







¿Cuáles fueron los principales nudos críticos que advirtió la Defensoría Penal Pública en el funcionamiento de la nueva 'tele-justicia' que ha emergido durante la pandemia?

# DEFENSA PÚBLICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA: CRISIS Y OPORTUNIDAD DE CAMBIO

▶ El siguiente artículo repasa en detalle los efectos que la crisis sanitaria ha tenido sobre el sistema de justicia penal, particularmente para asegurar ciertos principios, derechos y garantías de las personas imputadas o condenadas. También revisa distintas iniciativas en marcha para avanzar en estos temas y fija ciertas condiciones mínimas que, a juicio de la defensa pública, deben asegurarse para mantener la vigencia de los criterios fundantes del sistema procesal adversarial.

▶ Por **Rubén Romero M.**,  
jefe Unidad de Defensa General,  
Defensoría Nacional.



La palabra crisis debiera ser, a estas alturas, una suerte de sinónimo general de pandemia. Para la Defensoría Penal Pública, este periodo de poco más de 14 meses ha representado un desafío enorme para mantener el logro de su misión institucional: defender y hacer respetar los derechos y garantías de las personas en el sistema penal.

El reto ha sido más o menos el mismo para todo el sistema de justicia. Cada institución y cada operador han visto impactado su funcionamiento, sobre todo respecto del procedimiento legal establecido por nuestro Código Procesal Penal vigente, que se hizo inaplicable de facto ante una realidad muy distinta de aquella para la que fue dictado.

A fuerza de la ineludible necesidad de continuidad del servicio de justicia, la paralización inicial de los procesos abrió paulatino paso a seguir funcionando, pero incorporando nuevas -y no reguladas- tecnologías de conectividad virtual, que llevaron al sistema desde una interacción y operación presencial de los intervinientes a una de tipo remoto, devenida al día de hoy en una suerte de 'tele-justicia'.

A continuación, repasaremos diversos hitos que el sistema ha vivido desde el inicio de la pandemia -en marzo de 2020-, veremos cómo diversas adaptaciones de los operadores han permitido su continuidad y, por último, revisaremos algunos de los desafíos que se abren para el sistema y para nuestra institución en lo que sigue.

### PANDEMIA Y DETENIDOS: EL IMPACTO INICIAL

En materia de audiencias de control de detención -emblemática fase inicial del proceso penal-, la primera señal que se observó, hacia marzo-abril de 2020, fue una notable disminución de personas detenidas pasadas a audiencia de control, cifra que en momentos llegó a sólo el 25 por ciento de los ingresos ordinarios. Las policías y la Fiscalía empezaron a pasar a audiencia judicial sólo los casos graves, dejando al resto de los detenidos de la jornada en libertad o citados a la Fiscalía. Los órdenes de detención, en tanto, dejaron de ejecutarse, posponiéndolas para más adelante.

En los meses siguientes comenzó un progresivo aumento de controles de detención por infracción sanitaria a trasgresores reincidentes del artículo 318 del Código Penal, mientras

que en los últimos meses se ha producido un incremento de las audiencias de control por delitos violentos.

Operativamente, las audiencias de control de detención adoptaron dos modalidades principales, dependiendo de la fase sanitaria de la región respectiva y de los medios tecnológicos disponibles en los distintos recintos policiales habilitados. En algunos casos era factible realizar la audiencia de control en el tribunal y en otros -cuando éste no estaba disponible-, ésta se efectuaba de manera remota, con la persona imputada compareciendo desde la unidad policial.

Las audiencias comenzaron a realizarse, entonces, en formato semipresencial en el tribunal, con el defensor, el imputado y los gendarmes presentes en la sala, mientras que juez y fiscal comparecían por videoconferencia desde sus respectivas oficinas. En otras regiones, la reticencia a realizar los traslados al tribunal, por el riesgo de contagio en furgones, calabozos y salas de audiencia, llevó a que los controles comenzaran a realizarse íntegramente en formato remoto desde las comisarías.

Sin embargo, las precarias condiciones de las unidades policiales -hacinamiento, escasas medidas higiénicas o sanitarias, inexistencia de espacios e infraestructura para entrevistas o para comparecer a la propia audiencia de control- representaron una enorme dificultad no sólo para las policías -que no disponían de la logística, los equipos y el personal para realizar la audiencia por vía remota con el tribunal-, sino sobre todo para que los defensores pudieran realizar adecuadamente su labor.

