain expone que "se trata de establecer la existencia de derechos (...) inherentes al ser humano, anteriores y superiores a las legislaciones escritas y a los acuerdos entre los gobiernos, derechos que no le incumbe a la comunidad civil otorgar, sino el reconocer y sancionar como universalmente valederos, y que ninguna consideración de utilidad social podría, ni siquiera momentáneamente, abolir o autorizar su infracción" Maritain, Jacques. "Acerca de la filosofía de los derechos del hombre", Editorial El Debate, Madrid, 1991, página 116, citado en Noguera Alcalá, Humberto. Op. Cit.

de obstáculos que impidan su desarrollo y que creen las condiciones que posibiliten el más pleno goce y ejercicio de dicha dignidad.^{38 39}

6. Que, en relación con la materia objeto del presente requerimiento, y en atención a la historia y a los fines de la institución de la libertad condicional en nuestro país, tratados en la primera parte del presente requerimiento -y, que damos por expresamente reproducidos-, se puede afirmar que a nivel interno la reinserción social es una finalidad implícita que se extrae de la Constitución Política de la República, al consagrar el en su artículo 1° de manera central a la dignidad humana dentro de las Bases de la Institucionalidad. Lo que además se desprende de los artículos 5° y 19 de la misma.⁴⁰

7. De ahí, que la pena no puede trascender de la persona del condenado ni afectar su libertad de conciencia y/o dignidad, pues las personas privadas de libertad no pierden con la sanción nada más que su libertad ambulatoria; siguen siendo personas iguales al resto en todos los demás ámbitos del quehacer jurídico y titulares de la misma dignidad y derechos que un ciudadano libre.⁴¹

8. Ello, en plena concordancia, además, con lo establecido en los artículos 5 n° 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que a propósito del derecho a la integridad personal señala que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que luego de proclamar que “toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, señala a continuación en su numeral 3 que “el régimen penitenciario consistirá en

³⁸ Noguera Alcalá, Humberto. Op. Cit., página 8.

³⁹ Germán Bidart señala respecto a los derechos fundamentales como emanación de la dignidad humana, que en el sistema constitucional chileno los derechos no están en las normas (internas o internacionales), “no se constituyen” en la norma positiva sino que ellas sólo los aseguran, los garantizan y los promueven, los derechos emanan de la dignidad humana, apoyándose en lo establecido en el artículo 5° inciso 2° de nuestra Constitución. Agrega que los derechos no se realizan en las normas sino que ellos se concretan en la vigencia sociológica, la que demuestra la efectividad de los mismos. La norma positiva solo significa vigencia normonológica. Bidart, Germán. “*La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional e interna*”. V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editorial UNAM, México, 1998, página 98.

⁴⁰ En este sentido. Sepúlveda Crerar, Eduardo. “*Los Fines de las Penas*”, apuntes de cátedra, Derecho Penal Parte General I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011., quien se refiere a los fines implícitos de la pena en la Constitución Política de la República señalando que la reinserción social es la finalidad implícita que la Constitución Política de la República de Chile asigna a las penas. Ello se puede desprender inequívocamente de las siguientes disposiciones: Artículo 1° *El Estado se encuentra al servicio de la persona humana*; artículo 5°. *La soberanía tiene límites en el respeto a los derechos fundamentales*; artículo 5° inciso 2°. *Los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno* y artículo 19. En su opinión, la pena afecta garantías constitucionales. Por ello debe estar limitada en su establecimiento, imposición y ejecución, haciendo presente la prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes.

⁴¹ Cabe considerar que toda la legislación nacional e internacional aplicable en la materia señala de manera unánime que las personas privadas de libertad no pierden con la sanción nada más que su libertad ambulatoria. Siguen siendo personas iguales al resto, en todos los restantes ámbitos del quehacer jurídico y, por ello, deben considerarse titulares de la misma dignidad y derechos que un ciudadano libre. Así lo dispone, por lo demás, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y así, lo señala expresamente el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios q en su artículo 2° que dispone que “(...) el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres.”

un tratamiento cuya finalidad será la reforma y la readaptación social de los penados⁴²⁻⁴³, elementos que nuestra legislación penitenciaria hace suyos, tal y como consta en los artículos 1, 3 letra f), 8 letra a), 12 letra d) y 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile N° 2859 de 1979⁴⁴ y los artículos 1, 10 y 24 del Decreto N° 518, Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, incorporando incluso un título específico dedicado a las actividades y acciones para la reinserción social (Título V).⁴⁵

9. Que, de este modo, resulta constitucionalmente atentatorio de la dignidad de los privados de libertad, así como también, de su integridad psíquica, el exigirles confesar para poder postular siquiera a la última etapa del proceso de reintegración a la sociedad. Ello se encuentra además, expresamente prohibido en el artículo 19 n° 7, letra f) de nuestra

⁴² En relación con lo expuesto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, a propósito del artículo 10 del Pacto de Derechos Sociales, Civiles y Políticos, en su Observación General N° 21, del 44° período de sesiones del año 1992, señaló expresamente que: "Ningún sistema penitenciario debe estar orientado a solamente el castigo; esencialmente, debe tratar de lograr la reforma y la readaptación social del preso.

⁴³ En materia de normativa internacional, existe una amplia gama de instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos vinculados a las personas privadas de libertad, que dicen relación principalmente con la prohibición de la tortura y el no menoscabo de la dignidad humana, dentro de los cuales se encuentran Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio de 1990; La Convención Mandela, sobre Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008, etc. Todas ellas se refieren a la obligación de respetar los derechos humanos reconocida a toda persona, a la finalidad esencial de penas privativas de la libertad consistente en la reforma y la readaptación social de los condenados; el deber de tratar con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano a toda persona privada de libertad y, la prohibición de someter a cualquier persona a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

⁴⁴ Artículo 1°.- Gendarmería de Chile es un Servicio Público dependiente del Ministerio de Justicia, que tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley". (el destacado es nuestro)

Artículo 3 letra f) "Corresponde a Gendarmería de Chile ... f) Contribuir a la reinserción social de las personas privadas de libertad, mediante la ejecución de acciones tendientes a eliminar su peligrosidad y lograr su reintegración al grupo social..." (el destacado es nuestro)

Artículo 8 letra a) "La Subdirección Técnica estará encargada de desarrollar los programas y proyectos institucionales tendientes a la reinserción social de las personas atendidas en los distintos sistemas, velando por el mejoramiento permanente del régimen penitenciario. Esta Subdirección tendrá las siguientes funciones: a) Desarrollar y gestionar las actividades de educación, trabajo, deportes, recreación, asistencia social, psicológica, sanitaria, religiosa y demás conducentes a la reinserción social de las personas atendidas en el sistema cerrado de los establecimientos penales con administración directa..." (el destacado es nuestro)

Artículo 12 letra d) "Los Directores Regionales tendrán, entre otras, las siguientes funciones: d) Supervisar y controlar los programas y proyectos de reinserción social en establecimientos penitenciarios de administración directa, concesionados y aquellos del medio libre.

⁴⁵ Artículo 1°.- La actividad penitenciaria se regirá por las normas establecidas en el presente Reglamento y tendrá como fin primordial tanto la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y condenados, como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas" (el destacado es nuestro).

Artículo 10.- Los establecimientos penitenciarios se organizarán conforme a los siguientes principios: b) El desarrollo de actividades y acciones tendientes a la reinserción social y disminución del compromiso delictivo de los condenados. (el destacado es nuestro).

Artículo 24.- Régimen penitenciario es el conjunto de normas y medidas destinadas a mantener una convivencia pacífica y ordenada de las personas que, por resolución del tribunal competente, ingresen a los establecimientos penitenciarios administrados por Gendarmería de Chile, cumplir los fines previstos en la ley procesal para los detenidos y sujetos a prisión preventiva, y llevar a cabo las actividades y acciones para la reinserción social de los condenados. (el destacado es nuestro).

TITULO QUINTO. De las actividades y acciones para la reinserción social

Constitución Política, cuando dispone que *"en las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste"*.

10. Que, la no autoincriminación constituye un derecho Constitucional en cuanto derecho humano fundamental, en virtud del cual ninguna persona puede ser obligada a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Ello, igualmente se encuentra ampliamente reconocido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y en los catálogos de garantías fundamentales de los Estados, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.3.g) consagra el derecho de toda persona *"a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable"* y la Convención Americana de Derechos Humanos que expresa en su artículo 8.2. g) que *"... Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (.) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable"*.

11. Que, el exigir confesar resulta ser absolutamente inconstitucional, y está mas allá de los fines de la pena. La corrección social del sujeto está referida sólo a un ambito externo prospectivo, a que en el futuro se adecue al ordenamiento penal, pero en modo alguno la resocialización puede pretender manipular la personalidad del condenado ni obligarlo a que diga o ejecute algo. Dicha situación excede los límites del campo de acción legítimo del Derecho Penal y del tratamiento penitenciario, que debe y está, orientado a un postulado de readaptación social, es decir, que el interno adquiera aquella aptitud de comprender y respetar las normas para su inclusión y posterior convivencia de manera pacífica con el resto de la comunidad, pero en nada debe estar dirigido a propugnar un cambio de personalidad, o si se quiere, a formar personas que agraden al juez, a los organismos interdisciplinarios, al legislador o al Estado mismo.

12. Que, la resocialización, reforma o readaptación social, proclamadas como meta de la ejecución de la pena en los diversos textos de nuestro derecho vigente, es un proceso orientado a la legalidad. La circunstancia de que el condenado haya mejorado su educación, perfeccionado su instrucción, que trabaje, que haya mantenido contacto con sus familiares en pos de profundizar sus lazos de unión, es lo que la ley promueve y no el que la persona sea compelida a confesar, declarar contra sí misma o contra terceros, so pena de no poder postular siquiera a la libertad condicional.

13. Que, es más grave aún exigir que la confesión y colaboración eficaz -que éste Proyecto de Ley en su texto actual pretende forzar-, sea acreditada mediante la sentencia donde consten las atenuantes de los números 8º y 9º del artículo 11 del Código Penal, o bien, con un certificado que así lo reconozca expedido por el tribunal competente, pues en la práctica esto implica coaccionar a la persona sometida a proceso o acusada a denunciarse y/o a confesar declarándose culpable y/o a declarar respecto de terceros de una manera que satisfaga el interés del órgano persecutor. ¿Cómo esto puede ser compatible con los preceptos constitucionales referidos?, ¿Cómo esto puede coexistir con el principio de inocencia?, simplemente no es posible.

14. Aún más, ¿Qué sucede con las personas que firmemente defienden su inocencia?, ¿Se les vetará *a priori* su legítimo derecho a no declararse culpable de un acto, a no autoincriminarse o a pensar de una determinada manera, so pena de no poder acceder algún mecanismo que modificando la forma de cumplimiento de condena le permita reinsertarse en sociedad?

