Legislación vigente	Aprobado en 1° TC por la Cámara	Aprobado en 2° TC por el Senado	Texto simulado tras 2° TC	Propuesta MINJUSDDHH
ART. 304 bis. El que sin estar legal o reglamentariamente autorizado al efecto ingresare, intentare o permitiere ingresar por cualquier medio a un establecimiento penitenciario 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.	"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal: 1. En el artículo 304 bis: a) Incorpórase el siguiente inciso segundo, nuevo, pasando los actuales incisos segundo y tercero a ser incisos tercero y cuarto, respectivamente: "La misma pena se aplicará a quien, sin estar legal o reglamentariamente autorizado al efecto, ingrese, intente o permita ingresar a un establecimiento penitenciario, por cualquier medio, objetos cuya tenencia o uso ponga en riesgo la seguridad del recinto, o la vida, salud o integridad de quienes se encuentren en su	"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Penal: 1. En el artículo 304 bis: a) Incorpóranse los siguientes incisos segundo y tercero, nuevos, pasando los actuales incisos segundo y tercero a ser incisos cuarto y quinto, respectivamente: "La misma pena se aplicará a quien, sin estar ~~legal o reglamentariamente~~ autorizado~~ al efecto~~, ingrese, intente ingresar o permita el ingreso a un establecimiento penitenciario, por cualquier medio, de objetos cuya introducción o tenencia en establecimientos penitenciarios se encuentre	ART. 304 bis. El que sin estar legal o reglamentariamente autorizado al efecto ingresare, intentare o permitiere ingresar por cualquier medio a un establecimiento penitenciario 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. **La misma pena se aplicará a quien, sin estar autorizado, ingrese, intente ingresar o permita el ingreso a un establecimiento penitenciario, por cualquier medio, de objetos cuya introducción o tenencia en establecimientos penitenciarios se encuentre prohibida. Lo dispuesto en**	En el artículo 304 bis: a) Incorpóranse los siguientes incisos segundo, tercero y cuarto, nuevos, pasando los actuales incisos segundo y tercero a ser incisos quinto y sexto, respectivamente: **La misma pena se aplicará a quien, sin estar legal o reglamentariamente autorizado al efecto, ingresare, intentare o permitiere ingresar a un establecimiento penitenciario, por cualquier medio, armas de fuego, armas blancas, armas artesanales o hechizas,**

	interior, a menos que el hecho sea constitutivo de un delito distinto de mayor gravedad. Se presumirá que el objeto es riesgoso en los términos recién señalados, si la conducta se realiza o intenta realizar mediante lanzamiento desde el exterior. En caso alguno se podrá fundar una condena en esta sola presunción.”.	prohibida. Lo dispuesto en este inciso y en el anterior se aplicará salvo que el hecho constituya un delito de mayor gravedad, a cuya pena se estará. Con todo, si el ingreso o intento de ingreso de cualquiera de los elementos señalados en los incisos anteriores se realiza mediante lanzamiento desde el exterior o por vía no destinada al efecto, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio, aun cuando no fuere posible acreditar la naturaleza del objeto.”.”.	**este inciso y en el anterior se aplicará salvo que el hecho constituya un delito de mayor gravedad, a cuya pena se estará.** **Con todo, si el ingreso o intento de ingreso de cualquiera de los elementos señalados en los incisos anteriores se realiza mediante lanzamiento desde el exterior o por vía no destinada al efecto, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio, aun cuando no fuere posible acreditar la naturaleza del objeto.**	**municiones, explosivos, artefactos incendiarios, sustancias corrosivas, gases tóxicos o asfixiantes, bebidas alcohólicas, artículos de caza, llaves o candados, o cualquier otro objeto o sustancia cuya tenencia o uso ponga en riesgo la seguridad del recinto, o la vida, salud o integridad de quienes se encontraren en su interior, o cuya introducción o tenencia en establecimientos penitenciarios se encuentre legal o reglamentariamente prohibida por razones de seguridad.** **Igualmente será sancionado con la pena del inciso anterior el que lanzare o intentare lanzar desde el exterior cualquier objeto hacia el interior de un establecimiento penitenciario. Si se acreditare que el objeto no es de aquellos señalados en el inciso anterior, la pena será de presidio menor en su grado mínimo.**

				Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará salvo que el hecho sea constitutivo de un delito de mayor gravedad, caso en el cual se estará a la pena asignada a este último.
Si las conductas a que se refiere el inciso anterior fueren perpetradas por un abogado, procurador o empleado público, la pena no se aplicará en su grado mínimo y, además, conllevará desde 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.	b) Sustitúyese en el actual inciso segundo, que ha pasado a ser inciso tercero, el vocablo "anterior" por "primero".	b) Sustitúyese en el actual inciso segundo, que ha pasado a ser inciso cuarto, la expresión "refiere el inciso anterior" por "refieren los incisos anteriores".".	Si las conductas a que se **refieren los incisos anteriores** fueren perpetradas por un abogado, procurador o empleado público, la pena no se aplicará en su grado mínimo y, además, conllevará desde 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.	b) Sustitúyase en el actual inciso segundo, que ha pasado a ser inciso cuarto, la expresión "refiere el inciso anterior" por "refieren los incisos anteriores".
Si la conducta descrita en el inciso primero fuere cometida por el empleado público para facilitar la perpetración de alguno de los crímenes o simples delitos previstos en el artículo 27 letra a) de la ley N°	c) Reemplázase en el actual inciso tercero, que ha pasado a ser inciso cuarto, la palabra "Si" por la expresión "Asimismo, si".	c) Reemplázase en el actual inciso tercero, que ha pasado a ser inciso quinto, la frase "Si la conducta descrita en el inciso primero fuere cometida", por la siguiente: "Asimismo, si las conductas descritas en los	**Asimismo, si las conductas descritas en los incisos anteriores fueren cometidas** por el empleado público para facilitar la perpetración de alguno de los crímenes o simples delitos previstos en el	c) Reemplázase en el actual inciso tercero, que ha pasado a ser inciso quinto, la expresión "Si la conducta descrita en el inciso primero fuere cometida" por la expresión "Asimismo, si las conductas descritas en los

19.913, artículos 1, 2, 3 y 4 de la ley N° 20.000, y en los artículos 141, 142, 268 ter, 391, 438, 467 y 468 del presente Código, se aumentará la pena del inciso primero en un grado y además conllevará la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.		incisos anteriores fueren cometidas".	artículo 27 letra a) de la ley N° 19.913, artículos 1, 2, 3 y 4 de la ley N° 20.000, y en los artículos 141, 142, 268 ter, 391, 438, 467 y 468 del presente Código, se aumentará la pena del inciso primero en un grado y además conllevará la inhabilitación absoluta perpetua para cargos u oficios públicos.	incisos anteriores fueren cometidas".

Argumentos respecto de lo aprobado en 2° TC:

- En relación con el **nuevo inciso segundo de artículo 304 bis**, durante la discusión en particular, el Ejecutivo señaló que el texto aprobado en primer trámite tiene la ventaja de que ya comprende los objetos respecto de los cuales se considera relevante sancionar su introducción, esto es, los que puedan ser utilizados para afectar la vida o la salud de las personas al interior del recinto (objetos contundentes, cortopunzantes, etc.) como también aquellos que puedan afectar las medidas dispuestas para mantener las propias condiciones de seguridad de éste, como, por ejemplo, objetos idóneos para alterar o destruir cámaras de vigilancia, rejas, entre otros.
- El texto aprobado en 2° TC hace referencia a elementos prohibidos, concepto que no está definido en el Código Penal vigente ni tampoco lo define el proyecto de ley, de manera que se hace necesario realizar una interpretación sistemática del mismo. Con relación a esto, el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios (Decreto N° 518 de 1998) regula en el artículo 48 las encomiendas que pueden recibir las personas privadas de libertad, habilitando a Gendarmería de Chile a regular aquellas especies y alimentos cuyo ingreso se encuentren prohibidos, lo que actualmente se realiza a través de resoluciones exentas (por ejemplo, Res. Ex N° 728 de fecha 06 de febrero 2019). Que el tipo penal propuesto se remita (al menos indirectamente) a una resolución exenta podría generar problemas de constitucionalidad, ya que el principio de legalidad exige que la conducta típica se encuentre expresamente descrita en el tipo penal (artículo 19, N° 3, inciso final, CPR). Nuestra jurisprudencia constitucional ha sido conteste en que la ley debe describir los elementos esenciales de la conducta proscrita, pudiendo entregar a normas infralegales dictadas por otras autoridades solamente la determinación de elementos secundarios o accesorios. Sin embargo, dicha remisión a la norma infralegal debe expresar la norma de destino o complementaria, cuestión que no ocurre en el artículo 304 bis propuesto por la Comisión. Lo relevante para efectos de su constitucionalidad es que el tipo penal permita el conocimiento anticipado de las personas del comportamiento que funda la responsabilidad penal.