La improvisación de este sistema, dispuesto por los tribunales, significó en muchos casos el traspaso de facto a operadores, policías e intervinientes de la carga de comparecer por medios virtuales. Al no disponerse de equipos, programas informáticos y servicios de internet adecuados, comenzaron a emplearse los propios teléfonos de los intervinientes o de la comisaría para llevar a cabo inusuales 'fono-audiencias'. En otras localidades se realizaban conferencias vía *Whatsapp* o a través de plataformas como *Webex*, *Team*, *Skype* o *Zoom*.

En general, las Cortes de Apelaciones también comenzaron a conocer las apelaciones por medidas cautelares o las acciones de amparo a través de videoconferencias: mientras los ministros se conectaban desde sus domicilios, defensores y



fiscales lo hacían desde sus respectivas oficinas. Particularmente en la Región Metropolitana, los controles de detención se realizaron por videoconferencia desde las zonas de seguridad y tránsito, con el fiscal y el juez en sus oficinas o casas y los defensores en el edificio institucional del Centro de Justicia de Santiago (CJS).

La diversidad de formatos y modalidades de realización de audiencias, con mayores o menores condiciones para asegurar no sólo el cumplimiento de las funciones de cada operador, sino la vigencia de las garantías mínimas de los imputados, representó una seria afectación de la igualdad de juzgamiento en las audiencias, porque cada tribunal y jurisdicción tenía su propia modalidad de audiencias.

### ASEGURAR ESTÁNDARES MÍNIMOS

Desde luego, la gestión inmediata de la institución fue intentar asegurar un mínimo estándar de defensa e información, mediante la exigencia en comisarías, tribunales y fiscalías de espacios privados para que las y los defensores públicos pudieran conferenciar y entrevistarse previamente con las personas imputadas y lograran disponer, antes de la audiencia de control, del parte policial y los antecedentes de la detención para realizar las alegaciones respectivas.

Sin embargo, los espacios de entrevista no siempre se materializaron o aseguraron la confidencialidad. De hecho, muchos defensores debieron conferenciar incómodamente en calabozos, con policías u otros imputados presentes, en inadecuados espacios de conversación. Aún más, comparecer en audiencias sin haber recibido previamente el parte policial determinó permanentes incidentes de los defensores para conocer en audiencia los antecedentes. Sin duda, fueron los tiempos de mayor desafío, gestión y tensión interinstitucional con los tribunales y la Fiscalía, mediante reclamos de ilegalidad, cautelas de garantías y recursos de amparo.

Con el pasar de los meses, a instancias de la Defensoría se estandarizó la entrega digitalizada por correo del parte policial y sus anexos, lo mismo que las visitas y los espacios necesarios en las comisarías. También se distribuyeron y difundieron folletos informativos sobre los derechos las personas y las formas de contacto con la defensa pública, tanto para los detenidos como para sus familiares.

► “Las precarias condiciones de las unidades policiales -hacinamiento, escasas medidas higiénicas o sanitarias, inexistencia de espacios e infraestructura para entrevistas o para comparecer a la propia audiencia de control- representaron una enorme dificultad no sólo para las policías (...), sino sobre todo para que los defensores pudieran realizar adecuadamente su labor”.