15. Que, la exigencia de colaboración sustancial relativa al esclarecimiento de los hechos establecida como atenuante, también es rechazable, no sólo por su subjetividad, sino también por su vaguedad e imprecisión: ¿Qué se entiende por antecedentes serios y efectivos?, ¿respecto de qué?, ¿de los hechos?, ¿de los hechos de la misma persona?, ¿de terceros?. Dicha subjetividad, pugna con la afirmación sustentadas en las consideraciones históricas, legales, doctrinales y jurisprudenciales, de que en nuestro ordenamiento jurídico la institución de la libertad condicional, y en consecuencia su otorgamiento, debe obedecer únicamente a criterios técnicos, dotando de objetividad al proceso y que hagan de su concesión una decisión carácter técnico, que debe prescindir de intervenciones discrecionales.

16. Que, no puede dejarse de considerar que las circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal se aceptan o rechazan en la sentencia definitiva conforme al mérito del proceso, siendo facultad del juez el otorgarlas o no, existiendo en la práctica múltiples situaciones en las cuales a pesar de haber incluso confesado y/o aportado antecedentes relativos al proceso, la atenuante no ha sido otorgada a la persona sujeta al proceso penal.

17. Tampoco es propio que lo decidido por el juez a este respecto deba incidir en la fase de ejecución de la condena, pues la persona ya ha sido castigada en mayor o menor intensidad en consideración precisamente a éstos elementos, que son propios del ámbito de la determinación de la pena. Este Proyecto de Ley busca extender a la esfera de la etapa de ejecución penal elementos propios del juzgamiento, lo que es de suyo inaceptable. La etapa

de la ejecución de la pena sólo debe orientarse a los objetivos de prevención especial, cuyo logro exitoso constituye la mejor defensa frente a la reincidencia.

18. Que, el exigir la concurrencia de atenuantes de responsabilidad penal resulta también desproporcional, pues tales requerimientos nada dicen relación con los fines preventivo especiales positivos de la pena. La corrección social del sujeto mira al futuro, está referida sólo a un ámbito externo prospectivo, y de ninguna manera puede instrumentalizar o pretender manipular al privado de libertad, menos para obtener información de él mismo o de terceros que satisfacción de los jueces, de los organismos interdisciplinarios o del legislador, sin atentar contra las bases del Estado mismo.

19. Que, las exigencias impuestas atentan además contra el principio de igualdad ante la ley establecido en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República, pues se trata de requisitos establecidos ad-hoc para que un grupo de personas específico, destinadas, precisamente, a que no puedan acceder a un determinado mecanismo de cumplimiento de condena, para dar a conocer al mundo que Chile se ha hecho cargo de una responsabilidad histórica, como se ha hecho público en la discusión parlamentaria, que no sólo consta en actas sino que también fue transmitida públicamente y en vivo; lo que lleva únicamente a concluir que este Proyecto de Ley -en la forma como fue aprobado- instrumentaliza a este grupo de personas, respecto de las cuales ya ha caído todo el rigor de la Ley. ¿Son estas personas sujetos u objetos del proceso penal?, ¿Son ellos sujetos u objetos de la actividad penitenciaria?, son preguntas que tienen simple respuesta a los ojos de cualquier observador razonable e imparcial.

20. Que, legitimizar el que se exija la concurrencia de atenuantes de responsabilidad penal (confesión y colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos) implica restablecer y legalizar las concepciones inquisitivas que ven en el privado de libertad un objeto y no un sujeto de derecho, en desmedro de su dignidad como persona humana.

21. Que, no puede instrumentalizarse al individuo en nombre de la resocialización, de la reforma o de la readaptación social de los privados de libertad, establecidas como fin de la de la pena y de la actividad penitenciaria en nuestro país, ni puede el Estado inmiscuirse en la mente ni conciencia del penado, para obtener de su parte en juicio una confesión o información propia o relativa a terceros, sin invadir su esfera de privacidad, constitucionalmente tutelada, menos, si se considera el hecho de que la prohibición de compeler a declarar de una determinada manera surte efectos en todas las etapas de la sede judicial, incluyendo la de ejecución de la pena.

22. Que, debemos reiterar, que el Estado no puede legislar la realización de actos que atenten contra derechos fundamentales de una persona, so pena de ser sometido a un trato diferenciado que le cause dolores o sufrimientos mentales graves, por cuanto los requisitos establecidos constituye un cuando menos, un trato cruel, inhumano y degradante, expresamente prohibido por nuestro ordenamiento jurídico.

23. En efecto, el Decreto N° 808 que promulga la Convención contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes señala expresamente en su artículo 1° que “... se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

24. Que, dicha definición se encuentra reproducida en el artículo 3 de la Ley N° 20968 que tipifica los delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes, mismo que agrega “ ... *Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente....*”

25. Que, mediante la exigencia de los requisitos establecidos en el articulado que hoy se impugna, justamente lo que se hace es infligir un sufrimiento adicional al que supone el juzgamiento y/o la condena misma, con el fin de obtener de ella información de ella o de un tercero y/o con el fin de obtener de ella una confesión, y/o intimarla o caccionarla con los mismos fines. Este sufrimiento no es consecuencia de una sanción legítima, pues los requisitos entran en juego desde antes de la dictación de la sentencia penal, así como tampoco es inherente o incidental a la sanción penal, sino que creado ad-hoc, reiteramos, para un grupo específico de privados de libertad.

26. Que, entender que es constitucionalmente procedente el exigir una confesión o una entrega forzada de información en términos indefinidos, en forma de las citadas atenuantes de responsabilidad penal para poder optar a la libertad condicional, es validar un trato cruel, inhumano y degradante, pues se trata de un acto por el cual funcionarios públicos u otras personas en el ejercicio de funciones públicas infligirá a una persona dolores o sufrimientos

graves, ya sean físicos o mentales, de manera intencional, con el fin de obtener de ella la información o confesión referida, o bien, con el fin de intimidarla o coaccionarla a ello.

27. Que, una ejecución de la pena que se aleje de sus fines de reinserción y exija a los privados de libertad, una conducta específica al enfrentar el proceso penal para la obtención de algún avance en el régimen de progresividad, desnaturaliza la relación que se debe dar entre individuo y Estado, por los preceptos constitucionales ya señalados.

28. Que, este mismo principio en materia de legislación sobre penas, ejecución de penas y las leyes que lo regulan ha sostenido en innumerables oportunidades esta misma Excelentísima Magistratura, en particular a propósito de los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 1º inciso 1º de la ley 18.216, señalando por ejemplo en causa Rol 4854-2018 que: *“...en consideración a diversos principios constitucionales, entre ellos el principio general de humanidad basado en el valor de la dignidad humana, y al hecho de que la pena es, básicamente, privación o restricción de derechos personales o de bienes protegidos por la norma jurídica, la acción punitiva del Estado no debe propender a infligir el mal por sí mismo o el mero sufrimiento de aquel miembro de la sociedad que infringió la ley. Por consiguiente, la opción de privar de libertad al ser humano debe adoptarse sólo si es estrictamente necesario y respecto de las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia. **Lo anterior permite entender por qué el legislador no puede prescindir, al establecer las reglas de punición de delitos, de la finalidad de reinserción social de los condenados, lo que implica el uso racional de la privación de libertad y la mejor protección de las víctimas...**”*.

29. Que, cabe reflexionar acerca de qué ocurre con el privado de libertad que hoy no cuenta con las atenuantes ni con información que se estime como suficiente a los ojos del juzgador, ¿Deberá ser excluido, aunque su pronóstico de reinsersocial social sea objetivamente favorable?, ¿No es la exigencia impuesta una medida que podría conducir incluso a una persona a autoinculparse durante el juicio penal o bien a inculpar a terceros con el fin de poder eventualmente cumplir el saldo de su condena en libertad condicional, aún cuando íntimamente no esté de acuerdo con ello? ¿No se violenta con ello también el proceso intelectual del individuo?.

30. Que, no hay dos lecturas. El mismo Instituto Nacional de Derechos Humanos al referirse a la posibilidad de incorporar como requisitos para el otorgamiento de la libertad condicional que digan relación con aspectos que ya fueron apreciados en la determinación de la condena señala “que el volver a considerarlos en esta etapa de la ejecución de la

pena parece un contrasentido, además una posible doble valoración”, agregando que “(...) por lo demás, lo decisivo en esta fase es la orientación a la reinserción social, y evitar la reincidencia, no volver a señalar algún tipo de reproche por el delito cometido.⁴⁶

2. SEGUNDO CONFLICTO CONSTITUCIONAL

El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato de los artículos 1; 5 inciso 2º; 6; 7, 19 N° 1 e inciso final; 19 N° 2; 19 N° 3 ; 19 N° 6; 19 n° 7 letra f) y; 26 de la Constitución Política de la República, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho, al solicitar como requisito para la postulación y otorgamiento de la libertad condicional el “ ... Haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares, específicamente, la frase *“arrepentimiento mediante una declaración pública”*, como se establece en la letra b) del artículo 3 bis del Proyecto de Ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que establece la libertad condicional para los penados. Boletín n° 10696-07 (s), así como también, los artículos 5 números 1, 2, 3 y 6; 8 n°2 letra g); 8 n° 3; 9; 11 n°1, 12 y; 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 7; 10 n° 1 y n° 3; 14 n° 3 letra g), 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

1. Que, como señalamos previamente, los mandatos de los artículos 1; 5 inciso 2º; 6; 7, 19 N° 1 e inciso final; 19 N° 2; 19 N° 3 ; 19 N° 6; 19 n° 7 letra f) y; 26 de la Constitución Política de la República, tienen su fuente y fundamento en la dignidad humana. Al constituirse ésta, en el valor supremo y en el principio jurídico que constituye la columna vertebral básica de todo el ordenamiento constitucional y ser fuente de todos los derechos fundamentales, irradia a todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.⁴⁷

⁴⁶ Boletín n° 10.696-07, aprobado por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 5 de septiembre de 2016 en sesión 320, página 11.

⁴⁷ En este sentido, Humberto Noguera expone que “(...) Las constituciones explicitan un aseguramiento genérico a la existencia de derechos esenciales lo que da lugar a un catálogo de derechos que no es taxativo y que se encuentra abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está conciente del desarrollo progresivo de los derechos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades esenciales del ser humano. La denominación utilizada de derechos “esenciales” o fundamentales, consideramos que explicita la prioridad axiológica y su esencialidad, respecto de la persona humana. Hay una sola fuente de la fundamentalidad de los derechos, su relación con la dignidad humana, ya que son expresión inmediata y positiva de la misma, constituyendo el núcleo básico irreductible e irrenunciable del status jurídico de la persona. Por otra parte, tal denominación denota el carácter de fundamento del orden jurídico y político de la convivencia en sociedad de tales derechos, constituyendo elementos básicos del ordenamiento jurídico. El criterio de fundamentalidad de los derechos es esencialmente material o sustantivo, dice relación con la dignidad humana, la libertad y la igualdad que son su fuente y con los ámbitos que posibilitan la existencia y el desarrollo del ser humano. Nogueira Alcalá, Humberto. “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en Revista Ius et Praxis, volumen 9 N°1, Universidad de Talca, 2003.

