

EDITORIAL

DELITO Y CASTIGO:
A PROPÓSITO DE LA AGENDA LEGISLATIVA
EN SEGURIDAD

En estos meses la preocupación más significativa de los chilenos ha sido la seguridad, en atención al aumento de delitos graves¹ y a los recientes asesinatos de carabineros². Incluso, la Corte de Apelaciones de San Miguel afirmó en junio del año pasado que “es un hecho público y notorio el aumento de la inseguridad en calles y pasajes de nuestro país”³. Esta inquietud nacional se transformará ahora en una preocupación jurídica, ya que hace unos días, el 14 de abril, representantes del Ejecutivo y los presidentes del Senado y la Cámara de Diputados acordaron dar prioridad a una agenda legislativa de 31 proyectos de ley en materia de seguridad⁴. Dicho acuerdo se recoge en un documento llamado *Agenda Legislativa Priorizada en Materia de Seguridad*⁵. Este editorial se referirá brevemente a dicho acuerdo, para luego abordar algunas cuestiones en este mismo ámbito, que no parecen formar parte de la Agenda. Antes de comenzar, hacemos presente que la batería legislativa en materia penal no se agota en estos 31 proyectos, puesto que el Congreso se encuentra también estudiando otros, como un mensaje que establece un nuevo Código Penal⁶, que puede ser útil para terminar con algunas incoherencias o desproporciones en las penas asignadas a delitos de diversa gravedad⁷. La Agenda Priorizada no incluyó este proyecto, lo que es acertado, pues no se puede reemplazar nuestro Código Penal de 1874 apresuradamente, si se espera que el nuevo Código sea también de una calidad que resista la prueba del paso de un siglo y medio.

¹ CARVAJAL VEGA, José (2023): “En 2022 Chile alcanzó la mayor tasa de homicidios, violaciones y porte ilegal de armas de la década”, *La Tercera*. Disponible en: <https://bit.ly/crimenes2022>. Fecha de consulta: 21/07/2023.

² Ex-Ante (2023): “Crimen de cabo Daniel Palma: 6 carabineros asesinados en últimos 11 meses y 3 en solo 23 días”, *Ex-Ante*. Disponible en: <https://www.ex-ante.cl/crimen-de-cabo-daniel-palma-6-carabineros-asesinados-en-ultimos-11-meses-y-3-en-solo-23-dias/>. Fecha de consulta: 21/07/2023.

³ Corte de Apelaciones de San Miguel, 29/06/2022, rol 12.479-2022, protección.

⁴ CÁMARA DE DIPUTADAS Y DIPUTADOS (sitio web), *Cámara, Senado y Gobierno anuncian acuerdo para legislar proyectos de seguridad pública*. Disponible en: <https://www.camara.cl/cms/noticias/2023/04/14/camara-senado-y-gobierno-anuncian-acuerdo-para-legislar-proyectos-de-seguridad-publica/>. Fecha de consulta: 21/07/2023.

⁵ Disponible en: <https://www.interior.gob.cl/media/2023/04/Agenda-priorizada-de-Seguridad.pdf>. Fecha de consulta: 21/07/2023.

⁶ CHILE, *Establece un nuevo Código Penal*. Boletín N° 14.795-07.

⁷ Algunos ejemplos se pueden ver en FELLER SCHLEYER, Claudio y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Ignacio (2020): “Breve Ensayo sobre las Condiciones del Sistema Penitenciario Chileno: Incumplimiento de la Obligación del Estado de Respetar la Dignidad de los Internos. Algunas Causas y Propuestas de Solución”, en POZO SILVA, Nelson y otros (eds.), *Sistema Penal Carcelario y Pandemia* (Valencia, Tirant Lo Blanch) pp. 24 y 25.

AGENDA LEGISLATIVA PRIORIZADA EN MATERIA DE SEGURIDAD

La *Agenda Legislativa Priorizada en Materia de Seguridad* es un documento simple, cuyo principal fin es enumerar los proyectos que serán tramitados en el Congreso. El listado es extremadamente ambicioso, pues se espera que se hayan promulgado 31 nuevas leyes en la materia antes de fin de año. Es probable que no sea posible cumplir con este cronograma, pero los deseos elevados dirigen la mirada hacia fines altos, y pueden hacer que se pongan empeños mayores.

Antes de comenzar con su listado, la Agenda Legislativa se refiere a los proyectos en materia de seguridad que ya han sido despachados en 2023, como la reforma constitucional para asignar a las Fuerzas Armadas un rol en la protección de infraestructura crítica⁸; la llamada ley Naín-Retamal⁹, y la ley que favorece la persecución del narcotráfico y del crimen organizado¹⁰. Posteriormente, la Agenda Legislativa enumera los proyectos que debieran ser despachados, ordenándolos por plazos. El legislador debiera aprobar tres leyes “en los próximos días”¹¹, trece en los 75 días a contar del 14 de abril (esto es, el 28 de junio)¹²,

⁸ CHILE, Ley N° 21.542 (03/02/2023): *Modifica la Carta Fundamental con el objeto de permitir la protección de infraestructura crítica por parte de las Fuerzas Armadas, en caso de peligro grave o inminente.*

⁹ CHILE, Ley N° 21.560 (10/04/2023): *Modifica textos legales que indica para fortalecer y proteger el ejercicio de la función policial y de Gendarmería de Chile.*

¹⁰ CHILE, *Proyecto de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de mejorar la persecución del narcotráfico y crimen organizado, regular el destino de los bienes incautados en esos delitos y fortalecer las instituciones de rehabilitación y reinserción social.* Boletín N° 13.588-07.