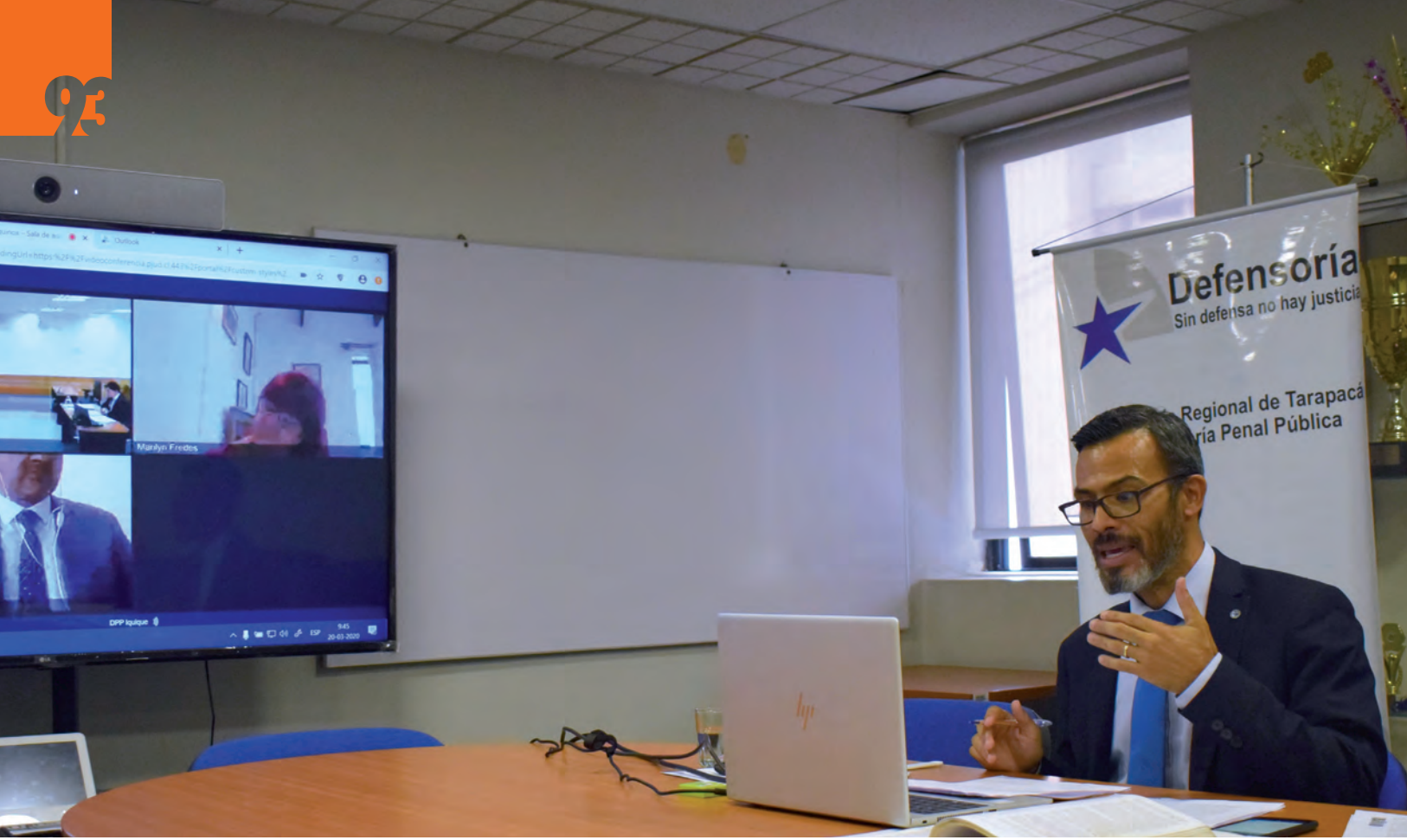
Una especial coordinación para repartir estos materiales gráficos se logró con la Subsecretaría de Derechos Humanos, que desde el estallido social había tomado conocimiento sobre la necesidad de mayor información en comisarías. Así, a través de las unidades regionales de comunicaciones de la Defensoría en todo el país se entregó información básica a los usuarios sobre sus derechos y los mecanismos de contacto con la institución.

### PANDEMIA Y PRIVADOS DE LIBERTAD

La crisis sanitaria ha tenido un impacto mayor en las personas privadas de libertad. De hecho, la permanente sobrepoblación y hacinamiento de los centros penitenciarios de Gendarmería se acentuaron a causa de la ralentización general del sistema, la suspensión de audiencias y juicios, y la menor finalización de causas, todo lo cual redundó en una considerable acumulación de personas encarceladas.

Como siguieron ingresando personas a prisión preventiva con un sistema semiparalizado, naturalmente los egresos de privados de libertad disminuyeron. La grave sobrepoblación del Centro de Detención Preventiva (CDP) Santiago 1, por ejemplo, sumaba 4 mil internos, que en algún momento llegaron a ser 4 mil 900.

Tales circunstancias implicaron un mayor riesgo de contagio y dificultades para el cumplimiento de las medidas de distanciamiento o aislamiento físico, todo lo cual provocó dos efectos importantes: primero, la decisión de Gendarmería de realizar traslados masivos de internos -condenados o imputa-



dos- de un centro penitenciario a otro, sin aviso previo a éstos ni al tribunal. Aunque el objetivo era gestionar el excesivo hacinamiento y reducir el contagio potencial, ello también provocó desconexión entre los internos, sus familias y sus defensas.