2. Que, entonces, de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida, aún cuando esté privada de libertad, que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la materia en análisis, el derecho a la integridad física y psíquica, a la libertad de conciencia y a la igualdad ante la ley, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos.⁴⁸
3. Que, en razón de lo anterior, la dignidad humana se constituye en una barrera o límite inmanente a todo acto, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla.
4. La dignidad del ser humano es el *minimum* invulnerable que todo ordenamiento jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna. La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, y tiene, incluso, un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que contravenga o ignore dicha dignidad.⁴⁹
5. Que, en tal orden de ideas cabe recordar, por ser base del sistema constitucional imperante en Chile, la dignidad humana es el principio capital de la Constitucional Política de la República, cualidad de ser humano que lo hace acreedor siempre a un trato de respeto, porque ella es la fuente de los derechos esenciales y de las garantías destinadas a obtener que sean resguardados⁵⁰ y que en armonía entre lo preceptuado en el artículo 1º y 5º inciso 2º de nuestra Constitución, los órganos públicos en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetarlos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos.⁵¹
6. Que, al igual que en el caso anterior, y como ha sido demostrado al analizar la historia de la institución de la libertad condicional y sus fines, no puede dejar de reiterarse que la reinserción social es una finalidad implícita que se extrae de la Constitución Política de la República por las razones que hemos expuesto en el apartado previos de este requerimiento, así como tampoco, puede dejar de reiterarse, que de ello fluye que la pena no puede trascender de la persona del condenado, atentando su dignidad y derechos.⁵²

⁴⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional, de 26 de junio de 2008, Rol N° 976, considerando vigesimotercero.

⁴⁹ Noguera Alcalá, Humberto. "La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos", en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, volumen 13, N° 1, 2006.

⁵⁰ Tribunal Constitucional, Rol N° 389 - 2003, considerando 17°.

⁵¹ Tribunal Constitucional Rol N°1218-08-INA, considerandos 17° y 18°.

⁵² No debe olvidarse que la institución de la libertad condicional es una medida de gran importancia para conseguir una adecuada reinserción social del condenado y constituye la última etapa del sistema carcelario progresivo, en cuanto período de pre-libertad definitiva, cuyo objetivo primordial ha de ser facilitar el difícil período de transición de la vida carcelaria a la existencia ordinaria fuera de la prisión, con miras a la efectiva reinserción social del penado.

7. Que, en atención a la historia y a los fines de la institución de la libertad condicional en nuestro país, a los que ya nos referimos, se reitera la afirmación de que a nivel interno la reinserción social es una finalidad implícita que se extrae de la Constitución Política de la República, al consagrar el en su artículo 1º de manera central a la dignidad humana dentro de las Bases de la Institucionalidad, lo que también se desprende de los artículos 5º y 19 de la misma ⁵³ y que por ello, la pena no puede trascender de la persona del condenado ni afectar su dignidad, ⁵⁴ lo que también es mandado por los artículos 5 nº 6 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como también, en múltiples instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos vinculados a las personas privadas de libertad, que dicen relación principalmente con la prohibición de la tortura y el no menoscabo de la dignidad humana, dentro de los cuales se encuentran Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad o Reglas de Tokio de 1990, La Convención Mandela, sobre Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, Los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas de 2008, entre otras, que se refieren expresamente a la obligación de respetar los derechos humanos reconocida a toda persona, a la reforma y la readaptación social de los condenados como finalidad esencial de penas privativas de la libertad, al deber de tratar con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano a toda persona privada de libertad y, a la prohibición de someter a cualquier persona a torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

8. Que, de este modo, resulta constitucionalmente atentatorio de la dignidad de los privados de libertad, así como también, de su integridad psíquica y libertad de conciencia, el exigirles arrepentimiento en la última etapa de su proceso de reintegración a las sociedad, pues ello, corresponde a un estado afectivo del ánimo, propio de la psique del ser humano, difícilmente escrutable, perteneciente al fuero íntimo de la persona, y que no puede imponerse coactivamente. El proceso racional, reflexivo, la elaboración intelectual del ser humano propio del fuero interno de la persona, constituye el núcleo central y básico de su

⁵³En este sentido. Sepúlveda Crerar, Eduardo. "Los Fines de las Penas", apuntes de cátedra, Derecho Penal Parte General I, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2011., quien se refiere a los fines implícitos de la pena en la Constitución Política de la República señalando que la reinserción social es la finalidad implícita que la Constitución Política de la República de Chile asigna a las penas. Ello se puede desprender inequívocamente de las siguientes disposiciones: Artículo 1º *El Estado se encuentra al servicio de la persona humana*; artículo 5º. *La soberanía tiene límites en el respeto a los derechos fundamentales*; artículo 5º inciso 2º. *Los tratados internacionales forman parte del ordenamiento jurídico interno* y artículo 19. En su opinión, la pena afecta garantías constitucionales. Por ello debe estar limitada en su establecimiento, imposición y ejecución, haciendo presente la prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes.

⁵⁴ Cabe considerar que toda la legislación nacional e internacional aplicable en la materia señala de manera unánime que las personas privadas de libertad no pierden con la sanción nada más que su libertad ambulatoria. Siguen siendo personas iguales al resto, en todos los restantes ámbitos del quehacer jurídico y, por ello, deben considerarse titulares de la misma dignidad y derechos que un ciudadano libre. Así lo dispone, por lo demás, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y así, lo señala expresamente el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios q en su artículo 2º que dispone que "(...) el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres."

personalidad, que tiene un carácter inviolable, y esta protegido de todo tipo de interferencias, especialmente estatales⁵⁵.

9. Que, la conciencia constituye con el individuo una unidad indisoluble, la persona "es" tal con su conciencia, de ahí que se protege la libertad de la misma. El exigir a una persona el manifestar su arrepentimiento mediante una declaración pública, afecta a la libertad de conciencia, en circunstancias que por mandato constitucional no caben intromisiones de ninguna especie que pretendan violentarla. Sin duda alguna, el Estado está imposibilitado de penetrar en este ámbito, pues garantizando esta libertad el Estado constitucional democrático se legitima, entonces ¿Cuál sería la legitimidad de un Estado que no permitiese ser a la persona ella misma? ¿Qué derecho protegería un Estado que no asegura el contenido esencial y básico de la personalidad humana?⁵⁶.

10. Que, la exigencia establecida en la letra b) del artículo 3 bis del Proyecto de Ley materia de este requerimiento resulta ser, igualmente, absolutamente subjetiva y discrecional, y está mas allá de los fines preventivo especiales positivos de la pena. La corrección social del sujeto está referida sólo a un ambito externo prospectivo, a que en el futuro se adecue al ordenamiento penal, pero en modo alguno la resocialización puede pretender manipular la personalidad del condenado con el fin de obtener su arrepentimiento.

11. Que, lo anterior, por cierto, excede los limites del campo de acción legítimo del Derecho Penal y del tratamiento penitenciario, que debe y está, orientado a un postulado de readaptación social, es decir, que el interno adquiera aquella aptitud de comprender y respetar las normas para su inclusión y posterior convivencia de manera pacífica con el resto de la comunidad, pero en nada debe estar dirigido a propugnar un cambio de personalidad, o si se quiere, a formar personas mas buenas que agraden al juez, a los organismos interdisciplinarios, al legislador o al Estado mismo.

12. Que, la resocialización, reforma o readaptación social, proclamadas como meta de la ejecución de la pena en los diversos textos de nuestro derecho vigente, entre ellos, el mismo Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (DL 518) y la Ley Organica de Gendarmería de Chile (Ley N° 2859), es un proceso orientado a la legalidad y no a la moralidad. La circunstancia objetiva de que el condenado está dotado de recursos y medios que le permitirán afrontar exitosamente su regreso a la comunidad, es lo que la ley promueve y no el que la persona regrese a la sociedad como un ser más elevado moralmente. El brindarle las herramientas que le permitan en el futuro adecuar su

⁵⁵ Noguera Alcalá, Humberto. "La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno", en Revista Ius et Praxis, volumen 12 n°2, Universidad de Talca, 2006.

⁵⁶ Noguera Alcalá, Humberto. Op. Cit.

comportamiento a ciertas normas que se estiman elementales para la convivencia, no tienen relación ni proporcionalidad alguna con la utilización de la perspectiva moral del privado de libertad frente al delito para desfavorecerlo.

13. Que, no existen dudas al respecto: el tratamiento penitenciario se halla dirigido u orientado a que el condenado no vuelva a cometer un delito; el fin de la pena no es quitar o despojar al ser humano del libre albedrío ni de su dignidad. Una cosa es conducir al privado de libertad a no delinquir más, y otra es pretender hacerlo bueno interiormente, objetivo, que no encuentra asidero legal alguno.

14. Que, como ya señalamos, la reinserción no implica la modificación de la personalidad del condenado y, por ende, la ausencia de arrepentimiento, como una forma de autonegación de la propia responsabilidad en relación con un ilícito no es un índice de peligrosidad, sino de conformación moral que escapa al ámbito de la represión penal estatal, y con mayor razón a la última etapa de la ejecución de la pena resocializadora. De ahí que la aceptación del penado en la responsabilidad del delito o lisa y llanamente el arrepentimiento no es una meta que esté trazada, o deba imponerse en la etapa de la ejecución de la pena. El que el condenado se arrepienta o admita su delito es algo que no se puede exigir sin invadir, sin lugar a duda, la esfera de privacidad de las personas, constitucionalmente tutelada. Lo que ocurra en el interior de la mente del privado de libertad claramente escapa al Estado.

15. Que, además, del análisis del contenido del derecho constitucional a no ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable ya referido, se arriba rápidamente a la conclusión de que nadie está obligado a reconocer lo que no cree que es.⁵⁷ Por ello, el arrepentimiento del penado respecto del delito cometido jamás puede ser utilizado como causal para denegar derechos legalmente reconocidos, o derechamente para violar derechos constitucionales reconocidos de manera efectiva.⁵⁸

16. Que, implementar este tipo de condición, requisito, o cómo quiera denominársele, implica en la práctica, coaccionar a la persona a asumir el reconocimiento de su delito o declararse culpable en una etapa posterior a la cual el poder punitivo del estado ha accionado, lo que de suyo no procede, ello, sin considerar además, que la prohibición de compeler a declarar o reconocer culpabilidad y sus consecuencias no sólo surte efectos en sede judicial (en todas sus etapas), sino también en la etapa de ejecución de la pena.

