

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de ley, en primer trámite constitucional, que modifica el Código Penal, para tipificar el delito de tenencia de elementos tecnológicos que permitan a las personas privadas de libertad comunicarse con el exterior.

[BOLETÍN N° 15.796-07.](#)

[Objetivo del proyecto](#) / [Constancias](#) / [Asistencia](#) / [Antecedentes](#) / [Aspectos centrales del debate](#) / [Discusión en general](#) / [Votación idea de legislar](#) / [Proposición de la Comisión y texto de proyecto de ley](#) / [Acordado](#) / [Resumen ejecutivo](#)

HONORABLE SENADO:

Vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tiene el honor de informar, en general, acerca del proyecto de ley de la referencia, en primer trámite constitucional, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señoras Ebensperger y Rincón, y señores Araya, Kast y Walker (signado Boletín N° 15.796-07), para cuyo despacho se ha hecho presente calificación de urgencia en el carácter de “simple”.

Se dio cuenta de esta iniciativa en la Sala del Senado en sesión de 11 de abril de 2023, disponiéndose su estudio por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento.

- - -

No obstante tratarse de una iniciativa de artículo único, la Comisión procedió a discutirla sólo en general, a fin de otorgar oportunidad a los Honorables Senadores que así lo estimaren para formular las indicaciones que consideren del caso.

- - -

OBJETIVO DEL PROYECTO

Sancionar como delito la tenencia de medios tecnológicos que permitan la comunicación con el exterior de recintos

penitenciarios, y no como contravención administrativa de las normas internas de disciplina del establecimiento.

- - -

CONSTANCIAS

Normas de quórum especial: No hay.

Consulta a la Excma. Corte Suprema: No hubo.

- - -

ASISTENCIA

Participaron en las sesiones presenciales y telemáticas que la Comisión dedicó al análisis de este asunto, además de sus miembros, el Honorable Senador señor Castro Prieto.

Concurrieron, también, los siguientes personeros:

- La Jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señora María Ester Torres, acompañada por los asesores jurídicos señora Flora Ben-Azul y señores Mario Araya, Rafael Ferrada y Felipe Rayo.

- El asesor legislativo del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, señor Vicente Riquelme.

- El Director de la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio Público, señor Marcos Pastén.

- El Director Nacional de Gendarmería de Chile, señor Sebastián Urra, en compañía del Jefe del Departamento de Inteligencia Penitenciaria, Coronel señor Óscar Luna; la Jefa del Departamento de Tecnovigilancia y Radiocomunicación, Coronel señora Atenea Crisosto; el Mayor señor José Ilufi, y el Mayor señor Alex Paillán.

- El Director Jurídico y Fiscal (S) de la Dirección General de Aeronáutica Civil, señor Alberto Mena.

- El penalista y académico de la Universidad Diego Portales, señor Antonio Bascuñán.

- Los asesores parlamentarios señora Alejandra Leiva y señores Carlos Lobos y Camilo Sánchez.

- - -

ANTECEDENTES

Para el debido estudio de este proyecto de ley, se ha tenido en consideración la [Moción de los Honorables Senadores señoras Ebensperger y Rincón, y señores Araya, Kast y Walker \(signada Boletín N° 15.796-07\)](#).

- - -

ASPECTOS CENTRALES DEL DEBATE

- Alcance del tipo penal y conductas incluidas.
- Posibilidad de afectación del derecho de comunicación del recluso, con motivo de la restricción penitenciaria de la libertad individual en el ámbito de la locomoción o desplazamiento físico de la persona.
- Proporcionalidad de las penas que se consultan.

- - -

DISCUSIÓN EN GENERAL¹

Al comenzar el estudio de la iniciativa la **Jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, señora María Ester Torres**, planteó que el objetivo del proyecto de ley es tipificar la tenencia de elementos que permitan la comunicación entre personas privadas de libertad y el exterior. Respecto a la estructura de la propuesta, dijo, se crea un nuevo tipo penal; se establece una sanción por omisión de denuncia; contempla una pena accesoria de inhabilitación; se modifica el régimen de ejecución de pena y, se establece la reserva de denuncia.

Actualmente, prosiguió la personera de Gobierno, el ingreso de teléfonos a establecimientos penitenciarios es sancionado por dos vías. La primera, mediante artículo 304 bis al Código Penal, incorporado

¹ Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 16 de mayo de 2023:

<https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2023-05-16/080230.html>

Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 17 de mayo de 2023:

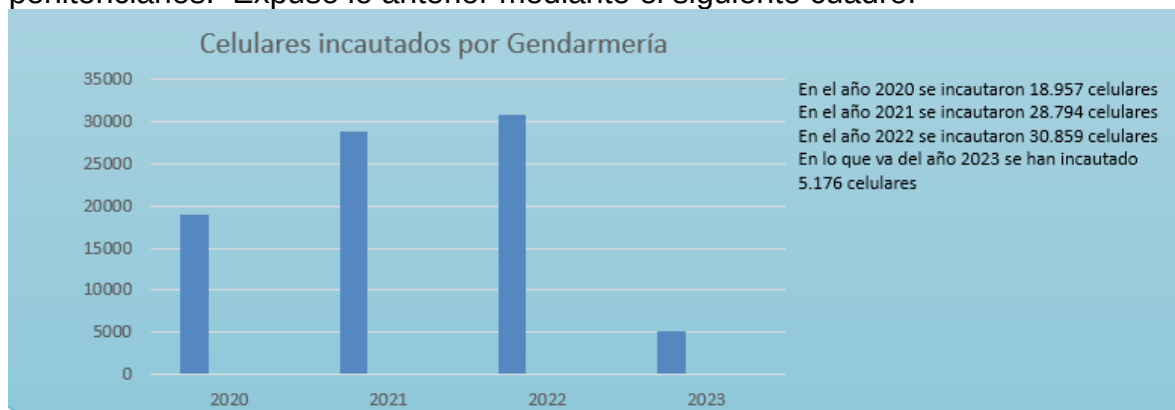
<https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2023-05-17/080103.html>

Sesión de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de fecha 30 de mayo de 2023:

<https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/constitucion-legislacion-justicia-y-reglamento/comision-de-constitucion-legislacion-justicia-y/2023-05-30/075844.html>

por la ley N° 21.494, y, por otro lado, el artículo 78 letra j) del reglamento de establecimientos penitenciarios, que tipifica esta conducta como una falta.

Sobre el fenómeno delictivo dentro de las cárceles, consideró atingente conocer algunas cifras sobre la labor de Gendarmería en el control de los elementos prohibidos dentro de los recintos penitenciarios. Expuso lo anterior mediante el siguiente cuadro:



Así, explicó, desde el año 2020 incrementó el número de celulares incautados.

En lo tocante a la aplicación de la ley N° 21.494, que sanciona el ingreso de teléfonos móviles al interior de la unidad penal, Gendarmería de Chile ha registrado 155 denuncias durante el año 2023, con 112 formuladas contra familiares de internos; le siguen 23 casos de denuncias a internos; 15 casos con autor desconocido; 4 contra funcionarios de Gendarmería y 1 en contra de un abogado.

Al respecto, prosiguió, el Ejecutivo ha avanzado hacia un modelo que busca impedir las comunicaciones inalámbricas no autorizadas. Con este fin, dijo, se tramita un proceso de licitación del servicio de telefonía de 14 recintos penitenciarios, el que estará asociado a la inhibición de las comunicaciones inalámbricas.