En segundo término, el hacinamiento efectivamente acentuó el riesgo de contagio masivo y una inminente vulneración del derecho a la salud de los presos, entre quienes se incrementaron el estrés y la angustia, con un resultado de mayor violencia, por la vía de protestas, motines y huelgas de hambre en diversos penales.

Respecto del primer problema -los traslados-, la Defensoría se movilizó en diversos ámbitos: por un lado, interpuso cautelas de garantías o recursos de amparo en contra de las decisiones intempestivas de traslado, con distintos grados de acogida en la judicatura, considerando las justificaciones sanitarias de Gendarmería. Y por otro, a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos promovió reuniones con autoridades de Gendarmería para gestionar adecuadamente los traslados.

Un ejemplo exitoso de esa negociación fue el traslado de imputados desde el penal Santiago 1 a la cárcel “El Manzano” de Concepción en septiembre de 2020. En ese y otros procesos similares se consideraron especialmente una oportuna información a los internos y a los propios defensores públicos para una mejor comprensión de las razones del traslado, la necesidad de consultar la voluntad de los trasladados, lo que facilitaba un traslado más seguro -exento de manifesta-

ciones posteriores- y minimizaba el riesgo de conflicto, tanto entre los internos como entre éstos y los funcionarios penitenciarios.

También se promovió el traslado de internos de baja peligrosidad, cuya menor complejidad conductual facilitaba el proceso; realizarles exámenes PCR al salir y al llegar -dado el enorme riesgo de contagio masivo-; asegurar el sistema semanal de encomiendas, para compensar el distanciamiento del núcleo familiar o de su arraigo social, y asegurar sistemas de comunicación de los internos con sus familias, instalando computadores, conexiones y teléfonos suficientes para realizar las videoconferencias necesarias para cubrir los requerimientos judiciales, las entrevistas con los defensores y las visitas virtuales con sus familiares.

Muchos de los trasladados eran, en su mayoría, imputados en prisión preventiva cuyas causas irían finalizando progresivamente, por lo que ellos recuperarían su libertad. Ello hizo indispensable elaborar un sistema que garantizara su regreso a sus regiones de origen. Lo mismo se exigió respecto de los condenados que cumplieran su pena, a quienes debía asegurarse el regreso a la ciudad de su domicilio o el de su familia. La Defensoría solicitó reiteradamente que todos estos aspectos logísticos fueran incorporados en los protocolos de traslado.

#### PLAN NACIONAL Y COORDINADO

Respecto del segundo problema y tras constatar en marzo de 2020 el alto riesgo de rápida propagación del Covid-19 entre la población penal, la Defensoría inició de inmediato un amplio plan -simultáneo, coordinado a nivel nacional e informado a



la Mesa Nacional de Justicia, para solicitar judicialmente la revisión masiva de la prisión preventiva y su sustitución por otras medidas cautelares que permitieran liberar a la mayor cantidad posible de personas privadas de libertad.

Respecto de las personas condenadas y también de manera coordinada, la Defensoría comenzó a promover el otorgamiento de la libertad mediante una participación activa de los defensores públicos en las comisiones de libertad condicional, quienes entregaron a los comisionados la mayor cantidad de antecedentes para tal fin.

En efecto, mediante una acción coordinada entre la Defensoría Nacional y las unidades regionales de Estudios, hasta mayo de 2020 se hicieron casi 8 mil 500 gestiones de defensa, que se tradujeron en sustituciones de la prisión preventiva por una medida cautelar en libertad, sustituciones del pago de fianza o el término de la causa vía salida alternativa o directamente con una condena no privativa de libertad, gestiones que en conjunto beneficiaron a cerca de 2 mil 500 imputados a junio de ese mismo año.

La misma coordinación se realizó respecto de adolescentes en internación provisoria, con casi 400 gestiones de defensa que se tradujeron en cerca de 190 sustituciones de medida cautelar o en términos de procedimientos con la libertad del imputado en el mismo período.

En medio de esta labor, la Defensoría constató, además, que condenados e imputados tenían un alto grado de desinformación sobre sus procesos y sobre las condiciones sanitarias de reclusión. Tanto ellos como sus familiares comenzaron a mostrar altos niveles de ansiedad e incertidumbre, con una creciente sensación de abandono y falta de preocupación por su situación, todo lo cual motivó incidentes violentos, motines y huelgas de hambre en las cárceles, todos hechos que fueron públicamente conocidos.

