

COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY QUE CONCEDE INDULTO GENERAL
POR RAZONES HUMANITARIAS A LAS PERSONAS QUE INDICA Y POR LOS
DELITOS QUE SEÑALA (Boletín N° 13.941-17)

*Por Myrna Villegas Díaz**

Honorables miembros de la comisión de Derechos Humanos, Nacionalidad y Ciudadanía del Senado:

Agradezco la invitación que tan gentilmente se me ha formulado para comentar este proyecto de ley que responde a algunas de las demandas sociales crecientes en torno a quienes han sido judicializados por delitos cometidos en el contexto del estallido social que comenzó en octubre de 2019.

Quisiera hacer referencia a dos temas

- a) La legalidad del uso de la herramienta del indulto general
- b) La discusión en orden a la delimitación del ámbito de aplicación: contexto y delitos

- a) Legalidad del indulto general

Respecto de lo primero, tanto las amnistías como los indultos generales son herramientas de política criminal que permiten dar solución a ciertos conflictos en determinados contextos, y que este Congreso Nacional, puede usar amparado por el art. 63 n°16 de la Constitución Política. Es más, el Congreso ya hizo uso de esta facultad en el año 2004, mediante la ley 19.965, sobre indulto general de 25 de agosto, para dar solución al problema de personas privadas de libertad por delitos con móviles políticos cometidos entre 1989 y 1998, concediéndoles un indulto general a quienes hubiesen cumplido diez años de privación de libertad respecto del saldo de penas que les faltaren por cumplir.

Cabe hacer notar que en esta ley se estableció indulto general para quienes habían sido condenados por la ley 18.314, sobre conductas terroristas, la ley n°17.798 sobre control de armas, de la ley n°12.927, delitos del Código penal y del Código de Justicia Militar.

Esta ley dejó fuera a los condenados a presidio perpetuo por delitos de la ley 18.314, que a la sazón eran solo 6 personas¹, situación que fue más tarde solucionada a través de la ley

* Doctora en derecho y postgraduada en criminología por la Universidad de Salamanca, España. Licenciada en Ciencias Jurídicas y sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Profesora asociada del Departamento de Ciencias Penales de la misma institución. Líneas de investigación: relaciones entre el poder punitivo, el derecho penal y los derechos humanos: tratamiento jurídico del terrorismo, control de armas, seguridad del Estado, pueblos indígenas, género y derecho penal.

¹ Historia de la Ley N°20.042, moción parlamentaria.

n°20.042 de 21 de julio de 2005. El Congreso dictó una ley que, sin indultarlos, les permitió acceder al beneficio de libertad condicional.

Ahora bien, la cuestión acerca de si el indulto puede ser o no concedido antes de una sentencia de término condenatoria, es discutida en doctrina. Esto tiene importancia por cuanto el proyecto de ley concede el beneficio “a quienes hayan incurrido o se encuentren imputados” por cierta clase de delitos. Hay autores como Novoa² y Cury³ estiman que los beneficiarios de un indulto general necesariamente deben encontrarse condenados, pues el indulto es una causa de extinción de la responsabilidad penal, y sin una sentencia de término que establezca dicha responsabilidad, no es posible extinguirla. Hay otros, como Etcheberry⁴ y Jorge Mera⁵ que sostienen que, al no tener una reglamentación especial los indultos generales ni en la Constitución ni en la ley (pues la reglamentación está establecida solo para los indultos particulares), es posible hacer una excepción al Código penal, que no es más que una ley, y disponer que él produjera efectos antes de la sentencia condenatoria.

En mi opinión, y asumiendo como correcta la postura de Novoa, y parafraseando a Cury, a una disposición legal que otorgue al indulto un efecto más amplio que pueda beneficiar a quienes no están aún condenados, “habría que tratarla constitucionalmente como lo que en sustancia sería y no como lo que nominalmente pretendiera ser”, esto es, una amnistía. Y me parece correcto que se use una amnistía para abordar el problema que el proyecto quiere resolver.