Enseguida, se refirió a la reserva de denuncia establecida en la iniciativa, y puntualizó que el proyecto aprobado en Comisión Mixta, sobre el estatuto de Protección al Denunciante, contempla modificaciones al artículo 174 del Código Procesal Penal, aspecto que consideró relevante tener a la vista (Boletines N°s 13.115-06 y 13.565-07 refundidos).

A continuación, el **académico señor Bascuñán** expuso apreciaciones y sugerencias sobre el proyecto de ley. Así las cosas, puntualizó que la iniciativa se enmarca en una política criminal acorde a las leyes N°s 21.494 y 21.555, contexto en el que salta a la vista que la finalidad perseguida por el legislador, prevenir el uso de aparatos de telecomunicación

para fines ilícitos, provoca que los tipos penales sean excesivamente sobreinclusivos.

La ley N° 21.555 tipificó los delitos de mayor importancia en el inciso final del artículo 304 bis del Código Penal, relató, así como la posibilidad de mantener vínculos con organizaciones criminales desde el establecimiento penitenciario a través de estos medios. Esto, convierte a estas conductas como delitos por uso de medios en sí mismos lícitos y, por tanto, si la norma penal quisiera concretar en el tipo el bien jurídico protegido tendría que hacer referencia a la finalidad del uso ilícito, como lo hace el inciso tercero del artículo 304 bis del referido código. Naturalmente, si la ley explicitara esa finalidad como un elemento subjetivo del tipo, generaría una escasa operatividad por la dificultad probatoria, por esto, el legislador invoca una finalidad precisa y tipifica de modo exorbitantemente y extensivo la conducta punible, generando un problema de legitimación de la norma, al ser excesiva en relación a su finalidad.

En su opinión, esta situación afecta la tipificación del delito de tenencia de dispositivos de comunicación, porque, si la finalidad es evitar el uso ilícito, la desaparición de esta ilicitud genera una sobreinclusividad del tipo, que demuestra que la norma es excesiva, presentando un problema de legitimidad por desproporción.

Fue del parecer que las dos modificaciones realmente apuntan a una idea emergente, que la modernidad de los últimos tiempos ha afectado ciertos presupuestos antropológicos, específicamente, asumir que la libertad del movimiento del cuerpo en el espacio es la condición más importante del ejercicio de la libertad general de acción, en tanto, no por el movimiento del cuerpo en sí mismo sea un fin, sino porque la primera es el presupuesto de la segunda. De hecho, agregó, la mayor parte de las acciones que las personas realizan están vinculadas a un desplazamiento espacial de su cuerpo, entonces, impedirlo, tiene un efecto masivo de restricción de la libertad general de acción.

En este contexto, añadió, la telecomunicación ofrece un margen de libertad general de acción que con el tiempo se ha vuelto casi equivalente al desplazamiento del cuerpo en el espacio. Esto quedó demostrado durante el confinamiento producto de la pandemia, en que nos vimos obligados a realizar nuestras acciones mediante estos medios.

En su opinión, detrás de estas modificaciones legales existe un reconocimiento de que la pena privativa de libertad es tan relevante en cuanto impedimento de libertad de locomoción como de telecomunicación, porque dadas las condiciones actuales, si solo se impidiera la libertad de desplazamiento del cuerpo en el espacio, disminuiría el impacto de la pena. Esto significa que en el futuro la tematización de la

libertad de telecomunicación, se dará por ser un presupuesto de la libertad general de acción, y, probablemente, se consagrará como derecho fundamental, y la normativa penitenciaria deberá regularlo como un efecto restrictivo de la libertad general.

Enfatizó la importancia de entender que la libertad de telecomunicación debe someterse a un régimen de restricción, como consecuencia de la privación de libertad, y que hoy se expresa los reglamentos de Gendarmería, pues se evidencia preocupación del legislador por asegurar un efecto sobre la libertad de comunicación, que debe asociarse a la privación de la libertad de movimiento.

A partir de esa reflexión, agregó, se provee una justificación distinta para no considerarla una restricción sobreinclusiva, en armonía con los artículos 304 bis y 304 ter que se proponen, y así, reformar penalmente esta restricción a la libertad de telecomunicación y consecuentemente, dar a la pena privativa de libertad el efecto de afectación de derechos fundamentales que se espera que tenga.

Así las cosas, el señor profesor sugirió modificar la redacción del texto y agregar algunos aspectos regulatorios, a saber:

- Agregar en el inciso primero que el privado de libertad se encuentra en un establecimiento penitenciario, porque si bien puede parecer una obviedad, resulta útil mencionarlo explícitamente, para mantener congruencia con el artículo 304 bis.

- En segundo lugar, propuso agregar una cláusula de accesoriadad administrativa, es decir, indicar que la legislación prohíbe aquello no autorizado por la reglamentación. Así, permite que la reglamentación autorice la tenencia de estos aparatos, tal como en el artículo 304 bis.

- Para mantener la congruencia en el lenguaje del Código Penal, planteó usar el verbo futuro del subjuntivo, es decir, reemplazar el término “tenga” por “tuviera”.

- En el inciso segundo, referido a la omisión de denuncia, sugirió precisar la redacción sobre los elementos de la tenencia y, al mismo tiempo, introducir dentro del objeto de referencia, la tenencia de los demás elementos cuya posesión está prohibida por la ley. Sí el proyecto dota a estos dispositivos del estatuto de objetos de tenencia prohibida, también la omisión de denuncia debería referirse a cualquier otro elemento prohibido.

- Luego, propuso sustituir la referencia a la agravación de la pena y en lugar de señalar que “no se aplicará en su grado mínimo” utilizar la frase “se la aplicará en su máximum”, porque la pena que

establece el proyecto es de un solo grado, presidio menor en su grado mínimo, *ergo*, no hay tramos equivalentes al grado. Por tanto, siendo de un solo grado, no hay grado máximo ni mínimo, sino que se divide en dos mitades, la superior y la inferior, y el término que el código del ramo utiliza es “máximum” o “mínimum”. Asimismo, prosiguió, al decir “no se aplicará el mínimo” resulta conveniente decirlo en términos positivos “se aplicará el máximum” y unir esta pena agravada con la de inhabilitación que prevé el proyecto.

- En lo tocante al inciso cuarto, que alude a las consecuencias para el régimen penitenciario, sugirió explicitar que se trata de personas privadas de libertad en un establecimiento penitenciario, en armonía con el inciso primero y con el artículo 304 bis, y para simplificar la referencia a los elementos cuya posesión es prohibida y, a su vez, sea constitutiva de delito, y no como elementos prohibidos cuya posesión sea constitutiva de delito, porque podría dar lugar a una interpretación que exija dos consideraciones de prohibición.

- Que el proyecto establezca que las penas se entenderán sin perjuicio de las sanciones administrativas disciplinarias, para que exista sea una sola regla y no dos, ubicada al final del precepto y en el inciso final.

- Adicionalmente, planteó la necesidad que incorporar un artículo 304 quáter que incluya una exención de pena por el delito de omisión de denuncia, que cubra a dos rangos de personas. Por una parte, a aquellos exentos de pena por encubrimiento, en tanto, resulta lógico que esas mismas personas tampoco tengan responsabilidad penal por omitir la denuncia del delito de tenencia prohibida. En segundo lugar, excluir al abogado defensor, para evitar un dilema ético, porque no puede esperarse que el abogado actuare en contra de su cliente.

A mayor abundamiento, explicó que los delitos de posesión son de naturaleza permanente, cuando se denuncia se previene que permanezca cometiéndose y, al mismo tiempo, se denuncia un delito pasado. En ese contexto, un abogado no tiene el deber de confidencialidad respecto de delitos futuros, pero sí lo tiene respecto de delitos pasado, conforme al deber de confidencialidad establecido por la ética profesional, resguardado en el artículo 281 del código penal, reconocido además por los códigos procesal civil y de procedimiento civil.