Ante ello, durante abril, mayo y junio de 2020 la Defensoría y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos promovieron la realización de operativos de defensa y salud en las cárceles, con la participación de Gendarmería y las Secretarías Regionales Ministeriales (seremis) de Salud y de Justicia. Durante esas visitas, los defensores públicos explicaron a los internos los alcances de distintas iniciativas legales, la marcha de sus procesos judiciales, las gestiones de revisión de prisión

preventiva y aspectos preventivos para evitar el contagio del virus.

El objetivo era informar urgentemente estos temas a la población privada de libertad, para calmar su creciente ansiedad y evitar hechos de violencia. Así, se realizaron operativos en 58 de los 83 centros de reclusión del país, alcanzando al 69 por ciento de ellos. En el 95 por ciento de los operativos participaron las seremis de Justicia y en el 72 por ciento las de Salud, mientras que tanto la Defensoría como Gendarmería estuvieron presentes en todos los operativos.

En estas visitas se inspeccionó el avance de la instalación de puntos de conexión de red para comunicación con familiares, abogados defensores y tribunales, se verificaron las condiciones sanitarias de cada centro de reclusión y se realizaron actividades de vacunación.

### ‘TELE-JUSTICIA’: CAMBIO ESTRUCTURAL Y NUEVOS DESAFIOS

Pero la pandemia impactó el funcionamiento mismo de todo el sistema de justicia. Poco después de iniciada la crisis y de que se decretara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública por Covid-19, en abril de 2020 el Congreso dictó la Ley N° 21.226, que permitió realizar diversas modificaciones a plazos, actuaciones y procedimientos judiciales.

Actualmente, el Gobierno tramita ante el Congreso el denominado ‘Proyecto de ley de reformas al sistema de justicia post-

---

► “La diversidad de formatos y modalidades de realización de audiencias, con mayores o menores condiciones para asegurar no sólo el cumplimiento de las funciones de cada operador, sino la vigencia de las garantías mínimas de los imputados, representó una seria afectación de la igualdad de juzgamiento en las audiencias, porque cada tribunal y jurisdicción tenía su propia modalidad de audiencias”.

---



Covid’, para enfrentar las significativas cargas de trabajo que provocará el enorme atraso de audiencias y juicios paralizados durante la pandemia. En cifras, hablamos de alrededor de 200 mil audiencias de trámite suspendidas, 14 mil juicios pospuestos y más de 400 mil causas ingresadas por infracción sanitaria del artículo 318 del Código Penal.

El referido proyecto establecerá los ajustes que los tribunales y procesos judiciales requerirán transitoriamente durante un año en todas las materias y jurisdicciones, para regularizar su funcionamiento una vez finalizado el estado de catástrofe.

En materia procesal penal, el proyecto propone 14 modificaciones permanentes y 22 modificaciones transitorias del Código Procesal Penal, además de dos disposiciones permanentes que el Ejecutivo pretende incorporar en el Código Orgánico de Tribunales, para facultar la realización de audiencias de trámite y de juicio por videoconferencia.

Ciertamente, este tema ha sido el más sensible para nuestra institución, por su impacto tanto para el acceso a la justicia de nuestros usuarios como para el funcionamiento de las instituciones y el diseño original de nuestro modelo adversarial acusatorio. En efecto, recordemos que las audiencias de trámite y programadas al inicio de la pandemia se suspendieron masivamente y que durante gran parte de 2020 sólo se mantuvieron las audiencias respecto de imputados presos y algunas formalizaciones por delitos graves.

Los juicios orales y simplificados también se suspendieron casi en su totalidad al inicio de la pandemia. Con las Actas 53 y 335 de 2020 de la Corte Suprema sobre funcionamiento de los tribunales en pandemia, éstos comenzaron a reactivar la realización de audiencias, y tanto las de trámite como las de juicio comenzaron a reactivarse en formatos nuevamente diversos, semi presenciales o completamente remotos.

Sin embargo, la realización de juicios orales fue la que más afectó los principios y condiciones operativas del Código Procesal Penal, dado que ante la falta de norma legal expresa, cada jurisdicción de tribunales del país intentó regular estos temas de manera individual. Lo anterior determinó permanentes gestiones de los Defensores Regionales ante sus Cortes para asegurar las garantías mínimas de comparecencia y de litigación, tal como lo hizo el Defensor Nacional en cada sesión de las mesas nacionales de justicia, donde planteó la

► “Como siguieron ingresando personas a prisión preventiva con un sistema semiparalizado, naturalmente los egresos de privados de libertad disminuyeron. La grave sobrepoblación del Centro de Detención Preventiva (CDP) Santiago 1, por ejemplo, sumaba 4 mil internos, que en algún momento llegaron a ser 4 mil 900”.

necesidad de una regulación mínima que estandarizara la manera en que los tribunales llevaban a cabo el juicio oral en diversas modalidades: presenciales, semipresenciales o totalmente remotas.