Ahora bien, como he dicho antes, el Congreso puede decidir otorgar un indulto general, apoyándose en las opiniones que aquí he manifestado. Mi misión en este espacio es mostrar a la honorable comisión, las diferentes posturas que existen en torno a este tema.

b) Ámbito de aplicación

El artículo 3° del proyecto de ley delimita su ámbito de aplicación a quienes han sido “imputados o condenados por hechos ocurridos en protestas, manifestaciones o movilizaciones sociales, o con ocasión de ellas” lo cual puede ser probado mediante prueba indiciaria o cualquier medio probatorio.

En este punto, el proyecto da cuenta de cifras de las cuales no puedo dudar, ni tampoco discutir, ni siquiera a la luz de otras cifras que se han ido entregando por instituciones, pues el problema de las cifras oficiales es una constante. Quienes nos dedicamos a la investigación sabemos de los errores que se cometen en la entrega de datos, en función del momento, o de

² Novoa Monreal, E. Curso de Derecho Penal chileno. Parte General, Vol I, Edit. Jurídica., 3ª edición, 2005, p. 399

³ Cury, Enrique, Derecho Penal. Parte General, Edics. Universidad Católica, 2005, p.793

⁴ Etcheberry, A. Derecho Penal, T.II, Edit. Jurídica, 1998, p. 251

⁵ Mera, Jorge. Artículo 93, en Couso- Hernández, Código Penal comentado, Legal Publishing, 2011, pp. 717 a 721.

los cambios de criterios para incluir tal o cual caso, a veces con semanas de diferencia. Yo invito a la honorable comisión a un ejercicio tan simple como cotejar las cifras de delitos de una determinada categoría que entrega por ejemplo, la corporación administrativa del poder judicial y las que tiene el Ministerio Público. Lo comprobé personalmente con motivo de un estudio sobre la ley de control de armas que abarcó el período 2009 a 2018⁶.

A pesar de ello, lo cierto es que, mas allá de números exactos, tal como da cuenta el proyecto de ley, existe una gran cantidad de personas que se encuentran judicializadas por delitos cometidos en el contexto de la protesta social, como parte de la criminalización que ha hecho el Estado de la misma. Entiendo por criminalización “un proceso mediante el cual el Estado responde a la protesta social implementando una política de control del descontento social que incluye el uso preferente de la herramienta penal en desmedro de los espacios de diálogo, militariza la vida civil y judicializa los conflictos”⁷.

Esto se ha manifestado por ejemplo, en la forma violenta con la que la policía ha enfrentado la protesta social, vulnerando derechos humanos, cuestión que ha sido documentada por numerosos organismos nacionales e internacionales. Pero también en la aplicación de delitos contenidos no solo en el ordenamiento penal común, sino también de leyes especiales y como la ley n° 12.927 sobre seguridad del Estado, incluidos sus delitos de expresión (apología) y la ley 17.798 sobre control de armas. Asimismo en la creación de nuevos delitos como el contenido en el art. 268 septies, conocido coloquialmente como ley antibarricadas, y en los arts 449 ter y 449 quater que endurecen penas para delitos contra la propiedad y crean la figura de “saqueo”.

Tratándose del uso y porte de artefactos incendiarios, incluso se ha visto en tribunales una aplicación analógica de la ley penal *in malam partem*, permitiendo la formalización y prisión preventiva de jóvenes por conductas que no son delito, como ha ocurrido con el porte de sustancias y elementos de libre venta al público, en algunos casos las causas están abiertas⁸, en otros, han sido absueltos después de haber estado varios meses en prisión preventiva,

⁶ Fondecyt Regular N°1170068.