En ese marco, el académico sugirió establecer las siguientes hipótesis normativas:

“Artículo 304 ter. El que, encontrándose privado de libertad en un establecimiento penitenciario, tuviere en su poder intercomunicadores, teléfonos, partes de ellos, chips telefónicos u otros

elementos tecnológicos que permitan comunicarse con el exterior, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

El que conociendo la tenencia de los elementos a que refiere el inciso precedente, o de cualquier otro elemento cuya posesión sea constitutiva de delito, no la denunciare a la autoridad del establecimiento penitenciario, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo. Si el que omitiere denunciar fuere un abogado, procurador o empleado público, la pena se le aplicará en su máximo y será sancionado además con suspensión en su grado mínimo a inhabilitación absoluta temporal en cualquiera de sus grados para el ejercicio de la profesión o del cargo u oficio, respectivamente.

En todo caso, la denuncia tendrá carácter reservado.

Las personas privadas de libertad en un establecimiento penitenciario que incurran en las conductas descritas en el inciso primero de esta disposición, o que tengan en su poder cualquier otro elemento cuya posesión sea constitutiva de delito, no podrán postular a los beneficios de rebaja de condena, libertad condicional y beneficios intrapenitenciarios de salida al medio libre, durante un año contados desde el hallazgo. En caso de reincidencia, el condenado perderá la facultad de postular a tales beneficios durante el tiempo que dure la condena por la comisión del delito.

Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las sanciones que fueren procedentes conforme al Reglamento de Gendarmería.

Artículo 304 quáter. Están exentos de las penas impuestas por el inciso segundo del artículo precedente el abogado defensor de quien tuviere en su poder los elementos a que se refiere dicho inciso, su cónyuge o conviviente civil y sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado.”.

El Honorable Senador señor Cruz-Coke, junto con agradecer las sugerencias y valorar positivamente la iniciativa, sostuvo que la idea de incorporar un artículo 304 quáter resultaría de toda lógica. En tal sentido, el señor Senador consideró llamativo que al interior de los recintos penitenciarios se reproduzca la jerarquía que opera en las organizaciones delictivas, así como la facilidad con que puedan operar teléfonos celulares. Por lo mismo, consideró oportuno complementar el proyecto de ley y exigir que los chips sean registrados al momento de su adquisición en una compañía de telecomunicaciones. Por otro lado, previno sobre la importancia de entender las razones de este fenómeno delictual y su permanente ocurrencia.

El **Honorable Senador señor Huenchumilla** concordó con el objetivo perseguido por la iniciativa, en consideración a la frecuencia con que se cometen delitos mediante medios de telecomunicación. Sin embargo, manifestó dudas sobre el tipo penal, porque cuando el ordenamiento jurídico establece una sanción que priva de libertad al condenado en un establecimiento penitenciario debería también determinarse el alcance de la privación. Lo anterior, implica en la especie que el condenado a una pena privativa de libertad no podrá comunicarse con el exterior, por lo que cabe preguntarse si la sola tenencia de un celular es suficiente para constituir un delito. Con todo, añadió, debe tenerse presente que hay un reglamento sobre disciplina interna en los recintos penitenciarios que pueden prohibir la tenencia de teléfonos celulares u otros elementos similares.

En armonía con lo anterior, concluyó, cabe preguntarse el sentido y alcance de la libertad, si alcanza su dimensión de locomoción y, además, de comunicación.

Al concluir, consultó si solo se sancionará penalmente o también disciplinariamente por aplicación del respectivo reglamento carcelario, por la posibilidad de que ello suponga castigar doblemente al recluso, aunque con sanciones de distinta naturaleza.

La **Honorable Senadora señora Ebersperger**, refiriéndose a la diferencia entre las libertades de locomoción y de telecomunicación (distinción que el Código Penal no previó), señaló que debería analizarse cómo se define la pena y cuáles son sus consecuencias, porque si se considera que ante conductas graves se le privará de libertad a un individuo en resguardo de la convivencia pacífica de la sociedad, esa privación debería abarcar todos los aspectos.

Seguidamente, la señora Senadora se mostró partidaria de que la tenencia de estos elementos prohibidos por el Reglamento de Gendarmería se tipifique además como delito, porque la responsabilidad administrativa es distinta a la penal y, en su concepto, no se vulneraría el principio *non bis in ídem*.

Respecto a la licitación del servicio destinado a inhibir las comunicaciones inalámbricas, hizo presente que en otros ordenamientos jurídicos se ha optado por permitirlos, precisamente con la finalidad de escuchar y obtener información que aporte a la investigación y a la persecución criminal.

El **Honorable Senador señor Castro Prieto** consideró que una persona privada de libertad debe perder esta clase de beneficios, en particular la tenencia de aparatos de comunicación.

A continuación, la **Jefa de la División Jurídica del Ministerio del ramo, señora Torres**, indicó que en las cárceles sí se han efectuado escuchas telefónicas y coincidió en que la comunicación al interior de los recintos ha sido un tema controvertido. Por este motivo, dijo, se da preferencia a la comunicación mediante teléfonos fijos, régimen que también opera para funcionarios de Gendarmería, determinando la forma en que se deben utilizar los celulares. De aquí surge la necesidad de establecer excepciones en el reglamento del personal, de manera tal que puedan usar elementos de comunicación en casos determinados.

A partir de los datos expuestos por Gendarmería, adujo, se constata que este año ha disminuido la cantidad de casos, sobre todo los vinculados a abogados y funcionarios, probablemente por la incorporación del nuevo artículo 304 bis.

Ante la consulta de la **Honorable Senadora señora Ebensperger** relativa a la pertinencia de mantener la infracción y sanción administrativa establecida en el Reglamento de Disciplina Interna de Recintos Penitenciarios, el **académico señor Bascuñán** comentó que un tema debatido en la Cámara de Diputados durante la tramitación de la ley N° 21.494 fue la justificación de una regla de esta naturaleza, si era exclusivamente para evitar la comisión de delitos desde el establecimiento penitenciario, o bien, para evitar la participación en la criminalidad organizada desde estos lugares. Si es esta última, la regla que ya existe y la que se propone en esta iniciativa sería sobreinclusiva, porque persiguiendo una finalidad selectiva establece una prohibición masiva, exponiéndose a un reproche desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

Respecto de la pregunta de si puede haber alguna justificación desde el punto de vista de la proporcionalidad para aceptar la legitimidad de una sobreinclusión en el tipo, es decir, que abarque muchos comportamientos que no se consideran peligrosos, la técnica legislativa debería vincularse a la incriminación de acciones preparatorias del delito que se cometerá mediante la telecomunicación (como es el inciso final del artículo 304 bis), o tendría que ser una agravante de la comisión de este delito (como sucede, por ejemplo, con el delito de amenazas), o una agravación de la asociación ilícita.

La otra manera de entender estas reglas, prosiguió, es asumir la relevancia de la libertad de telecomunicación como una figura distinta de la libertad ambulatoria. Así como el desplazamiento del cuerpo en el espacio es un presupuesto de una gran cantidad de acciones, hay otras que se realizan mediante telecomunicación.

El académico acotó que la pena privativa de libertad se justifica como la afectación más lesiva de la libertad general de

acción mediante el encierro, que no puede ser total atendidos los límites que surgen del respeto a los derechos humanos, al principio de la dignidad personal y a la orientación de la pena a la resocialización. Estos aspectos exigen límites a la afectación total de la libertad general de la persona. La telecomunicación hacia el exterior, continuó, cobró relevancia inusitada respecto de las demás acciones sujetas a reglamentación, porque hoy se permite una libertad general de acción.