De hecho, el Departamento de Estudios y Proyectos (DEP) de la Defensoría Nacional llegó a levantar 58 protocolos distintos para la realización del juicio oral, lo que desde luego afectaba la igualdad de juzgamiento, el principio de legalidad y la certeza jurídica, sin considerar la generalizada precarización de la operatividad de las garantías judiciales en juicio.

Finalmente, en el citado proyecto de ley -la Defensoría fue convocada a participar tanto en el anteproyecto de 2020 como en el actual proceso legislativo- se incorporaron regulaciones generales para las audiencias de trámite y de juicio, como también reglas más detalladas en un protocolo que deberá ser aprobado por la Mesa Nacional de Justicia durante el segundo semestre de este año.

## REGULACIONES NECESARIAS

La Defensoría ha insistido siempre en incorporar todas estas regulaciones, para que con ellas se asegure la vigencia cabal de las garantías judiciales, los principios del sistema acusatorio y el acceso a la justicia de nuestros usuarios y usuarias. En este sentido, en un rediseño telemático del sistema hoy no siempre existirá plena compatibilidad para asegurarlos. Tampoco ha sido una visión compartida por las demás instituciones, que han estimado que el formato telemático ofrece ventajas de ahorro de recursos, tiempo y accesibilidad que lo hacen plenamente válido.




Y sobre las eventuales dificultades de acceso y conectividad que los intervinientes pudieran tener, así como la eventual precarización de la litigación, su gestión se entrega a lo que cada tribunal disponga para solucionarlo, concluyendo así que la ‘tele-justicia’ es desde ya un modelo deseable para quedarse de modo permanente en nuestro sistema.

Reconociendo las múltiples bondades que este nuevo modelo pudiera tener en economía y conectividad, la Defensoría estima aún prematuro incorporar de manera permanente al ordenamiento –por la vía de una ley- el sistema telemático de audiencias de trámite y de juicio, al menos hasta que exista una experiencia probada y evaluada de su funcionamiento y que, además, se salvaguarde el acceso a la justicia de todos quienes no tienen los recursos para disponer de un computador y un plan de internet para conectarse, de quienes no tienen conectividad por estar en sectores rurales o de quienes no tienen la habilitación o los conocimientos para realizar dicha conexión, como personas de la tercera edad o de grupos vulnerables que, por sus circunstancias, no podrán conectarse vía remota.

Además, la operatividad plena de las garantías judiciales y principios del sistema acusatorio, especialmente en casos de alta complejidad probatoria, que requieren un ambiente de presencialidad para llevarse plenamente a cabo, hacen que sea dudosa su compatibilidad a todo evento con un modelo de ‘tele-justicia’ dispuesto por un tribunal. Al efecto, adherimos a una carta publicada en abril pasado por el diario electrónico “En Estrado”, suscrita por 38 destacados profesores de derecho penal y procesal penal, representantes de 18 universidades del país

Respecto de lo pertinente del proyecto de ley, los académicos concluyen que, “en consecuencia, estimamos apresurado legislar sobre esta materia cuando su implementación en el sistema aún no ha sido evaluada. Lo mismo respecto de establecer regímenes excepcionales de funcionamiento, de carácter permanente, cuando los mismos tampoco han sido suficientemente estudiados ni evaluados, especialmente cuando pueden generar un gran impacto en el modelo vigente y los derechos y garantías de los ciudadanos”<sup>1</sup>.

La pandemia ha causado daños e impactos enormes en todo el país, incluyendo al sistema de justicia. Pero rescatando las oportunidades de cambio de los modelos de trabajo y funcionamiento de nuestra sociedad y sus instituciones, las posibilidades que se abren para incorporar nuevas tecnologías y nuevas formas de hacer las cosas constituyen un desafío que la Defensoría Penal Pública no sólo ya ha incorporado a su quehacer, sino que se abre con entusiasmo a seguir explorando.