⁵⁷ Ello, por el solo hecho de que la autonegación forma parte de la esfera íntima de la persona privada de libertad, estándole vedado a las autoridades violar dicha esfera, pues, pensar lo contrario, sería obligar a una persona a declararse culpable (declarar en contra de sí mismo), lo que está prohibido constitucionalmente e internacionalmente.

⁵⁸ Utilizar este fundamento, implicaría en la práctica, la exigencia de que toda persona asuma el reconocimiento de su delito (se declare culpable), como paso previo para poder acceder a beneficios estipulados legalmente, vulnerándose con ello la garantía de que nadie puede ser obligado a declarar contra si mismo ni a declararse culpable.

17. Que, el legislador no puede imponer coactivamente la realización de actos que atenten contra la propia *psique* a una persona por el hecho de estar privado de libertad, so pena de ser sometido a un trato diferenciado que le cause dolores graves (físicos o mentales), por cuanto, toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Es una realidad indiscutida que la dignidad de la persona humana es una cualidad intrínseca y distintiva de todo individuo, que lo hace merecedor del mismo respeto y consideración por parte del Estado y de la comunidad, y que de ella emanan derechos y deberes fundamentales que aseguran a toda persona, sin distinción, protección contra todo y cualquier acto degradante o deshumanizado, y que velan por garantizarle las condiciones existenciales mínimas para una vida física y psíquica saludable.⁵⁹

18. Que, la exigencia establecida en la letra b) del artículo 3 bis del Proyecto de Ley materia de este requerimiento, también corresponde a una forma de trato cruel, inhumano y degradante, al menos, pues el no suscribir la citada declaración pública, significará en los hechos que el privado de libertad sea objeto -por parte de funcionarios públicos o por parte de personas en el ejercicio de funciones públicas- de acciones o medidas reales y ciertas: sea vedarles *a priori* su posibilidad real de hacer ejercicio de un legítimo derecho o beneficio (sea como quiera considerarse a la institución de la libertad condicional), o sea, derechamente vedarles la posibilidad de obtenerlo, lo que sin duda alguna implica infligir con pleno conocimiento, dolores o sufrimientos mentales graves a un grupo específico de penados, con el fin de que digan o ejecuten algo, de coaccionarlos o intimarlos a ello, o bien, para intimidarlos o castigarlos nuevamente por el acto que ha determinado su privación de libertad.⁶⁰

19. Que, una ejecución de la pena que aspire a algo más que a ofrecer posibilidades y exija de los internos una muestra de su conversión moral, se funda igualmente en una errónea comprensión acerca de la relación que se debe dar entre individuo y Estado; y parte además, de la afirmación -ya desvirtuada por la sociología criminal y la psicología-, de que la pena de encierro resocializa, cuando en realidad lo único que puede entenderse encaminado al logro de ese fin es el trato y las herramientas que se le brindan a la persona privada de libertad durante su estadía en prisión, para que en el futuro pueda desenvolverse dentro de ciertos parámetros de comportamiento socialmente aceptables. Este esquema no

⁵⁹ Sarlet, Ingo Wolfgang, en Noguera Alcalá, Humberto. "*Dignidad de la persona, derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos y control de convencionalidad*". Ob, Cit.

⁶⁰ Lo que se desprende del texto del artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, promulgada y publicada en Chile en el año 1988, que dispone: 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.

se basa en la perspectiva moral del condenado frente al delito, sino sólo en el análisis de los recursos de los que disponga, tanto internos como externos, para poder afrontar exitosamente su regreso a la comunidad, por lo cual su disposición mental interna no puede ser utilizada para desfavorecerlo.

20. Que, desde un punto de vista práctico, cabe preguntarse qué ocurre con el privado de libertad que siempre ha alegado inocencia y está convencido de ella, pese a la sentencia condenatoria dictada en su contra. Como no se considera culpable ¿deberá quedar al margen, aún cuando satisfaga los requisitos generales y presente aptitudes positivas para su reinserción social? Por otra parte, nada costaría efectuar tal declaración o suscribir un documento con tal de cumplir con el requisito, aún cuando la persona íntimamente no esté de acuerdo con ello, pues su fuero interno jamás podrá ser totalmente desentrañado, pero no sería extraño encontrarlos incluso en la situación de que habiendo una persona efectuado la referida manifestación se diga que lo ha hecho con el sólo fin de ejercer un derecho o beneficio, como ha sucedido en múltiples casos.

21. Que, pensar que la exigencia o requisito impuesto -de manera copulativa al requisito o exigencia establecidos en la letra a) del mismo artículo 3 bis-, es constitucionalmente procedente, resulta además lesivo del principio de derecho penal de acto y de la máxima "*nemo tenetur se ipsum*", lo que significa literalmente que nadie puede representarse a sí mismo como culpable o como transgresor, principio este último, que indefectiblemente debe regir durante todo el proceso penal, al cual ineludiblemente se encuentra adosada la etapa de ejecución de la pena privativa de libertad, pues esta tercera instancia judicial no es independiente ni aislada de las restantes.

22. Que, en síntesis, con sustento en el relato y fundamentaciones formuladas, no quedan dudas de que no es constitucionalmente posible exigir al penado haber manifestado su arrepentimiento mediante una declaración pública que signifique una condena inequívoca a los hechos y conductas por las cuales fue condenado y por el mal causado a las víctimas y a sus familiares como presupuesto adicional para acceder a la libertad condicional.

23. Que, no resulta admisible que en nombre de la resocialización, la disminución de la peligrosidad o el mejoramiento del penado, se impongan creencias o valores, ni que se le infrinjan tratos crueles, inhumanos o degradantes. Si, el objetivo principal de la pena privativa de libertad es lograr la reinserción del condenado, el Estado no puede valerse de cualquier medio que termine siendo violatorio de derechos que no han sido afectados por la condena y mucho menos aún, tratar de sobrepasar los límites de las facultades que les da la Constitución.

24. Que, finalmente, debe reiterarse que la dignidad humana en la cual el derecho a la libertad de conciencia encuentra su fundamento, se constituye en una barrera o límite inmanente a todo acto, que pretenda desconocerla, suprimirla, degradarla o desnaturalizarla. La dignidad del ser humano es el *minimum* invulnerable que todo ordenamiento jurídico debe asegurar y garantizar, sin que nunca pueda legitimarse un menosprecio del ser humano como persona digna. La afirmación constitucional de la dignidad humana constituye un enunciado constitucional de eficacia directa y de aplicabilidad inmediata, y tiene, incluso, un efecto anulatorio o invalidatorio de toda norma que la contravenga o ignore.⁶¹

3. CONSIDERACIONES COMUNES EN RELACIÓN A LOS CONFLICTOS CONSTITUCIONALES INDICADOS EN LOS NUMEROS 1 Y 2 PRECEDENTES.

1. Que las exigencias establecidas en las letras a) y b) del artículo 3 bis del Proyecto de Ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que Establece la Libertad Condicional para los penados. Boletín N° 10696-07 (S), se añaden a los existentes para otorgar la libertad condicional de manera copulativa.

2. Que, de lo anterior, fluye que la intención de que su incorporación es que no se otorgue la libertad condicional a un tipo específico de privados de libertad en base a exigencias que resultan totalmente alejadas de los procesos de rehabilitación, en los que deben realizarse los fines de la prevención especial asignados a las sanciones penales, especialmente privativas de libertad.

3. Que, si bien, en algunos sectores de opinión se estima que el otorgamiento de libertad condicional a dichos privados de libertad significaría en cierto sentido la impunidad de los hechos y por ello habrían de establecerse requisitos mucho más severos que los comunes conducentes a restringir al mínimo la posibilidad de obtenerla, implica avalar la instrumentalización de dichos privados de libertad y atentar contra su dignidad propia en cuanto seres humanos, especialmente, cuando es de notorio y público conocimiento que los delitos por los cuales cumplen condena no han permanecido sin investigación ni sanción, en consecuencia, no hay impunidad alguna.⁶²⁻⁶³

⁶¹ Noguera Alcalá, Humberto. “La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, volumen 13, N° 1, 2006.

⁶² En este sentido, vid.: Gabriel Zaliasnik quien señala “no es cierto que la concesión de una libertad condicional implique impunidad, sino que es justo lo contrario: libertad condicional es esencialmente un cumplimiento de la condena y su concesión es necesaria dentro de nuestro sistema”. Intervención del 5 de septiembre de 2018.

⁶³ A mayor abundamiento, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (que devela la opinión del Sistema Regional e Internacional de DDHH) existe impunidad o se genera alguna forma de impunidad cuando: hay inactividad de los órganos estatales, entendida como la falta en su conjunto de investigación y atribución de responsabilidades; falta de tipificación de la desaparición forzada de personas en el ámbito interno; existe ocultamiento de evidencia por parte del Estado; prescriben totalmente las acciones civiles y penales (aceptándose la media prescripción);

4. Que, las exigencias establecidas en las letras a) y b) del artículo 3 bis referido, significará, en muchos casos, la imposibilidad de acceder al derecho a la libertad condicional de modo genérico, sin mediar consideración de las circunstancias individuales de cada privado de libertad.
5. Que, si la libertad condicional es, de acuerdo al artículo 1° del Decreto Ley 321, un derecho para el privado de libertad que demuestre estar rehabilitado y corregido para la vida social, o bien, a partir del Presente Proyecto de Ley, un beneficio, que actúa como medio de prueba de que una persona condenada a una pena privativa de libertad, demuestra, al momento de postular a este beneficio, avances en su proceso de reinserción social, la introducción de las exigencias antes señaladas no garantizarán, en modo alguno, una mayor rehabilitación del condenado pues son impuestas de manera forzada, y junto a ello, desnaturalizarán la función penitenciaria y los objetivos de la pena.
6. Que, en efecto, no hay mayores ni mejores fines de rehabilitación social que podrían ser alcanzados merced a la satisfacción de las exigencias o requisitos postulados, que, como ya se ha señalado, no se relacionan directamente con el comportamiento en prisión de los privados de libertad ni sus aptitudes objetivas para integrarse a la comunidad.
7. Que, por el contrario, validar las exigencias o requisitos a los que ya nos hemos referido, implican en la práctica forzar a una persona a declarar en su contra o contra terceros en juicio, con la esperanza de que el juez pueda eventualmente reconocerle alguna de las atenuantes exigidas, a fin de que eventualmente su actual posibilidad de acceder a la libertad condicional deje de ser incluso una posibilidad.
8. Que, las citadas exigencias constituyen además un doble castigo, que se suma al ya aplicado mediante la pena privativa de libertad. Ello está prohibido por el sistema Universal e Interamericano de DDHH, del que Chile es parte, porque la sanción penal es en sí misma el castigo; punición que no puede extenderse eternamente porque convierte en ilegítima y arbitraria la capacidad punitiva del Estado.
9. Que, las expresiones respecto a las cuales se solicita el pronunciamiento de este Excmo. Tribunal, son regresivas y evidencian, que respecto de un grupo específico de personas, la

hay falta de imparcialidad, entendida como el Juzgamiento llevado a cabo por Tribunales Militares y Policías Nacionales y; cuando opera el indulto sin previa investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y eventual condena del responsable. Para mayores antecedentes Vid. Dondé Matute, Javier. "El Concepto de Impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

ejecución penitenciaria tiene de un enfoque exclusivamente retributivo e inocuizador, que no es receptivo a las peculiares características del interno o a sus posibilidades reales de reinserción,⁶⁴ enfoque que promueve un sistema en que el uso de la cárcel es instrumentalizado y que es contrario a la Constitución Política de la República y totalmente desaconsejado en la totalidad de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que existen sobre la materia⁶⁵.