Respecto al efecto de la pena privativa de libertad sobre la libertad de telecomunicación, respondió que si se busca que la pena sea una afectación masiva de la libertad general de acción, sí debe restringirse de forma relevante. Sin embargo, en circunstancias que se trata de un tema incipientemente regulado (los dos delitos que se introducen en el Código Penal encabezan esta materia), surgen problemas a la hora de regular la restricción de la libertad de comunicación como un efecto de la pena privativa de libertad.

En este escenario, reflexionó, cabe preguntarse si es conveniente contar con medios instrumentales de control, porque la privación de libertad descansa en que el Estado mantiene un régimen de encierro que impide el abandono físico. Entonces, sería razonable pensar que en el futuro existirán medios para impedir la telecomunicación en términos similares al impedimento para abandonar el recinto penitenciario, al tratarse de una materia que recientemente ha comenzado su desarrollo.

Finalmente, el académico explicó que no habría afectación al principio del *non bis in ídem*, dado que las razones que fundamentan la sanción penal son distintas a la sanción administrativa. Sin embargo, acotó, desde el punto de vista de la afectación de los derechos, sería conveniente establecer un régimen de conmensuración y abono de una sanción a otra, para evitar problemas de desproporción al acumular ambas sanciones.

El académico, en relación con la importancia del estatuto del derecho a la comunicación y, en particular, de la telecomunicación de las personas condenadas a penas privativas de libertad y sometidas a encierro en establecimientos penitenciarios, señaló que el estatuto del derecho a la telecomunicación (como una clase especial del derecho a la comunicación de las personas privadas de libertad) tiene un cierto déficit legal. En efecto, añadió, el artículo 80 del Código Penal establece que el régimen de la ejecución de la pena privativas de libertad se sujeta a la ley, al reglamento aplicable a los distintos establecimientos penitenciarios y a la regulación general de las comunicaciones, presenciales y de telecomunicaciones.

Así las cosas, arguyó, la comunicación de la persona privada de libertad es *prima facie* un derecho cuyo ejercicio está

sujeto a regulación reglamentaria. No obstante, la propia ley lo considera un derecho de la persona privada de libertad, al ser la primera consecuencia del quebrantamiento de condena la incomunicación por un determinado plazo, conforme al artículo 90 del Código Penal. Se debe distinguir reglamentariamente entre comunicaciones permitidas y prohibidas. Sobre esta base, agregó, los artículos 304 bis y 304 ter propuestos refuerzan las prohibiciones reglamentarias de telecomunicación: primero, prohibiendo bajo amenaza de pena la introducción de dispositivos de telecomunicación no autorizados; segundo, prohibiendo bajo amenaza de pena la posesión de dispositivos de telecomunicación no autorizados. En ese marco, se trata de un refuerzo del régimen reglamentario de regulación del derecho a la comunicación por vía de telecomunicación.

Es importante determinar lo que el legislador persigue con esta regulación, esto es, prevenir ciertas formas de uso ilícito de los medios de telecomunicación (coordinación de grupos de asociaciones ilícitas o de delincuencia organizada) o el empleo de los medios de telecomunicación para cometer determinados delitos. De todas las reglas que inciden en esta materia, acotó, la única diseñada de modo no excesivo es el actual inciso tercero del artículo 304 bis, porque califica la pena respecto de la introducción de dispositivos de telecomunicación asociados a la finalidad de cometer un determinado número de delitos, dentro de los cuales no se contempla la amenaza. Las otras dos disposiciones (inciso primero del actual artículo 304 bis, e inciso primero del artículo 304 ter propuesto) están redactadas de un modo manifiestamente sobreinclusivo, porque no afectan solamente el uso ilícito para ese propósito, sino que cualquier otra forma de uso. De esta forma, el legislador debe afinar la redacción de estas normas para hacerlas coincidir con la finalidad que declara, pero ello tendría un problema de operatividad porque se debería probar el elemento subjetivo.

El Director de la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio Público valoró esta iniciativa legal debido a que busca evitar la comisión de delitos desde los recintos penitenciarios. De esta forma, prohíbe a las personas privadas de libertad telecomunicaciones destinadas a la perpetración de determinados delitos, que generalmente dicen relación con las denominadas estafas telefónicas. La norma propuesta, añadió, establece un estándar relativo a que estos elementos tecnológicos deben permitir comunicarse con el exterior del recinto penitenciario. Así, se deberá acreditar mediante un informe técnico la aptitud del aparato para comunicarse con el exterior. Aunque la iniciativa legal traslada la obligación de denuncia de los funcionarios públicos a personas que no tienen esa calidad, la denuncia o delación dentro de los códigos de los internos es altamente reprobada.

En relación con los procedimientos de incautación de teléfonos celulares en los establecimientos penitenciarios, el **Jefe del**

Departamento de Inteligencia Penitenciaria de Gendarmería de Chile señaló que los referidos procedimientos se llevan a cabo tanto al ingreso al recinto como posteriormente en su interior. En tal sentido, se ha confeccionado una estadística (de cuatro años a la fecha) de los elementos tecnológicos incautados mediante los distintos procedimientos llevados a cabo al interior de los establecimientos penitenciarios.

El **Mayor de Gendarmería señor Ilufi** hizo presente que el ingreso de elementos prohibidos a los recintos penitenciarios se encuentra tipificado como delito, conforme a la ley N° 21.494, a diferencia de su tenencia al interior de los mismo, la cual constituye sólo una falta al reglamento de establecimientos penitenciarios N° 518, de acuerdo con su artículo 78, letra j), que sanciona la introducción y tenencia de teléfonos celulares, máquinas fotográficas, lentes larga vista, filmadoras, etc. A su vez, la sanción se establece en el artículo 81 del mismo cuerpo reglamentario y pueden ser tres, de acuerdo a la gravedad de la falta (graves, menos graves y leves). Así, el ingreso de un teléfono celular constituye una falta grave y le es aplicable las letras i), j) y k), del referido artículo 81, que establecen sanciones que van desde la privación por un mes de toda visita y correspondencia con el exterior hasta asilamiento en celda solitaria por cuatro fines de semana o internación en celda solitaria por períodos que no excedan de diez días.

En lo que atañe a los procedimientos de incautación que se ejecutan al ingreso de recintos penitenciarios, explicó que se realiza la correspondiente denuncia al Ministerio Público, los objetos incautados se entregan a las policías, según disponga el fiscal de turno, y se derivan los demás antecedentes y medios probatorios al ente persecutor.

Respecto de los procesos de incautación efectuados al interior de los recintos carcelarios, explicó que, al momento de la incautación, se confecciona la documentación respectiva, esto es, parte interno, declaración de testigos y demás medios probatorios, los cuales se ponen en conocimiento de la jefatura de la Unidad con el objeto de que pondere los hechos y, eventualmente, califique la conducta como una falta al régimen interno, conforme lo establece el reglamento. Con posterioridad, la jefatura de la Unidad escuchará al infractor, ponderará estos hechos y deberá distinguir la calidad procesal del infractor. En efecto, si se trata de un imputado, previo a imponer la medida disciplinaria, la comunicará la juez de la causa, para que éste la acoja o la deje sin efecto. En tanto, si el infractor es un condenado, se debe distinguir si se trata de la primera medida disciplinaria, donde la sanción se hará por resolución fundada. En caso de reiteración, el jefe de la Unidad comunicará la sanción al juez competente del lugar de reclusión, quien en ningún caso podrá autorizarla o dejarla sin efecto.