Ello, por supuesto, siempre que en el ejercicio de cada diligencia, de cada audiencia y de cada juicio que se realice bajo un nuevo diseño de la administración de justicia, se respete cabalmente el acceso de cada persona a la justicia sin discriminación ni desigualdades, lo mismo que sus derechos y garantías judiciales, partiendo por su derecho a una defensa penal efectiva, sea presencial o virtual, porque sin defensa, no hay justicia. 

<sup>1</sup> <https://enestrado.com/38-academicos-de-facultades-de-derecho-realizan-carta-para-advertir-sobre-efectos-de-incorporar-de-forma-permanente-funcionamiento-remoto-y-semipresencial-del-sistema-penal/>



## SOBRE EL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

► Por **Claudio Fierro M.**,  
jefe Unidad de Corte Defensoría Nacional.

Desde los inicios de la pandemia se comenzó a utilizar al derecho penal como vía instrumental para asegurar el cumplimiento de las disposiciones emanadas desde la autoridad sanitaria. Obviamente, el fin legítimo perseguido siempre fue el control de la pandemia a través de asegurar el cumplimiento de las cuarentenas, toques de queda y otras diversas restricciones sanitarias. Por lo mismo, en aras de la protección de la salud pública, estos fines debían ser asegurados por los distintos órganos del Estado.

Para reforzar esta intención manifiesta de utilizar al sistema de justicia penal como instrumento de control sanitario, el 20 de junio de 2020 se publicó la Ley N° 21.240, que amplió el marco penal de las penas privativas de libertad previstas en el artículo 318 del Código Penal desde el presidio menor en su grado mínimo al presidio menor en su grado medio.

Además, incrementó el techo de las multas (pena alternativa) desde 20 a 200 UTM, introdujo la circunstancia de cometer el delito mediante convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas como agravante específica en el inciso segundo e incluyó la novedosa regla del inciso tercero, que permite al Ministerio Público tramitar el procedimiento bajo las reglas del procedimiento monitorio en caso de solicitarse sólo la multa mínima (6 UTM). Finalmente, introdujo los artículos 318 bis y 318 ter como delitos autónomos.

Si bien la política criminal puede tener como fin legítimo la protección de la salud pública a través de figuras típicas que protejan dicho bien jurídico, la Constitución y las leyes siempre se alzan como cortapisa al uso del derecho penal como herramienta de control social y sanitario. El diagnóstico era claro para la Defensoría Penal Pública: el artículo 318 del Código Penal es un tipo penal defectuoso, que permitía al Ministerio Público llenar su contenido incierto con la mera regla emanada de la autoridad sanitaria a través de una resolución

exenta. Los problemas eran evidentes y las publicaciones académicas proliferaron manifestándolos.

Desde el prisma constitucional, el artículo 318 presentaba tres problemas claros: (i) Es una ley penal en blanco propia, porque la norma de complemento que establece las acciones u omisiones amenazadas con la imposición de la pena se encuentran en una norma infra legal (¡infra reglamentaria!); (ii) Afecta el principio de reserva legal, al ser esta norma de complemento que describe acciones u omisiones típicas creada por un poder del Estado distinto del legislador y; (iii) Las penas privativas de libertad y el monto de las multas pueden resultar desproporcionados, especialmente bajo la facultad que tiene el persecutor fiscal de elegir a su antojo el procedimiento aplicable.

Desde el plano legal, los déficits eran igual de evidentes: al tratarse de un delito de peligro, abría dos flancos ínsitamente relacionados: (a) Desde el punto de vista de la tipicidad, la acción u omisión debía generar un peligro capaz de poner en riesgo la salud pública, lo que, a partir de la redacción de la propia figura típica, parecía descartar su configuración como un delito de peligro abstracto y decantar por un delito de peligro concreto o bien, de peligro hipotético y; (b) Debía verificarse la antijuricidad material de la conducta, es decir, a lo menos debía existir una acción u omisión capaz de configurarse como un riesgo real de afectación para el bien jurídico tutelado por la norma: la salud pública.

Frente al creciente colapso de los juzgados de garantía por la proliferación de imputaciones penales por infracción de toques de queda bajo la incriminación del delito del artículo 318, la respuesta jurisprudencial debía emanar de los máximos tribunales del país, para poder imprimirle racionalidad a la persecución penal de la mera desobediencia administrativa



## ESTRATEGIA DE LA DEFENSA PÚBLICA

Así, en conjunto con las defensorías regionales y, especialmente en coordinación con la Defensoría Regional de Aysén, se intentó una estrategia bifronte que pretendía, por un lado, impugnar la constitucionalidad del artículo 318 a través de requerimientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y, por otro lado, buscar un pronunciamiento de la sala penal de la Corte Suprema que, a través de un recurso de nulidad por errónea aplicación del Derecho, zanjara las diversas interpretaciones que sobre la materia habían efectuado las distintas Cortes de Apelaciones del país.