¹¹ 1) *Modifica el Código Penal para sancionar la conspiración para cometer el delito de homicidio calificado por premio, promesa remuneratoria o ánimo de lucro* (este proyecto fue promulgado el 27 de abril, y está pendiente su publicación); 2) *Modifica diversos cuerpos legales para ampliar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y regular el ejercicio de la acción penal, respecto de los delitos contra el orden socioeconómico que indica* (este proyecto se encuentra pendiente) (boletín 13.204-07), y 3) *Modifica la ley N° 20.931, para ampliar las facultades de control policial para efectos de aplicar las medidas establecidas en la ley N° 21.325, de migración y extranjería* (este proyecto fue publicado como ley en el Diario Oficial: Chile, Ley N° 21.567 (29/04/2023): *Modifica la ley N° 20.931, para ampliar las facultades de control policial para efectos de aplicar las medidas establecidas en la ley N° 21.325, de migración y extranjería*).

¹² 1) *Establece una ley marco sobre ciberseguridad e infraestructura crítica de la información* (boletín 14.847-06); 2) *Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de incluir en el delito de contrabando el ingreso o extracción de dinero del territorio nacional, en las condiciones que indica* (boletín 15.252-07); 3) *Regula los delitos de ocupaciones ilegales de inmuebles, fija nuevas penas y formas comisivas e incorpora mecanismos eficientes de restitución* (el acuerdo menciona el boletín 13.657, pero se refundió con el 14.015-25); 4) *Sanciona los daños en los medios de transporte público de pasajeros y en la infraestructura asociada a dicha actividad* (boletín 12.467-15); 5) *Modifica la ley N° 21.325, Ley de Migración y Extranjería, con el objeto de agregar formas alternativas de notificación del inicio de los procedimientos administrativos de expulsión* (boletín 15.409-06); 6) *Modifica la ley de llamado de servicio y contratación por resolución de Carabineros* (este proyecto será presentado por el Ejecutivo); 7) *Modifica diversos cuerpos legales para agravar la pena aplicable al delito de homicidio simple y establecer mayores exigencias para la obtención de la libertad condicional* (boletín 14.090-07); 8) *Modifica la Ley de Tránsito, para prevenir la venta de vehículos motorizados robados y sancionar las conductas que indica* (boletín 15.077-15); 9) *Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de mejorar la persecución penal, con énfasis en materia de reincidencia y en delitos de mayor connotación social* (boletín 15.661-07); 10) *Regula la habilitación del control de identidad a personas que se ubican en zonas y rutas fronterizas (hasta 10 kilómetros de la frontera) y establece un análisis previo de admisibilidad antes de ser reconocido como solicitante de refugio* (este proyecto de ley debe ser presentado por el Ejecutivo, y recogería elementos de un proyecto previo); 11) *Prohíbe el porte de combustibles en contexto de manifestación* (el Ejecutivo debe presentar este proyecto de ley); 12) *Modifica el Código Penal, para tipificar el delito de tenencia de elementos*

ocho en 150 días desde el 14 de abril (es decir, el 12 de septiembre)¹³ y siete antes del fin de este año 2023¹⁴.

Los proyectos presentados o por presentar buscan resolver varios problemas, por ejemplo, uno que escandaliza a la opinión pública: cuando se descubre que un detenido por cometer un delito contaba ya con decenas de detenciones previas, pero sin orden de privación de libertad. Los proyectos de la Agenda Legislativa –tales como el de fortalecimiento de la inteligencia financiera o con la creación de una fiscalía supraterritorial– facilitarían la detención de criminales y la persecución del delito. También servirán para determinar modos de actuación respecto de personas detenidas.

Estos proyectos, sumados a los otros que habían sido presentados en 2023, representan un avance. Ello, sin perjuicio de que se discuta en ocasiones la eficacia de tales normas. Por ejemplo, la ley Naín-Retamal estableció una presunción de legítima defensa de los carabineros que, en el ejercicio de su cargo, impiden una agresión que amenaza gravemente su integridad física o la de un tercero. Es razonable establecer esta presunción, pues los carabineros son puestos en sus labores para, entre otras cosas, defender a la población, y era frecuente verlos en el banquillo de los acusados por tener que hacer uso de su equipamiento. Sin embargo, algunos piensan que esta forma de legítima defensa no traería grandes cambios prácticos, y que podría generar problemas nuevos. Además, esta ley ni siquiera recoge

tecnológicos que permitan a las personas privadas de libertad comunicarse con el exterior (boletín 15.796-07), y 13) *Establece el deber de efectuar registros audiovisuales de las actuaciones policiales autónomas en el procedimiento penal* (boletín 15.788-07).

¹³ 1) *Crea el Ministerio de Seguridad Pública* (boletín 14.614-07); 2) *Establece normas generales sobre el uso de la fuerza para el personal de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y de las Fuerzas Armadas en las circunstancias que se señala* (sic) (boletín 15.805-07); 3) *Fortalece y moderniza el sistema de inteligencia del Estado* (boletín N° 12.234-02); 4) *Crea el Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y la Defensoría de Víctimas de Delitos* (boletín 13.991-07); 5) *Fortalece el rol de prevención del delito de las municipalidades* (el Ejecutivo debe presentar este proyecto); 6) *Permite que el Ministerio Público pueda iniciar investigación en ciertos delitos de contrabando* (este proyecto debe ser presentado por el Gobierno); 7) *Establece la obligatoriedad de iniciación de actividades para personas que operan en el comercio exterior (más de dos contenedores al mes)* (el Ejecutivo debe presentar este proyecto, que implica modificar el artículo 68 del Código Tributario), y 8) *Sobre Inteligencia financiera para perseguir el delito, capacidades especializadas en Servicio de Impuestos Internos y Aduanas, levantamiento del secreto bancario para el caso de crimen organizado y creación de registro de beneficiario final* (este proyecto aún debe ser presentado por el Gobierno).