⁷ Informe de la Comisión Especial investigadora de las actuaciones del Ministerio del Interior, Policía de Investigaciones y Carabineros de Chile, en relación con los hechos que concluyeron en la muerte del comunero mapuche Camilo Catrillanca, de 8 de julio de 2019., p.109. Disponible en https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=49431&prmTipo=INFORME_COMISION

⁸ Caso de un joven que acababa de cumplir los 18 años, y que había pasado a 4to medio en el Liceo Manuel de Salas, sin antecedentes penales. Fue detenido por funcionarios de Carabineros, el 6 de enero de 2019, en un control de identidad, por portar en su bolso una botella plástica de soft con gasolina y aparte un par de trapos, Fue formalizado por el delito del art. 14 de la Ley n° 127.798 sobre control de armas, esto es, porte de artefactos incendiarios, como consumado, arriesgando una pena mínima de 5 años y 1 día. Estuvo privado de libertad durante casi un mes en la cárcel de Santiago 1, y luego con arresto domiciliario nocturno hasta noviembre de 2020. El MP sustituyó el procedimiento cambiando la calificación del delito al del art. 481 CP (acto preparatorio punible), y se encuentra en tramitación con audiencia de PS para el 9 de marzo de este año. 8 JG de Santiago, RUC N° 2000019354-3, RIT 168-2020.

como en un caso en Rancagua, y otro en Santiago⁹. En ambos se acusó introducción de prueba ilícita por parte de las policías y el fiscal no pudo probar, mas allá de toda duda razonable, que a los imputados les cupo participación. En el caso de Rancagua además el tribunal señaló que la conducta no era constitutiva de delito. Esto, a modo de muestra de lo que ha sucedido en algunas causas.

Asimismo hubo presentación de querellas por parte del Ministerio del interior por delitos de expresión contenidos en la ley de seguridad del Estado, en uno de los casos, la acción penal fue declarada extinta luego de que el Ministerio de Interior se desistiera de la querella antes de que llegara a formalizarse al querellado¹⁰. En el otro caso, cuya querella se presentó por los dichos de una persona en el marco de un seminario donde se presentaba un libro, culminó con una decisión de no perseverar¹¹. Más allá del resultado, lo cierto es que se les judicializó, y neutralizó durante un tiempo.

Cabe destacar también las vulneraciones a garantías y al debido proceso durante las detenciones. Como ha podido conocer la Honorable Comisión, la judicialización en buena parte de los casos estuvo rodeada de vulneraciones, especialmente al momento de la detención, lo que determinó en algunos casos la presentación de querellas, como el caso de 4 jóvenes en San Antonio¹². No haré más referencia a este punto por cuanto la Comisión ya ha contado con antecedentes y testimonios.

Ahora bien, la discusión tiende a empantanarse porque existe la creencia, errada, de que solo los que están privados de libertad podrían ser beneficiarios, cuestión que queda desestimada a la luz del propio texto del proyecto, que incluye también a los que están formalizados con o sin medidas cautelares. En este punto quiero hacer hincapié en que el arresto domiciliario es lo que su nombre indica, una privación de libertad, solo que en un lugar diferente a una cárcel, y por ende, en caso alguno importa una puesta en libertad.

Pero también la discusión se empantana porque se tiende a reconducir el debate a la problemática de que se trata de delitos comunes y no políticos. El proyecto de ley no lo menciona, sin embargo es un tema imposible de soslayar si se quiere delimitar el ámbito de aplicación a que alude el artículo 3 del proyecto.

En este punto quisiera indicar que no es una verdad indiscutida que los delitos políticos sean solo los delitos de expresión, o que preso político sea solo aquel a quien se le persigue por sus ideas. Esta es una visión idealizada y alejada de la realidad, es el delincuente político

⁹ Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua de 15 enero de 2021, RIT 304-2020, RUC 1901164655-K; Sentencia 4 TOP de Santiago de 28 de septiembre de 2020, RIT N°188-2020 RUC N°2000070166-2

¹⁰ 7mo JG de Santiago, RUC 1910059040-1. La acción penal fue declarada extinta y sobreseída la causa después de que el Ministerio del Interior se desistiera de la querella. Resolución de 01 de junio 2020, 7mo JG de Santiago, RUC 1910059040-1.