En un primer fallo de enero de 2021, resolviendo un requerimiento de inaplicabilidad interpuesto de oficio por el Cuarto Juzgado de Garantía de Santiago (STC 8950-20), el Tribunal Constitucional estimó por 6 votos contra 4 que en el caso de una persona que sólo infringe el toque de queda, la imposición de una pena privativa de libertad es desproporcionada y, por lo mismo, declaró inaplicable por inconstitucional únicamente la pena de presidio, sin perjuicio de que de esos 6 votos, 4 ministros sostuvieron también la tesis de que el artículo 318 era una ley penal en blanco, que no satisfacía el estándar constitucional que exigía el principio de legalidad penal, afectándose con ello el principio de taxatividad.

Luego, a partir de julio 2021 y de la STC 9387-20, la jurisprudencia constitucional se asentó definitivamente y los 6 votos de mayoría se unificaron, destacando que el artículo 318 no describe expresamente una conducta, siendo tan defectuoso que comete una ilegalidad penal quien incurre simplemente en una ilegalidad administrativa, no siendo admisible poner a disposición de la autoridad sanitaria, de manera abierta, el específico recurso a la pena.

La judicatura constitucional remató afirmando que la posibilidad del ente persecutor de elegir el procedimiento aplicable puede resultar desproporcionada, al no exigírsele al fiscal ningún parámetro de razonabilidad para determinar el procedimiento a aplicar. Además, el TC fue enfático al señalar que este último vicio de constitucionalidad no es subsanable por una persecución penal prudencial, ni por interpretaciones restringidas del artículo 318 que puedan realizar los tribunales ordinarios de justicia.

Con este fallo y las varias decenas que le han seguido, definitivamente el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los problemas de constitucionalidad enunciados (i, ii y iii), declarando que en caso de meras infracciones al toque de queda, el artículo 318 resulta inaplicable por inconstitucional.

## CORTE SUPREMA

Desde el punto de vista de la interpretación legal de la norma, la Corte Suprema fijó en marzo de 2021 (SCS 125.436-2020) la correcta interpretación del artículo 318, en casos en que la persecución penal se siguiera únicamente por infracción al toque de queda.

Destacó que la figura típica es un delito de peligro hipotético o abstracto-concreto, es decir, que exige que la acción desplegada haya sido idónea para generar un riesgo específico y mensurable en relación con el bien jurídico protegido salud pública. También relevó que no basta la simple constatación formal de haberse infringido una orden administrativa y, por lo mismo, la infracción al toque de queda es punible en sede penal solo si conlleva idoneidad de riesgo propia (por ejemplo, dirigirse a una reunión con muchas personas).

► “El diagnóstico era claro para la Defensoría Penal Pública: el artículo 318 del Código Penal es un tipo penal defectuoso, que permitía al Ministerio Público llenar su contenido incierto con la mera regla emanada de la autoridad sanitaria a través de una resolución exenta. Los problemas eran evidentes y las publicaciones académicas proliferaron manifestándolos”.

Finalmente, la sala penal fue clara al manifestar que no existe antijuricidad material de la conducta ni tampoco tipicidad, aspectos especialmente imbricados que la llevaron a acoger el recurso de nulidad por errónea aplicación del derecho, dictando sentencia de reemplazo absolutoria con un severo llamado de atención a la autoridad administrativa que, a través de sus resoluciones o reglamentos, no puede establecer cuándo una conducta resulta sancionable a título penal. Así, el máximo tribunal en materia penal ha unificado la jurisprudencia, quedando resueltos los déficits de rango legal (a y b) del artículo 318 del Código Penal.

Frente a estos robustos pronunciamientos, la Fiscalía Nacional modificó sus criterios de persecución penal respecto a las meras infracciones al toque de queda y los juzgados de garantía han comenzado a alinearse bajo la interpretación de los máximos tribunales, decretando sobreseimientos definitivos por inexistencia del delito en muchas de estas causas. Esperemos que la racionalidad se mantenga.