En lo relativo a la incautación de teléfonos celulares al interior de recintos carcelarios, el Mayor de Gendarmería de Chile comentó que el año 2020 se incautaron 18.957 unidades; en 2021, 28.794; en 2022, se incautaron 30.859 aparatos, y en lo que va del presente año 5.176.

Sobre la incautación de elementos prohibidos al ingreso de los recintos penitenciarios, sostuvo que 111 casos corresponden a visitas de los privados de libertad; 23 a privados de libertad; 15 casos desconocidos; 4 de funcionarios penitenciarios, y un caso de abogado. En cuanto a la incautación con responsables al interior del recinto penitenciario, indicó que el año 2020 se incautaron 4.550 teléfonos celulares; el año 2021, 4.933; el año 2022, 5.659, y en lo que va del presente año 2.131 aparatos.

A su turno, la **Coronel de Gendarmería señora Crisosto** informó que las tecnologías que se utilizan en los procesos de revisión están dirigidas a las visitas, abogados, personal en general y a la población penal. Estos procesos dicen relación con registros corporales y allanamiento de dependencias de los internos, practicados por el personal de vigilancia de Gendarmería mediante paletas detectoras de metales. Dentro del equipamiento utilizado se encuentran las máquinas de rayos X, que funcionan a través de radiación ionizante, catalogadas de tercera generación, es decir, no son radiactivas porque funcionan mediante conversión eléctrica a radiación. También se utilizan scanner corporales de rayos X para la inspección de personas en los sectores de visitas, los cuales sirven para detectar elementos ocultos en las cavidades corporales y poseen un protocolo de funcionamiento aprobado por la autoridad sanitaria, principalmente relacionado con criterios de exclusión (menores, mujeres embarazadas, etc.). Además, precisó que la revisión practicada mediante estos equipos es aleatoria y selectiva.

Para el personal de Gendarmería, puntualizó, se utiliza un scanner de ondas milimétricas, que no es ionizante y funciona mediante radio frecuencia, lo que permite detectar elementos que estén ocultos entre el cuerpo y la vestimenta de la persona. La mayoría de los centros penitenciarios, agregó, cuenta con pórticos y paletas detectoras de metales; sin embargo, la distribución del resto de la tecnología se realiza conforme a la infraestructura y los procesos de registros que deben confeccionar las diferentes unidades penitenciarias. Con todo, la utilización de tecnología no permite la detección exacta de todos los teléfonos celulares que ingresan a los recintos penitenciarios. Existen otros métodos para el ingreso de estos elementos, por ejemplo, los lanzamientos desde el exterior de la unidad penal.

El Director Jurídico y Fiscal (S) de la Dirección General de Aeronáutica Civil recordó que, conforme al inciso segundo del artículo 37 del Código Aeronáutico, la institución que representa cuenta con

las atribuciones para establecer las formas de operación de las aeronaves piloteadas a la distancia. Estas atribuciones, añadió, se ejercen de acuerdo con la ley orgánica de la institución, la cual entrega facultades para la fiscalización de la operación de aeronaves y la dictación de normas al respecto. En virtud de estas facultades, el Director General ha dictado dos normas aeronáuticas, las DAN 91 y 151, que regulan la operación de las aeronaves piloteadas a distancia y exigen una autorización de la DGAC, respecto de cada operación, registro de las aeronaves y el otorgamiento de una credencial para las personas que las piloteen.

La dictación de la ley N° 21.494 introdujo la figura del artículo 304 bis del Código Penal, que establece una fórmula genérica relativa al ingreso por cualquier medio, lo cual incluye aeronaves o drones. Las DAN 91 y 151 han establecido la prohibición del sobrevuelo de drones por encima instalaciones carcelarias, de tal manera que para realizar la conducta se debe contar con autorización de quien administra el recinto penitenciario.

La DGAC ha ejercido su función fiscalizadora en coordinación y con apoyo de Carabineros de Chile, porque no cuenta con atribuciones para exigir la identificación de personas al momento de la fiscalización. Además, ha asesorado a quienes lo han requerido respecto del uso de inhibidores de operación de este tipo de aeronaves en las cercanías de recintos públicos y carcelarios. Al tratarse de una prohibición administrativa son aplicables las normas contenidas en el artículo 184 del Código Aeronáutico, que conceden a la DGAC la facultad de conocer cualquier infracción a las normas impartidas. Con todo, el departamento jurídico de la referida institución tiene bajo su conocimiento una serie de procesos por la operación de estas aeronaves sin dar cumplimiento a las exigencias requeridas por la autoridad (autorización previa, uso de credencial e inscripción de aeronave en el registro de la DGAC). En caso de configurarse algún ilícito, la DGAC ejerce las acciones penales correspondientes y realiza las denuncias al Ministerio Público, de ser procedente.

El Honorable Senador señor Galilea consultó acerca de la utilización de inhibidores de señal de telefonía celular dentro de los recintos penitenciarios. A su entender, esta tecnología se utilizó en algunas cárceles concesionadas generando una serie de problemas porque no sólo se inhibía la señal dentro de los recintos carcelarios sino también en las poblaciones aledañas. Sin embargo, esta tecnología se ha desarrollado con mayores niveles de precisión, por lo cual el perímetro sobre el cual se inhibe una señal es más exacto, sin generar trastorno al vecindario. Del mismo modo, se ha sostenido que el costo de dicha tecnología, en función del desarrollo alcanzado, ha disminuido considerablemente.

En ese marco, el señor Senador consultó por los planes establecidos en materia de adquisición de tecnología inhibitoria, por cuanto el uso de esta tecnología puede ser más eficiente que una norma penal sancionatoria. Asimismo, interrogó si el sobrevuelo de drones por sobre recintos penitenciarios se encuentra inhibido y si la DGAC tiene la capacidad para hacerlo.

El Honorable Senador señor Cruz-Coke consultó si la tecnología utilizada por Gendarmería de Chile es suficiente, o si existen carencias en esta materia. En el mismo sentido, preguntó si se implementó alguna medida en particular que haya permitido disminuir considerablemente los teléfonos móviles incautados este año.

Por otra parte, hizo presente que los teléfonos celulares cumplen funciones adicionales a la telecomunicación, por ejemplo, entretenimiento. Al efecto, inquirió si se ha alegado algún tipo de discriminación por la incautación de estos aparatos tecnológicos.

En lo que atañe a la prohibición de sobrevuelo de drones en recintos penitenciarios, interrogó si ésta se extiende también a los alrededores y si se cuenta con la tecnología idónea para detectarlos.

La Honorable Senadora señora Ebensperger señaló que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos licitó la contratación de inhibidores para catorce recintos penitenciarios. Al respecto, consultó por qué se consideraron sólo catorce unidades penales.

En otro orden de ideas, interrogó por qué el tipo penal propuesto sobre tenencia de elementos prohibidos es sobreinclusivo y, por ende, afectaría el principio de proporcionalidad. Al efecto, hizo presente que el actual artículo 304 bis sanciona como delito el ingreso de elementos prohibidos a los recintos carcelarios. En el mismo sentido, interrogó qué es más aconsejable, no tipificar la conducta de tenencia o hacerlo con las observaciones que se han formulado.

Por otra parte, preguntó si la tecnología necesaria para detectar el ingreso de estos elementos prohibidos se encuentra en todos los recintos penitenciarios de nuestro país, y por la eficacia de la tecnología destinada a pesquisar la observancia de la prohibición de sobrevolar recintos penitenciarios.

La Jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, luego de aclarar que la licitación de inhibidores se realizó a través de Gendarmería de Chile, acotó que la elección de los catorce penales dice relación con centros de administración directa de Gendarmería.

El Inspector Operativo (S) de Gendarmería de Chile comentó que la institución ha sido apoyada en forma permanente por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en búsqueda de la tecnología que permita inhibir el ingreso de elementos prohibidos y controlar el espacio aéreo de los establecimientos penitenciarios. Los recursos que se han entregado a Gendarmería se han distribuido principalmente a las unidades consideradas prioritarias, por concentrar mayor perpetración de delitos. La tecnología adquirida, enfatizó, se debe perfeccionar constantemente porque los métodos para ingresar elementos prohibidos a los penales también van evolucionando. Actualmente, agregó, los teléfonos celulares se utilizan para cometer delitos como la extorsión, estafa y amenaza, entre otros.

En lo tocante a la licitación de equipos inhibitorios, la **Coronel señora Crisosto** informó que ésta se encuentra en curso, y en la etapa de visitas a terreno de las diferentes empresas. La licitación consiste en un sistema integral de gestión de telefonía para personas privadas de libertad y no tiene costo para la institución, porque la inhibición se financia mediante teléfonos públicos al interior del recinto penitenciario. Estos teléfonos públicos permitirán tener biometría y eliminar el dinero circulante que existe en los penales. Se eligieron catorce recintos penales porque esta tecnología sigue teniendo un alto costo, esto es, cerca de \$3.000 millones por unidad penal. Los penales elegidos son de alta gestión operativa y comprenden desde la Región de Arica y Parinacota hasta la de La Araucanía.

La tecnología de inhibición que se aplicó anteriormente, añadió, no afectaba solamente al interior del recinto penitenciario sino también las propias comunicaciones de Gendarmería, esto es, equipos radiales y sistemas de seguridad electrónica. Posteriormente, se incorporó un sistema híbrido que incluía un sistema de gestión, pero que no cumplía con la cobertura solicitada. En 2019 se probó en las unidades de Colina un sistema de radiofrecuencia, lo que permite analizar, controlar y gestionar las comunicaciones al interior de los recintos. A su vez, estimó que es necesario aclarar que no está permitido realizar inhibición, por lo cual se deben buscar alternativas que permitan detectar y bloquear el teléfono celular, con el objeto de impedir que se realice una llamada. Esta tecnología, añadió, se incorporará en los sectores de dormitorios de la población penal para evitar afectar una zona exterior. Estos sistemas pueden venir acompañados de aparatos que sirvan para la detección porque la inhibición funciona a través de georreferenciación, la cual indica en un rango determinado, donde se pueden encontrar los teléfonos celulares; no obstante, esta tecnología permite discriminar antes de inhibir un determinado teléfono.

En relación con los drones, afirmó que actualmente se cuenta con dos sistemas de detección automatizada. Uno incorporado en la cárcel de alta seguridad, que permite la detección de

drones con un rango aproximado de cinco kilómetros. Esto permite detectar aeronaves que vuelan sobre el espacio aéreo del recinto penitenciario y visualizar drones que se encuentren sobrevolando en otras unidades penales. Asimismo, sostuvo que se cuenta con maletas detectoras estacionarias de drones y equipos antidron, que permiten devolver el aparato hacia el operador o realizar su descenso de forma controlada e incautarlo.

Luego, aseguró que la única tecnología con que se encuentra en todos los recintos penitenciarios son los arcos y paletas detectoras de metal, otro tipo de tecnología es complementaria, de acuerdo a la infraestructura y a la calidad de las redes eléctricas de los recintos. Este año, agregó, se inyectaron \$4.200 millones para incorporación de nuevas tecnologías que permitirá reforzar controles de seguridad.

El Director Jurídico y Fiscal (S) de la DGAC indicó que actualmente el número de naves piloteadas a distancia ha aumentado en forma sustancial, incluso para la realización de trabajos aéreos. Ciertamente, numerosas empresas están utilizando este tipo de naves para realizar fotografías, control de heladas, etc., por ende, se trata de una tecnología que está avanzando y es más económica, debido a que no requiere de pilotos. Luego, hizo hincapié en que existe una expresa prohibición de sobrevolar recintos penitenciarios, pero no de sus proximidades.

En este orden, se ha analizado la posibilidad de establecer algún mecanismo de control de ingreso al país de estas aeronaves, con el objeto de precisar quien es el propietario de ellas; sin embargo, esta no es una atribución de la DGAC, por cuanto sólo tiene competencia en torno a la operación de estas aeronaves. Al efecto, precisó que la prohibición de sobrevuelo es sólo respecto del recinto penitenciario y no respecto de sus alrededores. El propio Código Aeronáutico dispone la libertad de vuelo, por ende, la prohibición sólo se puede establecer mediante ley; sin embargo, el referido cuerpo legal permite la restricción de operación sólo por razones de seguridad nacional o de carácter militar.

Actualmente, dijo, la DGAC está analizando el uso de tecnologías que permitirían identificar no sólo el dron, sino también quién lo opera.

El profesor señor Bascuñán explicó que la cuestión relativa a la sobreinclusividad o infrainclusividad se determina comparando todo el ámbito de comportamiento que queda prohibido o que son definidos como hechos punibles por el tipo penal y la finalidad de protección que el legislador persigue. En consecuencia, respecto de esta finalidad las normas pueden ser sobreinclusivas o infrainclusivas, o bien, tener congruencia. La norma infrainclusiva, añadió, generará cuestiones en su aplicación que hará que se tienda a interpretar extensivamente para hacer

valer la finalidad de la norma. En tanto, cuando el tipo es sobreinclusivo se producirá una interpretación restrictiva para adecuar el sentido de la disposición a la finalidad del legislador.

En el caso en particular, explicó, el legislador ha declarado que su finalidad es prevenir ciertos usos ilegítimos de los dispositivos de telecomunicaciones, para ello prohíbe su ingreso a recintos penitenciarios (artículo 304 bis del Código penal) y en esta iniciativa prohíbe su tenencia (artículo 304 ter propuesto). No obstante, la prohibición no asocia el ingreso y la tenencia al uso específicamente ilícito que el legislador declara que quiere impedir. Por lo tanto, el legislador declara una finalidad y para perseguirla prohíbe más de lo que, de acuerdo a dicho objetivo, debería vedar. De esta forma, el artículo 304 bis es sobreinclusivo, salvo su inciso final, porque califica la pena cuando la introducción o el intento o permiso de introducción se realiza con una determinada finalidad. Si el elemento subjetivo se establece de esa forma, desaparece la sobreinclusividad, pero se generará el problema práctico de la prueba de este elemento para aplicar la consecuencia penal. Con todo, el legislador debe tener una razón que justifique cabalmente la amplitud con que tipifica el delito, de lo contrario la norma será percibida por el juez como sobreinclusiva.

El reglamento de establecimientos penitenciarios dispone que ciertos objetos son de ingreso, tenencia y uso prohibido, principalmente por motivos de peligrosidad, tales como las armas, sustancias de consumo tóxico, drogas y estupefacientes. Así también se prohíben los teléfonos celulares y otros semejantes, pero por motivos de seguridad. Esta regla, agregó, funciona en términos de peligro abstracto debido a la imposibilidad de control de la comunicación, lo cual puede generar un problema de seguridad, desde el punto de vista del manejo del establecimiento penitenciario. Por lo tanto, se trata de una prohibición que no atiende al uso específico, sino que se toma la decisión en razón de que se corre un riesgo demasiado grande.