10. Tanto es así, que el manual de buena práctica penitenciaria del Instituto Interamericano de Derechos Humanos señala expresamente que es conveniente la adopción -sin distinción- de medios para asegurar al recluso un retorno progresivo a la vida en sociedad, con un régimen preparatorio para la liberación o mediante una liberación condicional bajo vigilancia (Reglas 6 y 60).⁶⁶

11. Que, finalmente, se solicita igualmente se declare la inconstitucionalidad de aquellas normas que se encuentren tan ligadas a los preceptos impugnados, que por sí solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes, de acuerdo a lo señalado por este Excmo. Tribunal Constitucional a partir de la sentencia en autos Rol N° 276-98 donde expone "... que declarado por el Tribunal que un determinado artículo de un proyecto es inconstitucional, igualmente lo son aquellas normas del mismo que se encuentran tan ligadas con aquél, que por si solas carezcan de sentido, se tornen inoperantes o dada la íntima conexión entre sí, se pueda presumir razonablemente que los órganos colegisladores no las hubieran aprobado (.) A este respecto resulta ilustrativo lo que expresa Coolley, citado por Alejandro E. Ghigliani, en su obra *Del Control de Juridicidad Constitucional*: "Si cuando, eliminada la parte inconstitucional, la que subsiste se completa por sí y puede ser ejecutada conforme a la intención aparente de la legislación con presciencia completa de la parte que se suprimió, debe ser mantenida. Pero si la ley tuviere por fin lograr un propósito único, y algunas de sus reglas carecieren de validez, el todo debe caer, a menos que la otra parte fuere suficiente por sí sola para realizar el objeto propuesto; ahora, si ellas estuviesen tan ligadas entre sí, que dependieran unas de

⁶⁴ Oficio N° 138-2016 de 28 de septiembre de 2016, Informe Proyecto de Ley N° 42-2016.

⁶⁵ Reiteramos, en el ámbito internacional, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone, sin distinción de ninguna especie, en su artículo 10 que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados, lo que también se encuentra regulado en el mismo sentido en el artículo 5 n°6 de la Convención Americana de Derechos Humanos que señala que "Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". La regulación específica internacional en materia carcelaria está dada por resoluciones de organismos internacionales, como son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente en 1955; los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas, los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en marzo de 2008, instrumentos que consagran el deber de adoptar medidas para la protección de los internos y de su reinserción en sociedad, las que no hacen diferencias en razón del delito por el cual la persona está condenada.

⁶⁶ Para mayores antecedentes Vid.: "*Manual de Buena Práctica Penitenciaria. Implementación de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos*", Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.

otras como condiciones, motivos determinantes o compensaciones, a punto de dar base a la creencia de que la legislatura las sancionó con la intención de que formaran un todo, y que, si el todo no pudiera cumplirse, entonces la legislatura no habría sancionada la parte remanente en forma aislada, cuando alguna de sus partes son inconstitucionales, todas las reglas que de tal forma estén dependiendo, condicionadas o ligadas entre sí deben caer con aquéllas."

4. TERCER CONFLICTO CONSTITUCIONAL

El legislador habría excedido su competencia, vulnerando el mandato de los artículos 1º, artículo 5 inciso 2º, artículo 6º, artículo 7, artículo 19 nº 2, artículo 19 nº 3 y 26 de la Constitución Política de la República, contraviniendo las bases en que se funda el Estado de Derecho, al señalar que "Este decreto ley regirá desde su publicación en el Diario Oficial", como se establece en el artículo 12 del Proyecto de Ley que sustituye el Decreto Ley N° 321 de 1925 que establece la libertad condicional para los penados. Boletín n° 10696-07 (s); específicamente, las letras a) y b) del artículo 3 bis, sumadas a la expresión "regirá desde", sumadas a la inexistencia de una norma transitoria en el Proyecto de Ley relativa a los efectos de la ley en el tiempo, se traduce en una aplicación *in actum* de los preceptos impugnados, lo que implica un vicio de constitucionalidad en el caso concreto, en relación con los artículos 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 n° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que consagran el principio de la irretroactividad de la ley más gravosa al penado.

1. Que, al respecto, cabe hacer presente que la retroactividad desfavorable y su prohibición en el ámbito del Derecho penal, es estudiada por casi la totalidad de la doctrina como una garantía integrada en el principio de legalidad penal, en atención al hecho de que la retroactividad o irretroactividad de las leyes interesa de forma esencial a los límites del *ius puniendi*.

2. De acuerdo a Roxin, "la prohibición de retroactividad goza de una permanente actualidad político jurídica por el hecho de que todo legislador puede caer en la tentación de introducir o agravar *a posteriori* las previsiones de pena bajo la impresión de hechos especialmente escandalosos, para aplacar estados de alarma y excitación políticamente indeseables. Pues bien, impedir que se produzcan tales leyes *ad hoc*, hechas a la medida del caso concreto y que en su mayoría son también inadecuadas en su contenido como consecuencia de las emociones del momento, es una exigencia irrenunciable del Estado de Derecho."⁶⁷

⁶⁷ Claus Roxin, "Derecho Penal, Parte General". Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1997, página 161.

3. Que, el principio de legalidad impone al legislador penal la prohibición de dictar (promulgar) leyes de carácter retroactivo y aquí es donde la dimensión política del principio de legalidad cobra una importancia fundamental, ya que, si se permitiera dar eficacia hacia atrás a las leyes penales, el ciudadano no sólo no estaría en disposición de conocer el alcance, significado y consecuencias de la regulación jurídico-penal de su conducta, sino que los poderes del estado no se pondrían límites temporales al diseño de su política criminal.

4. Que, si bien se discute si esta prohibición alcanza a las normas procesales, a determinados aspectos de las medidas de seguridad y, a las normas de ejecución penal, a fin de clarificar el alcance de la prohibición en el ámbito de la pena de prisión y su cumplimiento o ejecución, es necesario analizar el fundamento y la formulación constitucional y legal de esta prohibición.

5. Que, en este sentido, la doctrina penal, en general, dedica unas pocas líneas a determinar qué entiende por pena a los efectos de esta prohibición, y considera expresamente protegida por la prohibición de retroactividad a la clase y la cantidad de pena o hace directamente referencia a la gravedad de las penas, ya sean las penas de nueva creación, ya sea que, debido a la sucesión de leyes en el tiempo, se agraven las anteriormente existentes⁶⁸

6. Pero algunos autores se han detenido un poco más en el análisis del tema. Felipe Ruiz Antón expresa que la garantía de irretroactividad, en lo que respecta específicamente a la pena, alcanza a la previa determinación de la misma en todos sus aspectos y a los diferentes extremos de su fundamentación, agravación y extensión, pero que esta consideración no agota las exigencias constitucionales, ámbito que se encuentra protegido por el artículo 9º nº 3 de la Constitución Española que señala: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”⁶⁹, y que por ello, debe incluirse en la prohibición de retroactividad de la ley penal todo otro requisito que no opere como fundamento del delito o de la pena, pero que incida en ellos de manera distinta. Entre ellos incluye ciertos presupuestos materiales y personales, tanto en la fase de determinación judicial, como de medición, aplicación y

⁶⁸ Por ejemplo, Jakobs, Günter. “Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación”. Editorial Marcial Pons, Madrid., 1995, Claus Roxin, Op. Cit. Página 140 y ss., Mir Puig, Santiago. “Derecho Penal Parte General”, 10ª Edición, Editorial Reppertor, 2011, página 63 y ss.

⁶⁹ Considera que este ámbito se encuentra protegido por el artículo 9º Nnº 3 de la Constitución Española que señala: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Ruiz Antón, Felipe. “El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia”, en Revista del Poder Judicial, número especial VI: Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, 1989.

ejecución de la pena, y así sucede con la inclusión de nuevos y más gravosos elementos de la concesión de la condena condicional o la libertad condicional.

7. Que, también extienden expresamente la prohibición de retroactividad al cumplimiento de la pena⁷⁰ Manuel Cobo, Javier Boix y Manuel Quintanar, para quienes la prohibición de retroactividad debe entenderse referida al quantum, modo o forma de cumplimiento de la pena, y conectan tal exigencia con el artículo 25 n° 1 de la Constitución Española que señala que “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”, indicando que no debe olvidarse que la condena se establece en función de la acción u omisión.

8. Que, opina en el mismo sentido Eugenio Zaffaroni⁷¹, quien sostiene que la prohibición de retroactividad alcanza al cumplimiento parcial de la misma, a las previsiones sobre condena condicional, e incluso a las consecuencias procesales. también lo entiende Eliseo Frígols⁷², señala que la prohibición de retroactividad de la pena debería alcanzar incluso el ámbito penitenciario en la medida en que se produzca un empeoramiento del régimen, que es en lo que al fin y al cabo se concreta la sanción de privación de libertad y entiende que el punto de conexión debe ser también el momento de comisión de los hechos.

9. Que, concuerdan con ello, Dino Caro y Rosario de Vicente quienes postulan que “la garantía de ejecución está referida a la fase de ejecución que debe regirse imperativamente también por el principio de legalidad. Si el destino final de las normas es ser aplicadas, ejecutadas, la garantía de ejecución impone que solo del modo en que aparece regulado en la ley, se pueden cumplir las penas y medidas de seguridad. Esta garantía conlleva el que las leyes de ejecución han de recoger las garantías, derechos fundamentales y libertades públicas consignadas”.⁷³

10. Que, por su parte, Roy Murillo también considera que el artículo 25 de la Constitución Española ya referido, alcanza a la ejecución de la pena y el régimen penitenciario, porque aun cuando se considere que la lectura no es tan específica, la vinculación es necesaria desde una interpretación integral, considerando los principios generales del Derecho. Entiende que “lo contrario sería una autorización ilimitada al Estado para someter al preso, modificando el contenido de la pena privativa de la libertad a su antojo: una invitación

⁷⁰ Cobo Del Rosal, Manuel y Boix Reig, Javier. “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”, en Comentarios a la Legislación Penal, Tomo I, Editorial Endersa, Madrid, 1982, página 216; Cobo Del Rosal, Manuel y Quintanar Diez, Manuel. “Comentarios al Código Penal I”, Editorial de Derecho Reunidas S.A., 1999.