¹¹ 7mo JG de Santiago, RUC 2010009795-9

¹² JG de San Antonio, RIT 2106-2020, querella por tortura del art. 150 A interpuesta por INDH en favor de los cuatro imputados.

ideal, que se convierte en víctima simplemente por expresar opiniones diferentes. De acuerdo a esto, ni siquiera Assange podría caer en esta concepción.

Los delitos comunes que se comenten en el curso de un delito político como un alzamiento, una insurrección, una rebelión, asumen la forma de lo que en doctrina se conoce como “delitos políticos conexos” o “delitos políticos complejos”. La discusión reside en si ellos pueden o no gozar de los beneficios del delito político puro, como el privilegio extraditorio y el asilo. Y en este punto no hay acuerdos en la doctrina, pero sí ciertos consensos.

En verdad, como decía Carrara, el delito político "no viene a definirse por verdades filosóficas, sino más bien por el predominio de los partidos y de las fuerzas, por la suerte de una batalla"¹³. Sin embargo, a lo largo de la historia se ha intentado delimitar el concepto para evitar que se torne aún más pendular y relativo de lo que es. Y así hay quienes (Rossi, Garraud, Fiore, Antón Oneca, Cobo del Rosal) estiman que los delitos políticos son solo aquellos que objetivamente lesionan el orden establecido por las leyes fundamentales del Estado relativas a la distribución de poderes, el orden social y los derechos y deberes que de él derivan¹⁴. Otros (Ferri, Jiménez de Asúa, Quintano Ripolles, Alvarez y Cobos) estiman que los delitos políticos son aquellos que se comenten con un móvil o finalidad política, permitiendo incorporar en esta categoría entonces a delitos comunes que se cometen con esta finalidad. Generalmente lo reconducen a móviles altruistas, la finalidad de deponer a los malos gobernantes, v/s el móvil abyecto o egoísta¹⁵.

Hay quienes combinan ambos criterios y sostienen que es delito político todo el que atente contra la organización política del Estado, cometido con una finalidad política. Y esta última marca dos tendencias, una para extender el campo de los delitos políticos puros (los que lesionan el orden político del Estado) a los delitos comunes cometidos con fines políticos y a aquellos cometidos contra la organización política del Estado con fines no políticos (Manzini y Massari, Glaser, Cuello Calón, Cobo Del Rosal); o bien para restringir el ámbito de los delitos objetivamente políticos sólo a los cometidos por móviles o fines políticos (Cerezo Mir, Rodríguez Devesa, Sáinz Cantero, Landrove y Luzon Peña).

Los *delitos conexos*, esto es, aquellos delitos comunes (no políticos) que se cometen para preparar, facilitar, consumir o asegurar la impunidad de un delito político, en principio también gozan del privilegio extraditorio, pero, según la doctrina mayoritaria, son extraditables cuando el delito común constituye un hecho bárbaro, inhumano o que lesione bienes jurídicos tan importantes como la vida o la integridad física de las personas, sin que

¹³ Carrara, F. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo VII. Trad. de la 11ª ed. italiana, Buenos Aires, 1948. p.512.

¹⁴ Fiore. Tratado de Derecho Penal Internacional y de la extradición. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1880. p.371.

¹⁵ Granados Peña, J. "Teoría General del delito político y sus proyecciones en el derecho penal internacional. Propuesta para la abolición del delito político.", *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 60, núm. 4, 1991.

haya combate declarado¹⁶. Hay acuerdo en que los delitos políticos complejos, que son los que lesionan a la par el orden político y el derecho penal común (p. ej, el homicidio del jefe de Estado) son extraditables (“clausula belga o del atentado”).