La privación de libertad, afirmó, trae consigo, además del despojo de la libertad de acción que requiere desplazamiento del cuerpo en el espacio, la privación de libertad de acción que puede ser ejercida sin desplazamiento en el espacio. Es necesario, entonces, determinar si la privación de libertad tiene un sentido de afectación masiva de la libertad general de acción, que incluye todas las formas de interacción social posibles sin desplazamiento.

El Director de la Unidad de Asesoría Jurídica del Ministerio Público señaló que existe un aspecto a resolver relativo a la proporcionalidad de la sanción penal que se propone. Sobre el particular, dijo, la existencia de una sanción administrativa en el reglamento de establecimientos penitenciarios por la tenencia de artefactos prohibidos impacta una eventual postulación a rebaja de condena o libertad condicional,

dispuesto en el régimen de cumplimiento penitenciario.

Refiriéndose al proyecto de ley, destacó que sanciona a quienes se encuentran privados de libertad en un recinto penitenciario cuando incurren en la tenencia de teléfonos celulares, parte de ellos, chips telefónicos u otros elementos tecnológicos, que permitan comunicarse con el exterior. Esta redacción, agregó, aunque amplía adecuadamente el espectro de elementos que se prohíben, exigirá en sede judicial probar que el referido elemento tecnológico tiene la aptitud para comunicarse con el exterior. Por lo tanto, las diligencias de los organismos especializados deberán apuntar a la acreditación de este elemento fáctico.

En la misma línea, comentó que la iniciativa legal propone además sancionar a quienes, conociendo la tenencia de estos elementos, no la denuncian a la autoridad del establecimiento penitenciario. Es de conocimiento público que al interior de los recintos penitenciarios la delación es una de las conductas más graves que puede cometer un interno respecto de sus pares o funcionarios. En efecto, las dificultades de investigar delitos al interior de las cárceles radica en que las personas no denuncian o no declaran por las graves consecuencias que de ello pueden derivar. En consecuencia, el objetivo de la norma no se conseguirá solamente por la amenaza de sanción penal. Del mismo modo, la norma prescribe que si el que omite la denuncia es un abogado, procurador o empleado público, la pena no se aplicará en su tramo mínimo. No obstante, se debe considerar que el abogado es sujeto activo del artículo 304 bis del Código Penal, esto es, ingreso de elementos prohibidos a recintos penitenciarios, y además se puede generar una discusión relacionada con el secreto profesional en orden al amparo que confiere este principio, tanto como para omitir la denuncia o alegar la afectación del derecho de defensa.

Que la denuncia tenga carácter reservado, adujo, complejiza el cumplimiento de la norma, por cuanto ésta no señala cómo se garantiza dicho carácter. De acuerdo con el artículo 182 del Código Procesal Penal, afirmó, aunque por regla general todas las investigaciones tienen carácter reservado, es pública para los intervinientes. Por lo mismo, cabría precisar la norma o replantearse lo relativo a la delación.

En lo que atañe a las consecuencias del incumplimiento de la norma propuesta, el personero expresó que la persona privada de libertad se verá afectada en la postulación a beneficios intrapenitenciarios, tales como rebajas de condena o libertad condicional. Esta es la misma consecuencia que la establecida en el reglamento de disciplina interna en los establecimientos penitenciarios. Este cuerpo reglamentario califica la tenencia de un teléfono celular como una conducta grave, lo cual provoca una rebaja en la calificación de la conducta, además de sanciones administrativas (así, por ejemplo, confinación a celda de aislamiento por un fin de semana).

Recogiendo las observaciones planteadas, la **Jefa del Departamento Jurídico del Ministerio del ramo** sugirió una redacción alternativa para el artículo 304 ter, del siguiente tenor:

“Art. 304 ter. El que, encontrándose privado de libertad en un establecimiento penitenciario, tuviere en su poder los elementos señalados en el artículo anterior y estos se hubieren utilizado para la comisión de algún delito, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

El funcionario público que, al interior de un establecimiento penitenciario, tuviese conocimiento de la tenencia de los elementos señalados en el artículo anterior y no la denunciare a la autoridad correspondiente, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo y suspensión en su grado mínimo a inhabilitación absoluta temporal en cualquiera de sus grados para el ejercicio del cargo u oficio. Se encontrará exento de responsabilidad el abogado defensor de quién tuviere en su poder dichos elementos.

Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las sanciones que fueren procedentes conforme al Reglamento de Gendarmería.”.

Por su parte, el **académico señor Bascuñán** recomendó la siguiente redacción para el artículo 304 ter:

“Artículo 304 ter. El que, encontrándose privado de libertad en un establecimiento penitenciario, sin estar legal o reglamentariamente autorizado al efecto, tuviere en su poder cualquiera de los elementos señalados en el artículo anterior, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio.

El funcionario público que, teniendo conocimiento de la existencia al interior de un establecimiento penitenciario de cualquiera de los elementos señalados en el artículo anterior, omitiere requisarlo o denunciar el hecho a la autoridad competente, en su caso, será sancionado con presidio menor en su grado mínimo y suspensión en su grado mínimo a inhabilitación absoluta temporal en cualquiera de sus grados para el ejercicio del cargo u oficio.

Lo dispuesto en el presente artículo se entiende sin perjuicio de las sanciones que fueren procedentes conforme al Reglamento de Gendarmería.”.

En relación con la propuesta acompañada por el Ejecutivo, el **Honorable Senador señor Huenchumilla** previno que el tipo

penal se compone de tres elementos: a) que la persona se encuentre privada de libertad en un establecimiento penitenciario; b) que tenga en su poder los elementos tecnológicos señalados, y c) que tales elementos tecnológicos se hubieren utilizado para la comisión de algún delito. En ese entendido, puntualizó, si no se ha cometido un delito mediante dichos elementos tecnológicos estaría permitida su tenencia. Por otra parte, la ley sanciona a quien introduce estos elementos a una unidad penal, pero no a la persona privada de libertad que los posea, salvo que cometa un delito mediante su uso, sin perjuicio de las normas disciplinarias que se encuentren en el reglamento de establecimientos penitenciarios. Así las cosas, no parece haber correlación lógica entre las normas que sancionan el ingreso y la tenencia de estos elementos.

Sin perjuicio de lo anterior, previno que, al tenor de la norma propuesta, podría existir una doble punibilidad, pues se está sancionando la comisión de un delito mediante el uso de elementos tecnológicos por parte de una persona privada de libertad, y además se deberá castigar el ilícito mismo que se perpetre (por ejemplo, estafa, amenaza u otro).

El señor Senador hizo hincapié en que, si la sanción de privación de libertad para quien comete un delito no contempla la privación de la comunicación con personas que están en el exterior de los recintos penitenciarios, cabría preguntarse con qué argumentos se podría prohibir la comunicación de una madre privada de libertad con sus hijos.

La **Honorable Senadora señora Ebensperger** consideró inaceptable que una persona privada de libertad tenga en su poder un teléfono celular, sin perjuicio de la existencia de teléfonos públicos al interior del establecimiento penitenciario y el derecho a visita que asiste a cada recluso. Al respecto, recordó que el año 2017 Gendarmería de Chile requisó 17.620 teléfonos celulares y tarjetas sim que se encontraban en poder de personas privadas de libertad. El problema radica en que un gran número de los delitos cometidos en nuestro país provienen desde el interior de las cárceles, lo cual es consecuencia de un procedimiento exageradamente garantista, donde existe más preocupación por el delincuente que por las víctimas.