¹⁴ 1) *Crea la Fiscalía Supraterritorial y hará otros ajustes para la mayor eficacia de la persecución penal* (el Ejecutivo se comprometió a presentar este proyecto); 2) *Sobre simplificación de procedimientos para construir cárceles y fortalecimiento de la Unidad de Investigación Criminal de Gendarmería* (el Ejecutivo debe presentar este proyecto); 3) *Sobre seguridad privada* (boletín 6.639-25); 4) *Regula la enajenación de decomisos* (el Gobierno presentará este mensaje); 4) *Incorpora como criterio de prisión preventiva la existencia de detenciones múltiples* (este proyecto debe ser presentado por el Ejecutivo); 5) *Modifica la ordenanza aduanera para aumentar prescripción del delito de contrabando de 3 a 5 años* (también incluiría en el delito de contrabando el ingreso o extracción de dinero del territorio nacional; el Ejecutivo ingresará este mensaje al Congreso), y 6) *Modifica el Código Aeronáutico para hacer exigible, por las policías y el Ministerio Público, el listado de pasajeros en el transporte aéreo nacional* (boletín 15.274-07; En este punto, el acuerdo contiene un error, ya que indica que el número de boletín es el 15.724-07, pero dicho proyecto corresponde a una reforma constitucional para exigir el acuerdo del Senado para la designación de embajadores, ministros diplomáticos y representantes ante organismos internacionales).

todas las eximentes de responsabilidad establecidas en el Código de Justicia Militar (las que no son aplicadas por jueces civiles al juzgar a carabineros)¹⁵.

A continuación, nos referiremos a algunos problemas adicionales que parecen no haber sido tratados en los proyectos de ley que conforman la Agenda Legislativa, o lo han sido sólo en forma tangencial. No obstante, estamos conscientes de que parte de lo que escribimos aquí tiene un aspecto de política criminal, que va más allá de lo que puede ser observado en una simple ley.

PROBLEMA CARCELARIO

Uno de los proyectos de ley simplificará los procedimientos para construir cárceles. Eso es adecuado, especialmente porque nuestro sistema sancionatorio se construye fuertemente sobre la base de la privación de libertad. A continuación, como cuestión preliminar, repasaremos brevemente cuál es nuestra realidad actual en la materia. Algunos datos que usamos en esta sección se basan en estudios de varios años atrás, por ejemplo, uno del Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), de 2019. Este desfase implicará que pueda haber cambios significativos entre los números dados en los estudios, en comparación con la realidad actual. Sin embargo, los datos usados suelen encontrarse dentro de una tendencia, por lo que nuestras afirmaciones no debieran ser muy desacertadas.

Según información de Gendarmería, la población penal promedio en 2021 habría sido cercana a las 40.000 personas¹⁶. Suele afirmarse que el Estado de Chile usa excesivamente el encierro como sanción, a pesar de que Chile se encuentra en la media de Sudamérica, en relación con la tasa de personas encarceladas por 100.000 habitantes¹⁷. En todo caso, lo relevante en este punto no es tanto la cantidad de personas privadas de libertad, sino si ellas están o no condenadas justamente, y si conviene que estén en la cárcel.

Para resolver este último punto, el legislador debe considerar las condiciones carcelarias en Chile, pues es innegable que son indignas. En parte, ello se debe al hacinamiento¹⁸. Éste es un serio problema a nivel regional y, a pesar de sus muchos desafíos, Chile es de los países con mejor desempeño en América, pues en 2021 habría sido el segundo país de Suda-

¹⁵ Arts. 208, 411 y 412, Chile, *Código de Justicia Militar* (19/12/1944).

¹⁶ CHILE, Oficio del Director Nacional de Gendarmería de Chile al Subsecretario de Justicia, Ord. N° 14.00.00 1115/2022, *Remite Informe sobre Gasto Promedio Mensual por Interno Año 2021* (14/07/2022). Disponible en: https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/09/INFORME_GASTO_PROMEDIO_MENSUAL_POR_INTERNO_AN%CC%83O_2021.pdf. Fecha de consulta: 24/07/2023.

¹⁷ FAIR, Helen y WALMSLEY, Roy (s.d.): *World Prison Population List* (s.l., Institute for Crime & Justice Policy Research - World Prison Brief, decimotercera edición). Disponible en: https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf. Fecha de consulta: 31/07/2023.

¹⁸ Se afirma que la gran responsable de las malas condiciones carcelarias es la sobrepoblación. FELLER SCHLEYER, Claudio y GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Ignacio (2020): "Breve Ensayo sobre las Condiciones del Sistema Penitenciario Chileno: Incumplimiento de la Obligación del Estado de Respetar la Dignidad de los Internos. Algunas Causas y Propuestas de Solución", en POZO SILVA, Nelson y otros (edits.), *Sistema Penal Carcelario y Pandemia* (Valencia, Tirant Lo Blanch) p. 19.

mérica con la menor sobrepoblación carcelaria, después de Surinam¹⁹. Según un estudio del INDH, en 2019, el promedio de sobrepoblación penal en Chile fue del 6% a nivel nacional, aunque en algunos penales, como el de Taltal, había una sobrepoblación de 165,6% (pues el penal tiene una capacidad para 32 personas, y vivían en él 85)²⁰. Estadísticamente, el nivel de hacinamiento a nivel nacional sería relativamente bajo, pero ello se debe a un desbalance entre las cárceles donde hay sobrepoblación, y aquellas donde hay un nivel de ocupación inferior al 100%, las que constituyen un número importante de las cárceles chilenas²¹.