Si aplicamos estos mismos razonamientos a la idea del “derecho de gracia” que implica la concesión de un indulto general, es posible entonces otorgarlo a quienes han cometido delitos comunes en el curso del estallido social o de la protesta social, pues técnicamente son delitos políticos conexos.

Y así también, desde esta perspectiva, no veo razón para excluir del catálogo de delitos al contenido en la letra d) del art. 6 de la Ley n°12.927, sobre seguridad del Estado, que hace referencia a delitos de destrucción y daño de puentes, caminos y otros. Más dudas me merece la inclusión de la letra e) del mismo artículo, que hace referencia a un delito de peligro concreto contra la salud pública (envenenamiento de aguas o fluidos).

Ahora bien, me parece que sería prudente reflexionar acerca de los criterios para delimitar el ámbito de aplicación, pues si bien es fácil comprobar, por ejemplo, que tal o cual delito de desórdenes públicos, o lanzamiento de artefactos incendiarios o incendios, se cometieron en el curso de una manifestación, en otros casos será compleja la prueba. Por ello, deberían esclarecerse tales criterios a fin de contar con la mayor objetividad y transparencia posibles, como por ejemplo: a) el lugar de comisión, b) las condiciones de la detención y si ha habido vulneración de garantías y/o faltas al debido proceso, c) la finalidad de la conducta, que no necesariamente debe identificarse con querer atentar contra la organización política del Estado, sino con algo más amplio, como por ejemplo, cometer el delito para salir de una situación de injusticia social, supuesto que es un deber político del Estado el procurar a todos los ciudadanos iguales oportunidades para desarrollarse y satisfacer sus necesidades básicas.

Esto permitiría dotar de mayor contenido a las razones humanitarias que se invocan en el proyecto de ley para la concesión del indulto, las que entiendo se fundamentan en las especiales situaciones de judicialización vulneratorias de garantías que rodean estos casos, y por supuesto, no se circunscriben únicamente a la situación de eventual prisión preventiva u otra medida cautelar que implique una exposición con riesgo para la salud en situación de pandemia, sino también al interés público que suponga su desjudicialización, supuesto que el Estado debe asumir su responsabilidad en las causas que motivaron el estallido social. Quiero decir, el Estado y sus instituciones, así como la sociedad, debe asumir su co responsabilidad en la generación de este tipo de delitos dada la situación de injusticia social que motivó las protestas de octubre de 2019 en adelante, y que, por cierto, significaron un cambio radical al punto que hoy estamos ad portas de escribir una nueva Constitución.

¹⁶ Garrido Montt, M. Derecho Penal. Parte General, Tomo I. Editorial Jurídica, 2015, p. 149

A ello también pueden considerarse, sin necesidad de que puedan ser copulativas, y según se presenten en cada caso, otras razones humanitarias, como por ejemplo, el fortalecimiento de lazos familiares, asistencia a la escuela o trabajo, presencia de alguna enfermedad propia o de familiar, hijos menores o adultos mayores o en situación de discapacidad total o parcial que requiera cuidados, entre otras.

Finalmente, el periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2019 y el 9 de diciembre de 2020 me parece requiere una mayor argumentación, pues si bien el inicio está claro en cuanto al contexto, no lo está en cuanto a la fecha de término, pues pareciera que con la presentación del proyecto termina el “estallido social”. La pregunta que debe hacerse es ¿terminó el estallido social?, y si la respuesta es afirmativa, ¿Cuándo terminó?, ¿Cuándo ganó el Apruebo?, o si la respuesta es negativa (por cuanto siguen existiendo protestas y manifestaciones), ¿donde se fijará el límite?.

Es todo cuanto puedo informar a la Honorable Comisión.

Myrna Villegas Díaz
Doctora en derecho
Profesora asociada Depto. Ciencias Penales
Facultad de derecho
Universidad de Chile.