En circunstancias que la ley N° 21.494 sanciona el ingreso de elementos tecnológicos a los recintos penitenciarios, adujo, es de toda lógica que también se sancione penalmente la tenencia. La sanción dispuesta en el reglamento, añadió, es de carácter administrativo, y su única consecuencia es el perjuicio para la obtención de un beneficio intrapenitenciario (como rebajas de condena o libertad condicional). En tal sentido, podría plantearse la posibilidad de dejar sin efecto las sanciones administrativas adicionales, como la confinación a celda de aislamiento.

Seguidamente, aludió a la redacción propuesta por el profesor señor Bascuñán que excluía de la sanción impuesta por la norma al abogado defensor de quien tuviere en su poder los elementos referidos, su cónyuge o conviviente civil y sus parientes por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado.

El **Honorable Senador señor Galilea** consideró contradictoria la propuesta del Ejecutivo. En efecto, dijo, mientras el inciso primero sanciona a quien utiliza un dispositivo electrónico para la comisión de algún delito (lo cual genera una dificultad probatoria evidente), el inciso segundo castiga a quien no denuncia la sola tenencia del dispositivo electrónico, pero sin necesidad de que se haya utilizado para la comisión de un ilícito.

Por otra parte, compartió las sugerencias de redacción del profesor señor Bascuñán en materia de sanciones y exoneración de responsabilidad para ciertas personas tratándose de la denuncia.

Sobre la propuesta de redacción del Ejecutivo, la **Jefa de la División Jurídica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos** señaló que, dado que la exigencia de que el elemento tecnológico sea utilizado en la comisión de un delito podría suscitar importantes problemas probatorios, habría coincidencia en orden a suprimirla del texto de la iniciativa legal.

- - -

VOTACIÓN IDEA DE LEGISLAR EN LA MATERIA

Seguidamente, la **señora Presidenta de la Comisión** declaró cerrado el debate y sometió a votación la idea de legislar sobre este asunto.

- **Sometida a votación la idea de legislar en la materia, fue aprobada por la unanimidad de los miembros presentes de la Comisión, Honorables Senadores señora Ebensperger y señores Galilea y Huenchumilla.**

- - -

PROPOSICIÓN DE LA COMISIÓN Y TEXTO DEL PROYECTO DE LEY

En mérito del acuerdo precedentemente reseñado, vuestra Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, os

propone aprobar, en general, el proyecto de ley en informe, cuyo texto es el que sigue:

PROYECTO DE LEY:

“Artículo único.- Incorpórase en el epígrafe del Párrafo XII del Título Sexto del Libro Segundo del Código Penal, un nuevo artículo 304 ter, del siguiente tenor:

“ART. 304 ter. El que, encontrándose privado de libertad, tenga en su poder intercomunicadores, teléfonos, partes de ellos, chips telefónicos u otros elementos tecnológicos que permitan comunicarse con el exterior, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio. Lo anterior, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones administrativas que sean procedentes conforme al Reglamento de Gendarmería.

El que conociendo esta tenencia, no la denunciara a la autoridad del establecimiento penitenciario, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo.

Si el que omite la denuncia es un abogado, procurador o empleado público la pena no se aplicará en su tramo mínimo. Será sancionado además con suspensión en su grado mínimo a inhabilitación absoluta temporal en cualquiera de sus grados para el ejercicio de la profesión y del cargo u oficio, respectivamente.

En todo caso, la denuncia tendrá carácter reservado.

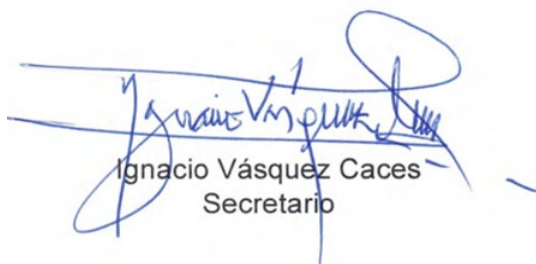
Las personas privadas de libertad que incurran en las conductas descritas en el inciso primero de esta disposición, o que tengan en su poder cualquier elemento prohibido cuya posesión sea constitutiva de delito, no podrán postular a los beneficios de rebaja de condena, libertad condicional y beneficios intrapenitenciarios de salida al medio libre, durante un año contados desde el hallazgo. En caso de reincidencia, el condenado perderá la facultad de postular a tales beneficios durante el tiempo que dure la condena por la comisión del delito. Todo lo anterior, sin perjuicio de las demás sanciones disciplinarias que establezca el Reglamento de Gendarmería, aplicables conforme a lo prescrito en dicha norma.”.

- - -

ACORDADO

Acordado en sesiones celebradas en los días y con la asistencia que se señala: 16 de mayo de 2023, con asistencia de los Honorables Senadores señora Luz Ebensperger Orrego (Presidenta) y señores Luciano Cruz-Coke Carvalho, Alfonso De Urresti Longton y Francisco Huenchumilla Jaramillo; 17 de mayo de 2023, con asistencia de los Honorables Senadores señora Luz Ebensperger Orrego (Presidenta) y señores Luciano Cruz-Coke Carvalho, Rodrigo Galilea Vial y Francisco Huenchumilla_Jaramillo; 30 de mayo de 2023, con asistencia de los Honorables Senadores señora Luz Ebensperger Orrego (Presidenta) y señores Juan Luis Castro González (Alfonso De Urresti Longton), Rodrigo Galilea Vial y Francisco Huenchumilla_Jaramillo.

Sala de la Comisión, a 30 de mayo de 2023.

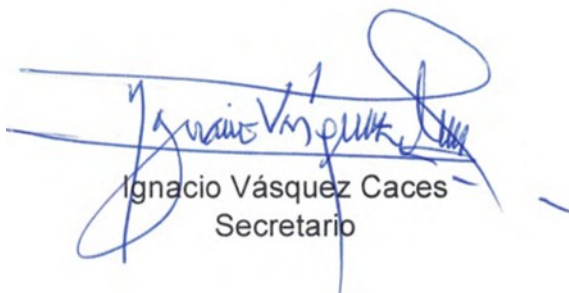


Ignacio Vásquez Caces
Secretario

RESUMEN EJECUTIVO

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN, JUSTICIA Y REGLAMENTO, recaído en el proyecto de ley que modifica el Código Penal, para tipificar el delito de tenencia de elementos tecnológicos que permitan a las personas privadas de libertad comunicarse con el exterior (Boletín N° 15.796-07).

- I. **OBJETIVO DEL PROYECTO:** Sancionar como delito la tenencia de medios tecnológicos que permitan la comunicación con el exterior de recintos penitenciarios, y no como contravención administrativa de las normas internas de disciplina del establecimiento.
 - II. **ACUERDO:** Aprobado en general por unanimidad de presentes (3x0).
 - III. **ESTRUCTURA DEL PROYECTO:** Consta de un artículo único.
 - IV. **NORMAS DE QUÓRUM ESPECIAL:** No hay.
 - V. **URGENCIA:** Simple.
-
- VI. **ORIGEN E INICIATIVA:** Moción de los Senadores señoras Ebensperger y Rincón, y señores Araya, Kast y Walker.
 - VII. **TRÁMITE CONSTITUCIONAL:** Primer trámite constitucional.
 - VIII. **TRÁMITE REGLAMENTARIO:** Primer Informe.
 - IX. **INICIO TRAMITACIÓN EN EL SENADO:** 11 de abril de 2023.
 - X. **LEYES QUE SE MODIFICAN O QUE SE RELACIONAN CON LA MATERIA:** Código Penal.


Ignacio Vásquez Caces
Secretario

Valparaíso, 30 de mayo de 2023.