Los problemas derivados de la sobrepoblación carcelaria se pueden resolver de dos maneras. Una de ellas es haciendo un menor uso de la privación de libertad. Sin embargo, adoptar esa solución dependerá de la situación delincencial del país en un momento dado. La otra solución es construir, ampliar y mejorar la infraestructura de las cárceles. Esta solución tendrá siempre utilidad, pues la construcción de cárceles, así como su ampliación y mejora, es una exigencia de dignidad humana. En ese sentido, es un avance que en 2023 deba empezar a funcionar el Recinto Modelo de Educación y Trabajo La Laguna, que cuenta con “módulos de baja altura, con mucha luz y espacio al aire libre”, además de que “permitirá impulsar la capacitación y la reinserción laboral de las personas privadas de libertad, al disponer de módulos con talleres y una escuela, que van a facilitar la instalación de pequeñas industrias adentro”²². Esto favorecerá que los convictos puedan desarrollarse durante su privación de libertad, para reincorporarse con más éxito a la vida en sociedad.

Sin embargo, la sobrepoblación no es el único problema existente dentro de las cárceles. Desde el punto de vista penal, se observa que los internos siguen cometiendo crímenes y delitos, no solo dentro del establecimiento penitenciario, sino que también fuera –sirviéndose, por ejemplo, de teléfonos celulares²³–. Desde un punto de vista orgánico, la falta de gendarmes hace que los internos tengan su propia organización y sistemas de protección. Por otro lado, los horarios de encierro y desencierro en las celdas de los internos son gravemente desproporcionados; algunos recintos carecen de suficiente agua o de servicios higiénicos adecuados; el acceso a la salud es deficiente; hay instalaciones eléctricas defectuosas –que generan riesgo de incendios–, y hasta la clasificación de los internos según su peligrosidad o condena es inadecuada²⁴. Es indudable que estas condiciones terminan

¹⁹ SMINK, Veronica (2021): “Los 6 Países de América Latina y el Caribe Donde la Cantidad de Presos Duplica, Triplica y hasta Cuadruplica la Capacidad de las Cárceles”, *BBC News Mundo*. Disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-58838582>. Fecha de consulta: 31/07/2023.

²⁰ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2021): *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en la Privación de Libertad* (Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos) p. 40.

²¹ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2021): *Estudio de las Condiciones Carcelarias en Chile. Diagnóstico del Cumplimiento de los Estándares Internacionales de Derechos Humanos en la Privación de Libertad* (Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos) p. 49.

²² EL MERCURIO (21/11/2022): “Nueva Cárcel de Talca Comenzaría a Funcionar en el Primer Trimestre de 2023, al Norte de la Ciudad”, p. C2.

²³ El uso de teléfonos celulares puede atacarse estableciendo bloqueadores de señal en los penales, o haciendo mayores esfuerzos para evitar su ingreso clandestino, como podría lograrse estableciendo locutorios donde el interno no pueda tener contacto físico con su visita.

²⁴ Véase en general, CHILE, OFICIO DE LA FISCALA JUDICIAL DE LA CORTE SUPREMA LYA GRACIELA CABELLO ABDALA AL PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA, N° 14-2018, *Principales Problemas Detectados en las Visitas de Cárceles*

constituyendo un castigo adicional a la simple privación de libertad. Además, es fácil prever el llamado *efecto disocializador* de encerrar conjuntamente a personas con diversos niveles delictuales, que genera lo que también se ha llamado una escuela del crimen.

Ciertamente el gasto estatal por persona privada de libertad no es poco; el año 2021, Gendarmería tenía un promedio mensual por interno de \$810.946²⁵. Sin embargo, el Estado debe resguardar la dignidad de toda persona, y esa obligación se hace aún más grave en el caso de quienes se encuentran bajo su cuidado directo, como es el caso de los internos. Incluso un criterio utilitarista debiera llevar a quienes adoptan el discurso de favorecer la privación de libertad –y no están mayormente preocupados por las condiciones penitenciarias– a abogar por penas dignas, pues muchos jueces tratan de no sancionar con penas privativas de libertad, debido a las condiciones carcelarias²⁶. Para lograr mejoras, será necesario hacer un uso más eficiente de los recursos o, simplemente, hacer un gasto mayor. Es también posible innovar, por ejemplo, permitiendo que los internos contribuyan a su propio mantenimiento, a cambio de ser reclusos en cárceles más modernas.

PENAS ALTERNATIVAS

La ley N° 18.216 permite que la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad se sustituya por alguna de las medidas que indica. Para ello, deben cumplirse ciertos requisitos en cuanto a la duración de la pena efectivamente impuesta (que en todo caso será inferior a cinco años), y que no se trate de algunos delitos excluidos taxativamente, como ciertos supuestos de secuestro, violación y parricidio, o que afecte a funcionarios como carabineros. Además, para ciertas penas sustitutivas, se exige que no exista condena previa por crímenes o simples delitos (aunque no se considerarán las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente).

Una de tales penas sustitutivas es la remisión condicional de la pena, donde se reemplaza la sanción impuesta por “la discreta observación y asistencia del condenado ante la autoridad administrativa durante cierto tiempo”, la que no procede si la sanción excediere de tres años²⁷. Otro ejemplo es la prestación de servicios en beneficio de la comunidad, la que será coordinada por un delegado de Gendarmería de Chile, y sólo procede cuando la pena impuesta fuere igual o inferior a trescientos días²⁸. Un último ejemplo que daremos es

Realizadas el Año 2017 por los Fiscales Judiciales (16/02/2018). Disponible en: <http://elnoticierodelhuasco.cl/wp-content/uploads/2018/02/Informe-fiscalia-carceles.pdf>. Fecha de consulta: 25/07/2023.