⁷¹ Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. “Derecho Penal Parte General”, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2002, página 121.

⁷² Frígols I Brines, Eliseu. “Fundamentos de la sucesión de leyes en el Derecho penal español. Existencia y aplicabilidad temporal de las normas penales”, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004, página 368.

⁷³ De Vicente Martínez, Rosario. “El principio de legalidad penal”, Editorial Tirant lo Blanch, 2004, página 35; Caro Coria, Dino. “Sobre el principio de irretroactividad de la ley penal penitenciaria perjudicial al condenado”, en Revista General de Derecho Penal, N° 1, año 2004, página 2.

abierta a la arbitrariedad y al terror del Estado contra un sector altamente vulnerable, que ya con el encierro se encuentra bajo dominio y prácticamente sin posibilidad alguna de defensa.”⁷⁴

11. Que, la libertad, y consecuentemente su privación, es graduable en cuanto a su intensidad y, como consecuencia de ello, la afflictividad de su privación, su gravedad, puede ser mayor o menor, no sólo atendiendo a la cantidad de pena con que se amenaza la comisión del delito o el tiempo que se impone en caso de cometerlo, sino también atendiendo a su modo de cumplimiento. No puede afirmarse que es igual de grave estar internado de forma ininterrumpida en un centro penitenciario, que tener la posibilidad de obtener la libertad condicional después de transcurrido cierto tiempo de cumplimiento en el establecimiento penitenciario, aunque se siga sometido a determinadas condiciones, controles y reglas de conducta.⁷⁵

12. Que, definir qué elementos afectan a la gravedad de la pena de prisión resulta determinante a los efectos de precisar el alcance de la prohibición de retroactividad, y se encuentra en abierta contradicción con aquellas posiciones que sostienen que la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables en el ámbito de la pena alcanza sólo a la clase de pena y a la magnitud de la escala prevista para el delito de que se trate. Se debe ir más allá y amparar con esta prohibición la forma de cumplimiento prevista por la ley en el momento de la comisión del hecho, es decir, la gravedad real, la específica afflictividad en la que se puede concretar la pena de prisión.⁷⁶

13. Que, si a los efectos de determinar el alcance de la prohibición de retroactividad, en el ámbito de la pena, se afirma que se incluye la clase de pena prevista para el delito y el marco penal establecido, como se propone desde las posiciones más restrictivas, podrían aparecer dudas acerca de si quedan fuera del ámbito de la prohibición de retroactividad todos los preceptos que regulan la concreción legal del marco penal, los que regulan la determinación de la pena en sentido amplio (suspensión o sustitución de la pena), y, bastante más claramente, las normas que regulan su cumplimiento y ejecución, posibilidad que no puede sostenerse.⁷⁷

14. Que, en la fase de imposición y aplicación de la pena (o de determinación) pueden diferenciarse dos momentos sucesivos, el primero de determinación de la pena en sentido estricto, en el que conforme a una serie de reglas se determina el marco penal

⁷⁴ Murillo Rodríguez, Roy. Tesis doctoral: “*Modernas tendencias en Derecho Penitenciario: las propuestas del “Derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español*”, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, junio de 2009, página 253 y ss.

⁷⁵ Barber Burusco, Soledad. “*Alcance de la prohibición de retroactividad en el ámbito de cumplimiento de la pena de prisión*”, Colección Monografías de Derecho Penal, Editorial Dykison, 1ª Edición, Madrid, 2014, página 83.

⁷⁶ Barber Burusco, Soledad. Op. Cit. Página 84.

⁷⁷ Barber Burusco, Soledad. Op. Cit. Página 84.

concretamente aplicable y el segundo, el de individualización o determinación de la pena en sentido amplio, y una vez cuantificada la pena concreta en principio aplicable. Sin ninguna duda, todos los criterios establecidos normativamente para la individualización de la pena (tanto en sentido estricto como en sentido amplio) determinan la concreta gravedad de la pena que se imponga a un individuo como consecuencia de la comisión de uno o varios delitos.

15. Para aquellos casos en que la pena de prisión impuesta se cumple efectivamente y atendiendo al hecho de que las condiciones de su cumplimiento hacen sin duda más o menos intenso el sufrimiento que esta pena implica, poca discusión puede haber en torno a que las condiciones de cumplimiento afectan a la concreta gravedad de la pena a la que el condenado se verá sometido. Los preceptos que determinan la mayor o menor restricción de la libertad que el cumplimiento de la pena conlleva, son, al menos, los que regulan la clasificación de grado de tratamiento penitenciario y, como consecuencia, el régimen disciplinario, los que determinan los criterios de progresión en el grado de cumplimiento y los que determinan las condiciones para acceder a determinados beneficios penitenciarios y a la libertad condicional.

16. Que, sobre este punto y en particular, sobre la aplicación del principio de legalidad a la etapa de ejecución de las penas o el denominado derecho penal ejecutivo o penitenciario, cabe hacer presente que nuestra Excelentísima Corte Suprema así lo ha resuelto y establecido de manera expresa, en causa Rol Corte Suprema N° 387-2017, caso “Donoso Barrera contra Ministerio de Justicia”, a propósito del rechazo injustificado a la reducción de condena que debía otorgársele al Sr. Donoso Barrera, el cual es finalmente otorgado tanto la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, como la Excelentísima Corte Suprema, todo ello mediante un recurso de amparo, en el cual se sostiene por el máximo tribunal en su Considerando 6° que: “...*Que también debe considerarse que en materia de Derecho Penal Ejecutivo rige el principio de legalidad...*”.

17. Que la misma jurisprudencia, respecto a el mismo tipo de casos se ha sostenido en la Excelentísima Corte Suprema, en en causa Rol Corte Suprema N° 7994-2017, caso “González D’Arcangelli contra Ministerio de Justicia”, confirmado la causa Rol Corte de Apelaciones de Santiago N° 142-2017, aplicando la misma regla que aplicó anteriormente en el caso de Donoso Barrera, unánimemente.

18. Que, incluso respecto al principio de irretroactividad penal, la misma Corte Suprema ha sostenido que debe aplicarse respecto a la etapa de la pena, como se ratifica en la sentencia Rol Ingreso Corte Suprema N° 6405-2009, que confirma a su vez la sentencia Rol Ingreso Corte de Apelaciones de Santiago N° 6259-2009, de fecha 14 de agosto de 2009, en las

cuales se resolvió el cómputo del tiempo mínimo para optar a una libertad condicional, especialmente cuando se modifica la ley o el reglamento sobre libertad condicional, señalando expresamente que: *“...la sanción debía determinarse conforme a la reglamentación vigente a esa fecha, ya que la aplicación de modificaciones que perjudican a los sentenciados importaría darle a esas normas efecto retroactivo en perjuicio de los encausados...”*; y agrega que: *“...haciendo una completa aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal consagrado en el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y artículo 18 del Código Penal, determinó que, tratándose de la imposición de pena única asignada por la perpetración de delitos cometidos en distintas épocas, las normas aplicables son las vigentes a la fecha de comisión del delito más antiguo; lo contrario, importaría aplicar las disposiciones legales y reglamentarias con efecto retroactivo...”*.

19. Que, entonces, desde un punto de vista jurisprudencial, no cabe duda de que nuestra Excelentísima Corte Suprema ha reconocido tanto la aplicación del principio de legalidad en materia de derecho penal penitenciario y/o ejecutivo, como la aplicación al principio de irretroactividad de la ley penal en materia de la etapa de ejecución de pena cuando ésta es más desfavorable al reo.

20. Que, sobre el punto de si debe aplicarse o no el principio de legalidad como una de los principios limitadores del derecho penal ejecutivo, cabe tener presente la discusión jurídica y posición de esta Excelentísima Magistratura respecto a los requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos de la Ley 18.216 modificados, los cuales han sido acogidos reiteradamente desde hace ya un tiempo.

21. Que, sobre el particular, cabe señalar que la Ley 18.216 es una fuente del derecho penal ejecutivo, puesto que permite al juez determinar el cumplimiento de una pena aplicada a un condenado mediante un régimen distinto al cumplimiento efectivo de cárcel, es decir, es una ley que permite que el juez autorice al reo a cumplir una pena el régimen de libertad, bajo ciertos requisitos, lo que lleva consigo la regulación de la etapa de cumplimiento de la pena, al igual que el DL 321 que regula el régimen de la libertad condicional, el cual permite a un condenado cumplir lo que le queda de pena bajo el régimen de cumplimiento de dicho saldo de pena en libertad.

22. Que, entonces, siendo ambas leyes fuentes del derecho penal ejecutivo, cabe destacar que sobre el particular, es decir, respecto a las modificaciones de la Ley 18216, el Excelentísimo Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente que dichas modificaciones que tratan sobre la pena, y en especial aquellas normas que tratan sobre el ius puniendi del Estado, tienen como límite el respeto a ciertos principios constitucionales,

como lo son el principio de legalidad o el principio de humanidad, entre otros, como se ha sostenido en causa Rol TC N° 3062, al señalar que: *"...Que, desde un punto de vista lógico jurídico, en cuanto existe un hecho social y político que lleva el nombre de pena, éste se concibe regulado por normas jurídicas positivas, es decir, sometido, al imperio del derecho objetivo (derecho penal) y por ello como contenido de una relación jurídica o como objeto de un derecho subjetivo, verdadero y propio, formando parte de la ciencia del derecho penal, entendida en su más estricto y exacto sentido. El derecho subjetivo, cuyo objeto es la pena, es precisamente un derecho subjetivo de castigar (Ius Puniendi). La existencia de un derecho de punir resulta reconocida en la dogmática y en el ordenamiento jurídico positivo (Ley y Constitución). Este derecho de punir ha sido entendido como propio de una función social que corresponde no sólo al Estado, sino a la sociedad, concebida como un órgano exclusivamente actuante, por medio de aquélla, para la defensa de la propia existencia contra los hechos dañosos de los sujetos que cometen ilícitos, llegando a definirse por Arturo Rocco el ius puniendi como "la facultad del Estado de accionar en conformidad con las normas de derecho (derecho penal, en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su objetivo punitivo y de pretender para otros (reo) esto a que está obligado por fuerza de las mismas normas. QUINTO: Que, son principios limitadores del ius puniendi los siguientes: principio de legalidad, principio de exclusiva protección de bienes penales o de ofensividad, principio de intervención mínima o ultima ratio, principio de proporcionalidad, principio de culpabilidad, principio de responsabilidad subjetiva y principio de humanidad..."*;

23. Que, entonces, respecto a este principio de legalidad, esta misma máxima Magistratura ha señalado que: *"...Se entiende por principio de legalidad la imposición de pena sustentada únicamente en una ley previa que establezca la sanción, constituyendo una garantía constitucional (artículo 19°, N° 3°, incisos séptimo y octavo, de la Constitución), que constituye un límite para el legislador y el juzgador. El alcance de este principio es que el Principio de Legalidad, básico en el ordenamiento jurídico penal, garantiza que sólo la ley, de alcance general y abstracto, puede definir qué acción u omisión de una persona es punible como delito, estableciendo a la vez la pena que le corresponde al infractor, instituyéndose al efecto el principio de "nullum crimen nulla poena sine praevia lege poenali" que, como garantía penal, se consagra en nuestra Carta Fundamental en el artículo 19°, N° 3°, inciso séptimo, al definir que: "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley...", máxima que la doctrina unánimemente refiere tanto a la descripción típica del hecho ilícito como a la sanción que de manera estricta se señale al respecto de un determinado ilícito, para evitar, por supuesto, tanto la interpretación extensiva del precepto como asimismo utilizar la analogía;" (SCSde 20 de abril de 2005, Rol 5990-2004)..."*.