Con respecto al **nuevo inciso tercero del artículo 304 bis**, este tipifica el lanzamiento o intento de ingreso "por vía no destinada al efecto" de elementos prohibidos en forma independiente. La fórmula que se propone presenta algunas inconsistencias:

- Primero, sanciona el lanzamiento de objetos prohibidos, pero declara que la pena se aplica aun cuando no se acredite la naturaleza del objeto. Esto también podría generar judicialización en el foro constitucional, puesto que se podría ver afectado el principio de lesividad, al estarse sancionando conductas inocuas desde el punto de vista de los bienes jurídicos protegidos.
- En el caso en que se concluya que lo que se penaliza es el lanzar objetos sin más; o el ingresar objetos de cualquier índole por vía no destinada al efecto, la figura comprendería el lanzamiento de objetos inofensivos (cigarros, objetos de aseo, cartas, etc.). De ser así, se trataría de una figura de peligro abstracto, pues se presume estadísticamente que el lanzamiento o ingreso es de objetos prohibidos, lo que configuraría una presunción de derecho de dudosa constitucionalidad. La forma de evitar la inconstitucionalidad es exigir el juicio de peligro a nivel concreto, lo que supone probar el objeto y la causalidad.
- Así las cosas, la consecuencia de optar por esta fórmula, es que los tribunales podrían entender que no es posible castigar si se desconoce la efectiva lesividad de la conducta.

Fundamentos de nuestra propuesta:

El tipo penal incorporado en el inciso segundo cubre dos aspectos:

1) Castiga a quien ingresa – sin contar con la autorización legal o reglamentaria para ello – una serie de objetos que tienen la aptitud para poner en riesgo la seguridad del recinto, o la vida, salud o integridad de quienes se encontraren en su interior. Es decir, la legislación permite que determinados funcionarios públicos puedan ingresar con armas a los establecimientos penitenciarios, pero si se trata de alguien que no cuenta con dicha autorización, éste responderá penalmente.
2) Castiga a quien ingresa a un establecimiento penitenciario algún elemento que por disposición legal o reglamentaria se encuentran prohibidos.

Es decir, mientras el primer escenario se refiere a elementos restringidos, el segundo a elementos prohibidos, y en ambos casos se exige que la determinación de aquello que se entenderá restringido o prohibido quede establecido nivel legal o reglamentario, salvando el problema de inconstitucionalidad expuesto anteriormente.

Además, en el inciso tercero (nuevo) se amplía la conducta punible a la persona que lance o intente lanzar desde el exterior del establecimiento penitenciario hacia el interior alguno de los objetos señalados en el inciso segundo y en el caso de que el objeto lanzado no sea de aquellos, se establece una pena inferior, específicamente presidio menor en su grado mínimo. La diferencia punitiva radica en la mayor o menor vulneración a la seguridad carcelaria, ya que si bien en el primer caso estamos ante situaciones que pueden perjudicar seriamente el orden y la seguridad al interior de una cárcel o la vida e integridad de quienes se encuentren en el interior, el realizar

lanzamientos o intentar el lanzamiento genera una reacción en cadena que afecta el normal funcionamiento del establecimiento penitenciario, enfocando el despliegue de funcionarios y la adopción de medidas. Se podría sostener que el ingreso de una hamburguesa o de un polerón a través de un pelotazo es inocuo o no atenta contra el orden y la seguridad interna de una cárcel, pero lamentablemente hemos conocido casos en los últimos años que dan cuenta que dichas especies, entre otras, eran parte de un negocio ilícito mayor, que permitía financiar otro tipo de conductas de mayor gravedad y que atentan contra el corazón del sistema penitenciario.

Por último, se ofrece una cláusula de subsidiariedad expresa, para tener una solución concursal clara para los casos en que los elementos que se ingresan sean de aquellos cuyo ingreso ya se encontraría sancionado más severamente por otra ley, como podría ser el caso de armas de fuego o drogas.