²⁵ CHILE, OFICIO DEL DIRECTOR NACIONAL DE GENDARMERÍA DE CHILE AL SUBSECRETARIO DE JUSTICIA, Ord. N° 14.00.00 1115/2022, *Remite Informe sobre Gasto Promedio Mensual por Interno Año 2021* (14/07/2022). Disponible en: https://www.minjusticia.gob.cl/media/2022/09/INFORME_GASTO_PROMEDIO_MENSUAL_POR_INTERNO_AN%CC%83O_2021.pdf. Fecha de consulta: 24/07/2023.

²⁶ MORALES PEILLARD, Ana María y SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián (2020): “¿Cómo Fallan y Controlan la Ejecución de las Penas Sustitutivas los Jueces?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, N° 1: pp. 319-341, p. 337.

²⁷ Arts. 3 y 4, CHILE, Ley N° 18.216 (14/05/1983): *Establece Penas que Indica como Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad*.

²⁸ Arts. 10 y 11, CHILE, Ley N° 18.216 (14/05/1983): *Establece Penas que Indica como Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad*.

el de la libertad vigilada intensiva, que puede decretarse cuando la pena privativa o restrictiva de libertad es superior a tres años y no excede de cinco²⁹.

La referida ley sobre penas sustitutivas evita que las personas sean privadas de libertad en la cárcel. Ello racionaliza el uso de dichas instalaciones, y evita la desadaptación social del delincuente o la profundización de sus conocimientos delictivos. Los jueces usan bastante las penas sustitutivas. En efecto, entre las sanciones aplicadas a condenados llevados a audiencias de control de detención en 2022, un 42,65% correspondió a privación de libertad, un 24,46% a penas sustitutivas, y un 32,89% a multas³⁰. En relación con las penas aplicadas a condenados no llevados a control de detención, un 26,33% correspondió a privación de libertad, un 18,10% a penas sustitutivas, y un 55,57% a multas³¹. Como puede verse, dependiendo de ciertas características del caso, las penas sustitutivas constituyen un cuarto o casi un quinto de las penas aplicadas. A 2021, 43.784 personas se encontraban cumpliendo una pena sustitutiva³².

Debe tenerse siempre presente que las medidas indicadas en la ley referida son efectivamente penas, pues imponen obligaciones para los sancionados. La pregunta es si estas penas son lo suficientemente gravosas como para que se consideren proporcionadas al delito cometido, pues casos emblemáticos han generado una percepción de desproporción³³. En todo caso, si el condenado incumpliera esta pena sustitutiva, puede imponérsele una pena sustitutiva más grave o, incluso, revocársela (con lo que el condenado debiera cumplir la pena privativa de libertad que le correspondió originalmente, descontando el tiempo de pena sustitutiva)³⁴. Debe notarse que la ley dispone la revocación ante el incumplimiento “grave o reiterado”, pero la práctica judicial exige que el incumplimiento sea grave y reiterado³⁵, lo que desnaturaliza la orden del legislador.

²⁹ Art. 15 bis, CHILE, Ley N° 18.216 (14/05/1983): *Establece Penas que Indica como Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad*.

³⁰ Tabla N° 6.10, FISCALÍA. MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE (2023): *Boletín Estadístico Anual. Enero-Diciembre 2022* (s.l., Fiscalía). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. Fecha de consulta 27/07/2023.

³¹ Tabla N° 6.11, FISCALÍA. MINISTERIO PÚBLICO DE CHILE (2023): *Boletín Estadístico Anual. Enero-Diciembre 2022* (s.l., Fiscalía). Disponible en: <http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>. Fecha de consulta 27/07/2023.

³² CONTRERAS MUÑOZ, Cristóbal (2021): *La Pena de Prestación de Servicios Comunitarios en Chile: Entre el Control y la Intervención*. Actividad Final de Grado presentada a la Escuela de Gobierno de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas, p. 10.

³³ Suelen darse como ejemplo de desproporción las penas otorgadas a los responsables del famoso caso Penta, o más recientemente, el del exconvencional Rodrigo Rojas Vade, quien fue acusado de estafa al recaudar más de trece millones de pesos sobre la base de engañar a donantes alegando una enfermedad inexistente, y fue sancionado al pago de una multa cerca de veinte veces menor al monto defraudado, y 61 días de presidio que fueron sustituidos por una remisión condicional de la pena. NAVARRETE, José (2023): “Exconvencional Rodrigo Rojas Vade reconoce estafa y es condenado a pena de 61 días sin cárcel”, *La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/formalizan-por-estafa-al-exconvencional-rodrigo-rojas-vade/5U4EPZR6VNFVHLZ4AMNNQK3ZA4/>. Fecha de consulta: 31/07/2023.

³⁴ Art. 25, CHILE, Ley N° 18.216 (14/05/1983): *Establece Penas que Indica como Sustitutivas a las Penas Privativas o Restrictivas de Libertad*.

³⁵ MURILLO ÁVALOS, Consuelo (2022): “Ejecución e Incumplimiento de las Penas Alternativas: La Pena de Apoyo en el Modelo Chileno”, *Política Criminal*, Vol. 17, N° 33: pp. 263-290, pp. 277 y 278.