24. Que, entonces, desde una perspectiva material no existen razonamientos que permitan excluir a la etapa de la ejecución de la pena del alcance la prohibición de retroactividad desfavorable, ya que todos y cada uno de ellos afectan a la intensidad de la privación de libertad e impactan, lógicamente en la gravedad real de la pena de prisión⁷⁸. Si se admite que la gravedad de la pena debe estar protegida por la prohibición de retroactividad, debemos afirmar que tanto la clase y cantidad de pena prevista como la modificación de preceptos que impongan criterios más severos también en el ámbito del cumplimiento o ejecución de la misma, deben quedar protegidos por esta garantía.

25. Que, si se atiende al contenido de las modificaciones propuestas, no quedan dudas acerca de que en todos sus aspectos se imponen condiciones subjetivas y regresivas, para imposibilitar el acceso a la libertad condicional, aunque, en algunos casos, estas exigencias puedan aparecer atemperadas por la interpretación que los Tribunales efectúen de ellas. Los requisitos incorporados en el ámbito del cumplimiento de la pena de prisión con la función de restringir o impedir la obtención de la libertad condicional, se incluyen claramente en el ámbito de la sanción penal y además la agravan, de ahí la naturaleza penal de estas normas (que, además, afectan al valor libertad), que determina que estos específicos efectos deben quedar abarcados o protegidos por la prohibición de retroactividad.

26. Que, por otra parte, si la jurisprudencia y la doctrina proponen atender para la aplicación retroactiva de la ley más favorable a todos los elementos que hacen la situación del condenado más beneficiosa, no se alcanza a entender cómo se pueden efectuar restricciones, distinguiendo entre normas que regulan la pena y normas que regulan la ejecución de la misma, para excluir de la prohibición de retroactividad las normas que regulan la ejecución penal.

27. Que, sólo desde inadecuados argumentos formales, que en el fondo encubren una propuesta de tratamiento diferente en cuanto a principios limitadores del *ius puniedi* para un tipo específico de condenados, puede sostenerse que la prohibición de retroactividad alcanza tan sólo a la pena fijada en la sentencia condenatoria, y no al ámbito de la ejecución de la pena. Entenderlo así, determinaría que el legislador puede modificar la ley o reinterpretar los reglamentos vigentes, por ejemplo, para adoptar medidas para redefinir retroactivamente el alcance de la pena impuesta en perjuicio del condenado.

28. Que, el principio de irretroactividad penal debe alcanzar a las modificaciones de carácter perjudicial que tienen lugar en la normativa penitenciaria, concretamente en

⁷⁸ Sea porque permiten o impiden una mayor amplitud de movimientos y por consiguiente de autonomía dentro del ámbito carcelario, porque delimitan las posibilidades de comunicación con el exterior que impide el encierro o porque gradualmente permiten o impiden la salida del establecimiento penitenciario. Barber Burusco, Soledad. Op. Cit.

aquellas de sus disposiciones que poseen naturaleza penal. Si las nuevas reglas tienden a restringir con pautas más gravosas el acceso paulatino a la libertad, deberá estarse indefectiblemente a las reglas anteriores máxime si el detenido ha estado privado de la libertad más de la mitad del tiempo de condena, con una expectativa clara y concreta no solo en cuanto al límite temporal para la obtención de su egreso transitorio, sino en las reglas aplicables que operan su transitar cotidiano. Aplicar al privado de libertad las nuevas reglas no solo agrava las condiciones de detención sino que la convierten en cruel, inhumana y degradante.

29. Que, a nivel internacional el artículo 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra el principio irretroactividad de la ley más gravosa⁷⁹ y el artículo 15 nº1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que regula la materia en el mismo sentido,⁸⁰ no distinguen entre normas materiales, procesales o penitenciarias, únicamente proscriben la retroactividad de la ley penal perjudicial, lo que se condice con el principio esencial del Derecho penal de adoptar la interpretación más favorable.

30. De ahí, que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos haya informado que “ (...) la garantía de la no retroactividad de la ley restrictiva o desfavorable, abarca por igual tanto los preceptos sustantivos como los adjetivos o de procedimiento que afecten cuestiones de derecho sustantivo. Esa extensión de la denominada garantía contra leyes *ex post facto* a materia procesal, que actualmente se predica en el sistema procesal penal moderno, ha sido producto de la evolución del derecho penal y procesal penal”.⁸¹ De esta manera, la modificación legislativa que constituye una restricción más gravosa al penado, no puede surtir efectos en virtud del principio de irretroactividad.

31. Que, dicha interpretación es consistente con un principio esencial del derecho penal al adoptar la interpretación más favorable al condenado en función del principio pro persona, lo que en este caso implica proscribir toda concepción restringida al principio de irretroactividad sólo a la ley penal formal o en sentido estricto, o en otras palabras, a aquellas normas del derecho penal sustancial que fijan la conducta reprochada y la consecuente sanción.

32. Así lo sostiene Eugenio Zaffaroni, quien señala “(...) si la ejecución penal se traduce en una limitación de derechos, no puede quedar fuera de la legalidad, porque es la punición

⁷⁹ Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

⁸⁰ Artículo 15 nº 1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

⁸¹ Comisión IDH. Caso N° 11.888. Informe de Fondo N° 83/00/. (Alan García Vs. Perú). 19 de octubre de 2000.

misma o su manifestación más importante. El *nulla poena sine lege* abarca la ley penal ejecutiva porque nadie puede dudar que una ley de esa naturaleza, que admite egresos anticipados, es más benigna que otra que no los admite y, por ende, da lugar a un ejercicio del poder punitivo, de menor entidad, que forma parte de la conminación que debe ser anterior al hecho del delito y que era la única que podía conocer el agente en ese momento, que es la esencia de la razón de ser de la legalidad”⁸² Esta opinión es además consistente, con el control democrático y la transparencia sobre el ejercicio del poder punitivo que el Estado democrático de derecho demanda.

33. Al respecto, cabe hacer presente además, lo señalado por Cuello Calón, cuando afirma que a partir del “principio básico de legalidad de la pena, se origina como consecuencia lógica el de la legalidad de su ejecución”. Esto puede ser resumido en la máxima “*nullum crimen, nulla poena, nulla executio sine lege*” (RANCIONERO CARMONA, FRANCISCO. 1999. “Derecho penitenciario y privación de libertad”. Madrid, Dykinson, p. 33).

34. Que, en este sentido, el principio de legalidad de las penas nace a partir de lo dispuesto en el propio artículo 19 número 3 incisos 6 y 7 de nuestra Constitución Política de la República, el cual señala que: “La Constitución asegura a todas las personas: 6° Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado; y, 7° Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”; debiendo abarcar este principio, las etapas de conminación, adjudicación y ejecución de la pena o medida de seguridad.

35. Que, a mayor abundamiento, cabe recordar que la determinación de los efectos en el tiempo de la ley penal se encuentra sometida a principios generales, de los cuales dos son reconocidos por el Estado de Derecho como garantías del individuo. Estos principios garantísticos son la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable (en general: "principio de la irretroactividad") y el mandato de aplicación retroactiva de la ley penal favorable (en general: "principio de la favorabilidad"). Así, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal desfavorable es una de las concreciones básicas del principio de legalidad y del principio *pro reo*.

36. Que, finalmente, la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal se encuentra establecida en nuestro país en el artículo 18 inciso 1° del Código Penal y en el artículo 19

⁸² Zaffaroni, Eugenio; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Ob. Cit, página 124.

Nº 3 inciso 7º de la Constitución Política, por cuanto ello es un elemento básico del principio de legalidad y además es una forma de evitar las normas hechas a la medida, justamente como sucede en la especie.

POR TANTO,

SÍRVASE S.S. EXCMO, en mérito de lo expuesto, y conforme a lo dispuesto en los artículos 1º, 5º inciso 2º, 6º, 7º, 19º N° 1º, 19 N° 2, 19 N° 3, 19 N° 6, 19 N° 7, 26 y 93º inciso 1, N° 3 e inciso 4º de la Constitución, y en los artículos 61 y siguientes de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, pedimos a US.E. tener por deducido, en este acto, en la investidura que se ha invocado, representando en conjunto más de una cuarta parte de los miembros en ejercicio del Senado, dentro de plazo, para todos los efectos, requerimiento de inconstitucionalidad de las letras a) y b) del artículo 3 bis y artículo 12 del Proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que Establece la Libertad Condicional para los penados. Boletín N° 10696-07 (S) -así como también, aquellas normas del mismo que se encuentren tan ligadas con aquél, que por si solas carezcan de sentido o se tornen inoperantes, por contravenir los artículos 1; 5 inciso 2º; 6; 7, 19 N°1 e inciso final; 19 N° 2; 19 N° 3 ; 19 N° 6; 19 n° 7 letra f) y; 26 de la Constitución Política de la República, todos ellos en relación con los artículos 5 números 1, 2, 3 y 6; 8 n°2 letra g); 8 n° 3; 9; 11 n°1, 12 y; 24 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 7; 10 n° 1 y n° 3; 14 n° 3 letra g), 18 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, admitirlo a tramitación, declararlo admisible y, en definitiva, acogerlo y declarar, total o parcialmente, que dichos preceptos son inconstitucionales.