No obstante sus aspectos positivos, la ley N° 18.216 tiene también algunos más discutibles. Por un lado, contribuye a cierta desinformación, pues el ciudadano corriente lee en la prensa o escucha en los noticiarios que ciertos delincuentes “arriesgan hasta cinco años de privación de libertad”, pero desconocen que, incluso en caso de que ellos sean condenados a esa pena, lo más probable es que no sean realmente sancionados con privación de libertad. En efecto, para que una persona cumpla una pena en la cárcel, no basta con que haya cometido un delito, sino que ese delito debe tener una pena superior a los 5 años (a menos que el delito o el delincuente no cumplan con los demás requisitos que permiten aspirar a una pena sustitutiva). Esto nos lleva a un segundo aspecto discutible, que es que los delincuentes están al tanto de este margen que evita la pena de cárcel, y saben aprovecharlo. Por ello, esta ley horada la eficacia preventiva general de la ley, pues si algunos dudan que las penas en general disuadan, lo que sí es claro es que la pena que no se aplica no disuade.

Un tercer aspecto debatible se refiere al adecuado control de la ejecución de estas penas sustitutivas de libertad. En efecto, al menos a nivel judicial, un número importante de jueces no realiza las audiencias obligatorias de seguimiento de la libertad vigilada simple e intensiva, y serían pocos los que realizan audiencias de seguimiento de penas de prestaciones en servicio de la comunidad³⁶. Aparentemente, los jueces preferirían que existieran jueces o tribunales especializados de ejecución de penas³⁷. A nivel administrativo, son los delegados de Gendarmería de Chile quienes vigilan y orientan a quienes cumplen penas sustitutivas. Las gestiones relativas a estas penas se articulan por un Centro de Reinserción Social, que es un “establecimiento penitenciario de régimen abierto donde se coordinan, concentran y desarrollan las actividades de control, asistencia e intervención de personas condenadas a alguna pena sustitutiva”³⁸. La pregunta es si los delegados y los Centros de Reinserción cuentan con los recursos necesarios –tanto humanos como de formación para los condenados– para llevar adelante su gestión en forma efectiva. Esto debe investigarse, pues no es insignificante la cantidad de delitos cometidos por personas condenadas a una pena sustitutiva. Eso no significa que haya que eliminar el sistema, sino que reforzarlo para que una pena sustitutiva sea realmente entendida y ejecutada como una sanción criminal.

PRUEBA ILÍCITA

El ciudadano común se escandaliza con casos como el ocurrido algunos años atrás, donde un tribunal de San Antonio absolvió a un par de personas que tenían dos revólveres encargados por robo, una pistola, un kit de conversión de pistola en arma larga, 190 car-

³⁶ Compárese con MORALES PEILLARD, Ana María y SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián (2020): “¿Cómo Fallan y Controlan la Ejecución de las Penas Sustitutivas los Jueces?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, N° 1: pp. 319-341, p. 333.

³⁷ MORALES PEILLARD, Ana María y SALINERO ECHEVERRÍA, Sebastián (2020): “¿Cómo Fallan y Controlan la Ejecución de las Penas Sustitutivas los Jueces?”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 33, N° 1: pp. 319-341, p. 334.

³⁸ CONTRERAS MUÑOZ, Cristóbal (2021): *La Pena de Prestación de Servicios Comunitarios en Chile: Entre el Control y la Intervención*. Actividad Final de Grado presentada a la Escuela de Gobierno de la Pontificia Universidad Católica de Chile para optar al grado de Magíster en Políticas Públicas, p. 7.

tuchos y más de cuatro millones en efectivo, entre otras cosas³⁹. Se les absolvió debido a que dichos elementos fueron encontrados en un control vehicular que no habría contado con los indicios exigidos en la ley para proceder a realizar un control de identidad⁴⁰. En consecuencia, los resultados de dicho control defectuoso serían una *prueba ilícita*, que según los jueces no podía usarse en contra de los imputados. En este caso se trataba de un delito flagrante, y sus autores quedaron en libertad. Esto se da por varias normas del Código Procesal Penal, como la que dispone que el juez de garantía “excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”⁴¹. Así, en el ejemplo que dimos, los jueces consideraron que el control vehicular efectuado en un exceso de celo policial, habría vulnerado la libertad ambulatoria, la intimidad y el debido proceso de los portadores ilegales de armas⁴².

Nuestro legislador tomó una visión extrema al momento de plantearse qué hacer con la prueba ilícita: decidió sancionar los errores o abusos de procedimiento sacrificando la verdad. En efecto, en otros países, como Alemania, no se toma una posición tan radical, pues “no toda prohibición de producción de prueba conduce sin más a una prohibición de valoración de la misma”, pues se aplica la “doctrina de la ponderación”⁴³. En ocasiones, nuestra Corte Suprema habría tratado de morigerar la radicalidad de la normativa chilena, estableciendo también criterios de ponderación⁴⁴. Sin embargo, como vemos, ello no ha sido suficiente.

En todo caso, incluso la ponderación de intereses alemana es discutible. ¿No sería mejor sancionar a quien cometió un abuso procedimental, pero mantener la vigencia de la prueba cuando ella indica –sin lugar a dudas– que alguien cometió un delito? En efecto, el mantenimiento del fin del proceso, alcanzar la verdad, sólo exige excluir la prueba ilícita cuando las personas sean coaccionadas a prestar una confesión o una declaración en un

³⁹ Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RUC 1800520600-2, RIT 72-2019, juicio oral.

⁴⁰ El artículo 85 del Código Procesal Penal. Los carabineros reportaron que el automóvil tenía vidrios polarizados, era de alta gama, era conducido a altas velocidades, y que los conductores tuvieron contradicciones, nerviosismo y sudoración. Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RUC 1800520600-2, RIT 72-2019, juicio oral.

⁴¹ Art. 276, inciso 3, Chile, *Código Procesal Penal* (12/10/2000). Otras disposiciones relevantes del mismo código son: el artículo 373.a) del Código de Procedimiento Penal, que permite que la Corte Suprema anule el procedimiento por infracciones de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales vigentes, y el 386, pues la Corte Suprema se basa en él para fijar el o los medios probatorios que deben ser considerados en la nueva audiencia. NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio (2017): “La Prueba Ilícita en las Diligencias Limitativas de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Chileno. Algunos Problemas”, *Ius et Praxis*, vol. 23, N° 1: pp. 195-246, pp. 212 y 213.

⁴² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de San Antonio, RUC 1800520600-2, RIT 72-2019, juicio oral, cons. noveno.

⁴³ HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor (2002): *La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno* (Santiago, Colección de Investigaciones Jurídicas. Universidad Alberto Hurtado) p. 32 y, para el detalle del sistema alemán, pp. 27-41.

⁴⁴ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio (2017): “La Prueba Ilícita en las Diligencias Limitativas de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Chileno. Algunos Problemas”, *Ius et Praxis*, vol. 23, N° 1: pp. 195-246, pp. 220-222.

sentido determinado, o cuando se tema fundadamente que se ha plantado o sembrado una prueba falsa. En cambio, cuando una prueba *real o demostrativa*⁴⁵ indica irrefutablemente que se cometió un delito, es razonable usarla aunque ella se haya obtenido de forma ilícita. Podemos ejemplificar esto con un caso reciente, en que dos carabineros inspeccionaron a una persona que manipulaba un papelillo, conducta que les pareció sospechosa en razón de la comuna donde se encontraban (lo que la Corte Suprema consideró discriminatorio). Como resultado, se enteraron de que la persona portaba un arma ilegal semiautomática⁴⁶. En dicho caso no hay peligro de que se le sancione injustamente, pues la persona efectivamente estaba cometiendo el delito de porte ilegal de armas de fuego. No sancionar a quien delinque atenta en contra de la seguridad de la sociedad y de las nociones básicas de justicia. Lo razonable sería sancionar al delincuente y también a los carabineros, en caso de que éstos hubieran cometido alguna falta.

Se puede declarar ilícita la prueba para desincentivar el actuar ilegal por parte de la policía y de los órganos de persecución penal. Sin embargo, ese mecanismo indirecto de sanción es poco eficiente. Más convendría sancionar a la policía que actuó inadecuadamente en forma directa, en proporción a gravedad de su actuación, pues la exclusión de la prueba no admite gradaciones. En efecto, toda ilegalidad cometida en la obtención de la prueba, con independencia de su mayor o menor gravedad tendría el mismo efecto de excluir la prueba, ya sea que se trate de una coacción seria o de una apreciación supuestamente discriminatoria –como inspeccionar a quien manipulaba un papelillo–⁴⁷. Ello no es así cuando se sanciona directamente a quien obtuvo la prueba ilegalmente, pues entonces se puede distinguir según la gravedad del ilícito.

Además, si la principal sanción al actuar ilegal de la policía al recolectar pruebas fuera la exclusión del medio probatorio, se beneficiaría sólo a las víctimas de un actuar ilegal cuando ellas fueran culpables de un ilícito, pues, por ejemplo,

si dos personas fueron afectadas por un ingreso forzoso en sus respectivos hogares, una de ellas inocente y la otra culpable, la policía encontrará prueba incriminatoria solamente en la morada de la persona culpable. Así, la víctima inocente de este acto ilegal no percibiría ningún beneficio de la exclusión de la prueba, porque simplemente no habría nada que la incriminara en su hogar. Por tanto, si el énfasis para castigar la coacción ilegal está puesto en

⁴⁵ Una definición amplia de la prueba real o demostrativa diría que se trata de elementos probatorios consistentes en “sucesos, comportamientos, situaciones u objetos que son o pueden ser directamente percibidos por el juzgador”. TARUFFO, Michele (2008): *La Prueba* (Madrid, Marcial Pons) p. 102.

⁴⁶ La Sala Penal de la Corte Suprema absolvió a esta persona, pues consideró que el solo hecho de ser vista con un papelillo no era suficiente para inspeccionarla, por lo que la policía lo habría hecho sólo debido a que era común ver transacciones de drogas y otros delitos en la población donde se encontraban fiscalizando. DELGADO, Felipe (2022): “Anulan juicio por porte ilegal de arma: Suprema cree que acusado fue vulnerado por tener papelillo”, *Biobiochile.cl*. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2022/12/14/suprema-anula-juicio-por-porte-de-arma-semiautomatizada-acusado-fue-vulnerado-por-tener-un-papelillo.shtml>. Fecha de consulta: 21/07/2023.

⁴⁷ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2016): “La Prueba Obtenida Mediante Coacción y su Inadmisibilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIX, N° 2: pp. 229-252, p. 243.

excluir la prueba, no se le otorgaría ningún resarcimiento a la víctima inocente, o esta recibiría un resarcimiento menor que el de la persona culpable⁴⁸.

Se ha afirmado que en nuestro ordenamiento, el principal fundamento de la prueba ilícita sería la *integridad judicial*, es decir, que el Estado debe tener una conducta intachable al perseguir el delito⁴⁹. Sin embargo, el modo de conservar irreprochable el actuar estatal es sancionarlo cuando viola sus deberes, no dejarlo impotente para conseguir sus fines, uno de los cuales es mantener la seguridad y el orden público. En efecto, el Estado no sólo existe para defender los derechos fundamentales, sino que también para alcanzar el bien común, dentro del cual se incluye la seguridad pública y el respeto del Estado de Derecho.

El legislador debe procurar un equilibrio entre los distintos fines del Estado. Si éste declara ilícita la prueba como resultado de un actuar ilegítimo de la policía o de los órganos de persecución penal, y anula la investigación de un crimen realmente cometido, el legislador estará velando sólo por uno de los fines estatales. En cambio, si junto con sancionar a quienes faltaron a sus deberes profesionales y vulneraron los derechos del detenido, mantiene en el proceso la prueba que permite alcanzar la convicción de que se ha cometido un crimen y de quién es su autor, se estará logrando el necesario equilibrio entre la protección de los derechos fundamentales y la seguridad pública.