PRIMER OTROSÍ: En este acto y dando cumplimiento a lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 63 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en acompañar, los siguientes documentos:

1. Acta de la sesión de sala, de fecha 15 de junio de 2016, donde se aprueba en general el Proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que Establece la Libertad Condicional para los penados. Boletín N° 10696-07 (S).
2. Acta de la sesión de sala, de fecha 9 de agosto de 2016, donde se aprueba en particular el Proyecto de ley que sustituye el Decreto Ley N° 321, de 1925, que Establece la Libertad Condicional para los penados. Boletín N° 10696-07 (S).
3. Acta de la sesión de sala, de fecha 13 de diciembre de 2016, donde se rechazan las modificaciones introducidas al Proyecto ya individualizado por la Cámara de Diputados.

4. Acta de la sesión de sala, de fecha 14 de noviembre de 2018, donde se aprueba el Informe de la Comisión Mixta constituida para dirimir las diferencias existentes entre ambas cámaras, respecto al articulado del proyecto materia del presente requerimiento.
5. Primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 10 de junio de 2016. ✓
6. Segundo informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, de fecha 1 de agosto de 2016, ✓
7. Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia, de fecha 26 de septiembre de 2016. ✓
8. ✓ Informe de la misma Comisión evacuado durante el tercer trámite del proyecto, de fecha 22 de noviembre de 2016.
9. ✓ Informe de la Comisión Mixta, de fecha 14 de octubre de 2018. ✓
10. Oficio remisor con el texto del proyecto de ley aprobado, al Presidente de la República. ✓
11. Actas de las sesiones de sala de fecha 11 y 12 de octubre de 2016, en las cuales se debatió el Proyecto de Ley ya individualizado,
12. ✓ Acta de la sesión de sala de 20 de noviembre de 2018, en cuya tabla se encuentra fijada en segundo lugar, el informe de la Comisión Mixta constituida en relación a dicho proyecto ,
13. Certificado del Secretario General del Senador, que las firmas que suscriben el requerimiento, constituyen más de la cuarta parte de los Senadores en ejercicio.

Respetuosamente solicitamos a S.S.Excmo: Tener por acompañados, en conformidad a derecho, los documentos singularizados y por cumplido lo dispuesto en los incisos 2º y 3º del artículo 63 de la Ley No 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

SEGUNDO OTROSÍ: En este acto, y para efectos de lo dispuesto en el artículo 61, inciso final de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en designar como nuestro representante en la tramitación del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito, al Senador Francisco Javier Chahuán Chahuán, señalando como domicilio para estos efectos a que en Derecho haya lugar, la sede del Congreso

Nacional, ubicada en la Avenida Pedro Montt, sin número, de la ciudad y comuna de Valparaíso.

Respetuosamente solicitamos a S.S.Excmo: Tener por designado al representante y por señalado el domicilio para todos los efectos a que en Derecho haya lugar.

TERCER OTROSÍ: Para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en solicitar a SSE. que disponga, sólo en caso de estimarlo necesario, que se oigan alegatos para decidir sobre la admisibilidad del requerimiento que se deduce en lo principal en este escrito.

Respetuosamente solicitamos a S.S.Excmo: acceder a lo solicitado en la forma indicada.

CUARTO OTROSÍ: En este acto, para todos los efectos, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley N° 17.977, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, venimos en solicitar a SSE., disponer que se oigan alegatos respecto del fondo del requerimiento que se deduce en lo principal de este escrito.

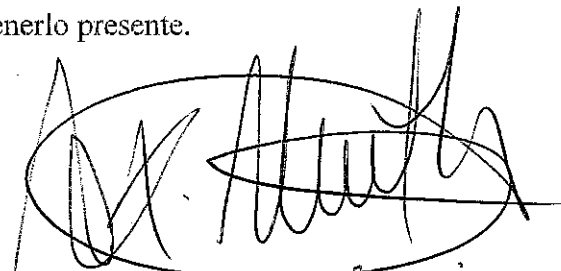
Respetuosamente solicitamos a S.S.Excmo: acceder a lo solicitado.

QUINTO OTROSÍ: Sin perjuicio de lo señalado en lo principal del presente escrito, vengo en solicitar a S.S. Excmo. que las resoluciones que se dicten en el proceso de autos sean notificadas a esta parte al siguiente correo electrónico: maxmurath@gmail.com

Respetuosamente solicitamos a S.S.Excmo: acceder a lo solicitado.

SEXTO OTROSÍ: En este acto y para todos los efectos venimos en designar abogado patrocinante y conferir poder al abogado don Maximiliano Eduardo Murath Mansilla, cédula de identidad N° 13.441.660-2, domiciliado para estos efectos en pasaje Dr. Sotero del Rio N°508, oficina N°418, comuna de Santiago, quien firma en serial de aceptación.

Respetuosamente solicitamos a S.S.Excmo: tenerlo presente.


13.441.660-2



REQUISITA CALIDAD DE ABOGADO

RECONOCIMIENTO DE PODER

Santiago, 23 de noviembre de 2018





000047
Cuarenta y siete

CERTIFICADO

EL SECRETARIO GENERAL DEL SENADO, QUIEN SUSCRIBE, CERTIFICA QUE las firmas que aparecen en el requerimiento presentado son de los Honorables Senadores señoras y señores: Andrés Allamand Zavala, Francisca Chahuán Chahuán, Juan Antonio Coloma Correa, José Durana Semir, Luz Ebensperger Orrego, Rodrigo Galilea Vial, José García Ruminot, Alejandro García-Huidobro Sanfuentes, Iván Moreira Barros, Víctor Pérez Varela, Rafael Prohens Espinosa, Kenneth Pugh Olavarría, David Sandoval Plaza, Jacqueline Van Rysselberghe Herrera y Ena Von Baer Jahn.

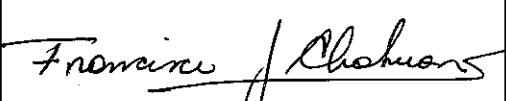
Dichos Senadores representan más de la cuarta parte de los Senadores en ejercicio.

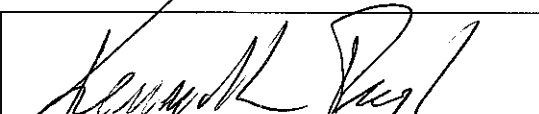
Valparaíso, 21 de noviembre de 2018.





Mario Labbé Aráneda
MARIO LABBÉ ARANEDA

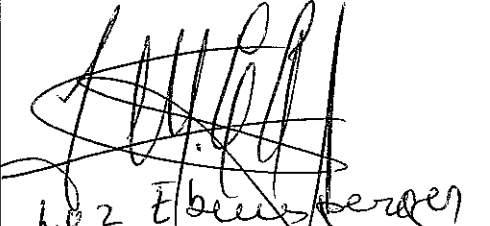
Secretario General del Senado

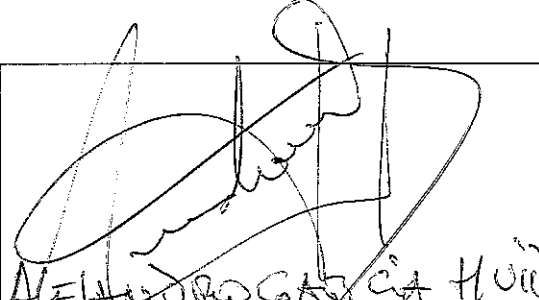

Francisco Chahuán
Senador.

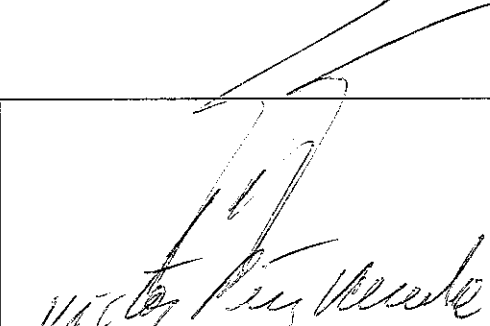

KENNETH PUGH Ph.

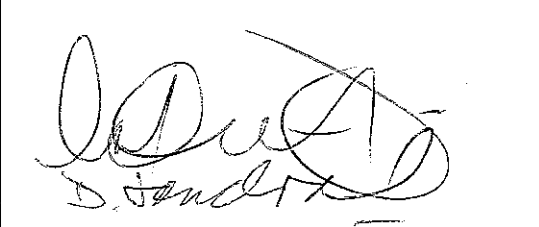

JOSÉ GARCÍA RAMÍREZ

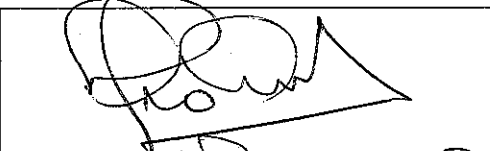

JOSÉ DURADA



LOZ EBERSTENBERGER

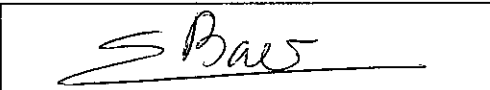

ALEJANDRO GARCÍA HUIGOBOS

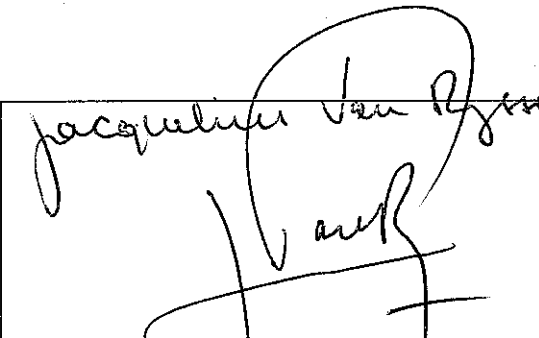

VÍCTOR CRUZ VARELA

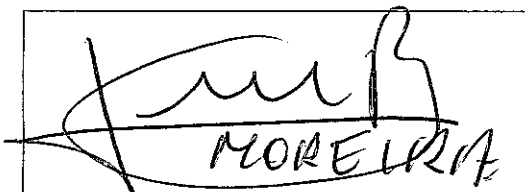

S. JANDIRA

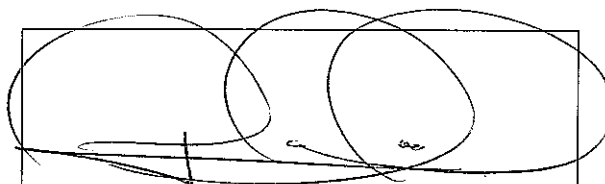

RAFAEL PROCHENS E.

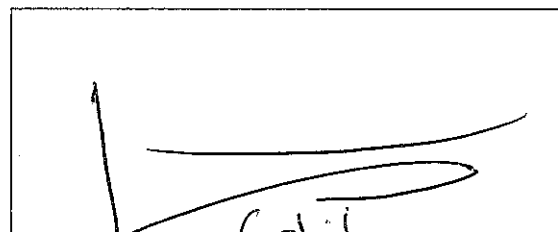

A. A. W. W.
ALONSO ALVARADO


Ena von Baer


Jacqueline Van Dyke


MORELIA


COLOMA


Gdilea