Si no se modifica la legislación o su interpretación en esta materia, las personas seguirán escandalizándose por hechos como los descritos en esta sección, responsabilizando de esta injusticia a nuestros legisladores y jueces.

OTRAS CUESTIONES

Varios otros temas podrían ser repensados o estudiados por la doctrina y los especialistas, por ejemplo, el modo como se supervisa y se hace efectivo el pago de multas, pues junto con las penas privativas de libertad, son las principales sanciones que el Código Penal establece. En ese sentido, uno se pregunta si será efectivo su cobro, especialmente después de observar que multas en otras áreas son poco cumplidas. Por ejemplo, en 2020, la Superintendencia de Seguridad Social aplicó 137 multas por emitir licencias médicas fraudulentas, pero a diciembre de 2022, sólo un 17,7% habían sido pagadas⁵⁰. Esto llama la atención, pues se trata de personas que ejercen una profesión muy bien pagada y que deben tener un domicilio conocido. Es posible imaginar que sea más difícil obtener el pago por parte de personas con una menor estabilidad laboral, como suele ser el caso de los condenados penalmente. Hoy en día, la eliminación de antecedentes penales requiere el cumpli-

⁴⁸ PAÚL DÍAZ, Álvaro (2016): "La Prueba Obtenida Mediante Coacción y su Inadmisibilidad ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXIX, N° 2: pp. 229-252, p. 243.

⁴⁹ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CORREA ZACARÍAS, Claudio (2017): "La Prueba Ilícita en las Diligencias Limitativas de Derechos Fundamentales en el Proceso Penal Chileno. Algunos Problemas", *Ius et Praxis*, vol. 23, N° 1: pp. 195-246, pp. 207-219.

⁵⁰ CHÁVEZ, Max (01/12/2022): "Apenas un 17,7% de las multas a médicos 'Altos Emisores' de licencias ha sido pagado", *El Mercurio*, p. C1.

miento de las penas, lo que es un incentivo para el pago de las multas⁵¹. Sin embargo, los especialistas podrían también considerar incentivos adicionales⁵².

Algunos consideran que ni las penas en abstracto ni el aumento de dichas sanciones sean disuasivas, mientras que el incremento de posibilidades de que el delito y sus responsables sean efectivamente descubiertos y sancionados sí lograría una disminución del crimen. Para que esto último se logre, debe contarse con un sistema robusto de inteligencia policial. También es necesario que las personas que sufren delitos o crímenes estén dispuestas a denunciar. Por ello, el sistema debe entregar garantías de que las investigaciones darán fruto, y de que el denunciante, los testigos y demás personas que participen en los juicios estarán a salvo de posibles represalias. Respecto del primer punto, puede ser necesario inyectar más recursos o encontrar soluciones innovadoras para que el mecanismo de persecución penal pueda actuar rápidamente. Esto evitará algunas situaciones que se han ventilado en la prensa, como el caso de la víctima de un robo de computadores con GPS, que dio aviso a carabineros sobre el domicilio específico donde se encontrarían los aparatos, pero que obtuvo la respuesta de que ellos no podían actuar mientras el fiscal no diera la orden⁵³. En casos como esos, sería esperable que se establezca la obligación de carabineros de notificar inmediatamente al fiscal –por ejemplo, por teléfono– para que éste pueda dar la orden de investigar de manera expedita. En relación con el segundo problema, sobre la seguridad de las víctimas y testigos, este mes causó alarma la decisión de una jueza de garantía que ordenó a la Fiscalía revelar la identidad de cinco testigos protegidos en un caso contra el líder de uno de los grupos terroristas más activos del país⁵⁴. Esta decisión será recurrida, y es de esperar que sea revertida, pero preocupa la falta de empatía judicial con el temor de los participantes en un proceso de esta naturaleza. En todo caso, no es necesario referirse a juicios tan mediáticos para encontrar posibles medidas a tomar, pues podría pensarse en cuestiones tan sencillas como replantearse si es realmente necesario tener que exponer públicamente el domicilio de los intervinientes en un juicio, pues ello hace más fácil la toma de represalias.

Muchos otros temas podrían estudiarse, por ejemplo, mejoras a los sistemas de exclusión de menores de edad, el equilibrio entre los distintos énfasis que adopten los cursos penales que se ofrecen en la Academia Judicial, la consideración de la conducta que tuvieron los extranjeros en sus países de origen al considerar la atenuante de una irreprochable conducta anterior, entre otros. Sin embargo, ninguna reforma será realmente eficaz si como sociedad olvidamos que es necesario formar ciudadanos virtuosos, que busquen fundar su actuar en la ley divina, cuya promoción y cumplimiento es la única garantía de la paz social.

ÁLVARO PAÚL

*Director de la Revista Chilena de Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile*

⁵¹ Art. 1, CHILE, Decreto Ley N° 409 (18/08/1932): *Establece Normas Relativas Reos* (sic).

⁵² Quizá podría pensarse en una limitación de ciertos beneficios estatales o del acceso ciertos trámites, como renovar el carnet de conducir.

⁵³ ORCHARD PINTO, Hernán (03/08/2022): “Robos en Santiago”, *El Mercurio*, p. A2.

⁵⁴ COOPERATIVA.CL (18/04/2023): “Jueza Ordenó a la Fiscalía Informar Identidad de Cinco Testigos Protegidos en Causa contra Héctor Llaitul”, *Cooperativa.cl*.