



**Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Procesal**

**“MODIFICACIONES REALIZADAS POR LA LEY N° 20.253 AL CÓDIGO PROCESAL
PENAL”**

Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas

AUTOR:
José Tomás Castro Celedón.

PROFESOR GUÍA:
Cristián Maturana Miquel.

Santiago, Chile
2.009

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	4
Capítulo I: <u>Contexto Histórico y Objetivos de la Ley N°</u>	
<u>20.253</u>.....	7
Capítulo II: <u>Modificaciones de la Ley al Código Procesal Penal</u>	16
1. <u>Actuaciones de la policía sin orden previa</u>	16
2. <u>Control de Identidad</u>	25
3. <u>Situación de Flagrancia</u>	40
4. <u>Citación, registro y detención en casos de flagrancia</u>	47
5. <u>Comparecencia Judicial</u>	49
6. <u>Otras facultades no jurisdiccionales de los abogados asistentes</u> <u>del fiscal</u>	62
6.1. Testigos ante el Ministerio Público	63
6.2. Anticipación de prueba	64
6.3. Lectura para apoyo de la memoria en la audiencia de juicio oral.....	65
6.4. Aspectos comunes de estas modificaciones	66
7. <u>Apelación de la resolución que declara la ilegalidad</u> <u>de la detención</u>	67
8. <u>Prisión preventiva</u>	72
8.1. Requisitos para ordenar la prisión preventiva.....	73
8.2. Modificación y revocación de la resolución sobre la prisión preventiva	87
8.3. Recursos relacionados con la medida de prisión Preventiva.....	89
8.4. Ejecución de la medida de prisión preventiva	97

9.	<u>Anticipación de Prueba</u>	100
	9.1. Situación General.....	100
	9.2. Situación de los menores de edad	101
	9.3. Situación de la Prueba Anticipada después de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral	105
10.	<u>Comparecencia del imputado ante el Ministerio Público</u>	106
11.	<u>Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial</u>	109
12.	<u>Suspensión condicional del procedimiento</u>	113
Capítulo III	: <u>Función de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile</u>	117
Capítulo IV	: <u>Modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público</u>	121
	1. <u>Responsabilidad disciplinaria de los fiscales</u>	121
	2. <u>Planta del personal del Ministerio Público</u>	122
Conclusión	124
Bibliografía	130

INTRODUCCIÓN

La seguridad ciudadana es el tema al que el país más preocupación e importancia le brinda. Esta afirmación se ve reflejada en el Estudio Nacional de Opinión Pública de junio de 2.008, realizado por el Centro de Estudios Públicos, el cual arroja como resultado que el problema principal al que el Gobierno debería dedicar el mayor esfuerzo para su solución es el tema de la “delincuencia, asaltos y robos”; con un 59% de las preferencias.¹

Por su parte, las policías y los jueces del crimen, especialmente los Jueces de Garantía, son dos de los actores más importantes en lo que se refiere a la lucha contra la delincuencia, por cuanto sus decisiones repercuten en demasía en lo que se refiere a la persecución criminal, afectando tanto a las tareas de prevención como de control de la delincuencia. Estos actores gozan de distinta popularidad, pues las policías -tanto Carabineros como Investigaciones- son las autoridades mejor evaluadas por la ciudadanía respecto a este problema social, en contraste con los jueces del crimen, segunda autoridad peor evaluada, incluso siendo reprobados en el desempeño de sus labores.²

No está de más en señalar que la Reforma Procesal Penal, que empezó a regir paulatinamente en nuestro país desde el año 2.000, modificó el panorama existente hasta ese momento en lo que se refiere al sistema de persecución criminal, creando los Juzgados de Garantía y los Tribunales Orales en lo Penal, modificando sustancialmente la forma de actuar por parte de las policías, puesto que actualmente deben sujetar sus actuaciones a lo ordenado por el Ministerio Público, institución que también fue creada con motivo de dicha reforma y que también tiene mucho que decir en lo que respecta a esta modificación.

Esta memoria tiene por objeto analizar cada una de las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.253 al Código Procesal Penal, la cual modificó esencialmente algunos de los procedimientos policiales y algunas de las facultades de control que tienen los Jueces de Garantía durante el período que va desde la comisión del delito hasta la audiencia del juicio oral.

¹ CENTRO DE ESTUDIOS PUBLICOS. 2008. Estudio Nacional De Opinión Pública, Junio 2008 [en línea]. http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4140.html [consulta: 09 de octubre de 2.008].

² FUNDACION PAZ CIUDADANA y ADIMARK GfK. 2.007. [en línea] Índice de Paz Ciudadana Junio de 2.007. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 09 de octubre de 2.008]. Cuadro N° 37.

Esta ley es de gran importancia, puesto que altera procedimientos substanciales como el control de identidad, la audiencia de control de detención y la medida cautelar de la prisión preventiva, entre otros.

La ley en análisis ha creado bastante polémica tanto en el mundo académico como judicial, por cuanto altera el panorama de los Derechos Fundamentales que el Código Procesal Penal se propone en proteger.

Teniendo presente lo anterior, surge la necesidad de realizar este trabajo de investigación, cuyo objeto será tratar en profundidad cada una de las instituciones modificadas por esta ley, analizando si las modificaciones que ella propone se encuentra en armonía con la Constitución, los Tratados Internacionales vigentes en Chile en materia de Derechos Humanos y el Código Procesal Penal,. Además, cabrá tener siempre presente los objetivos perseguidos por los expertos en seguridad ciudadana y los datos empíricos existentes actualmente en esta materia.

La presente memoria consta de cuatro capítulos, finalizando con una conclusión. El primero de ellos, trata el contexto histórico y los objetivos perseguidos por esta ley, en la cual se analizará su dictación mediante la utilización de los datos empíricos existentes al momento de su dictación, los cuales son entregados por instituciones de seguridad ciudadana del gobierno como de privados. Además se tratará de justificarla desde un enfoque acorde a las políticas y estudios relacionados a la seguridad ciudadana.

En el capítulo segundo se analizará especialmente desde un enfoque jurídico las modificaciones realizadas por la ley al Código Procesal Penal, de acuerdo a los principios y normas consagrados por éste, la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos vigentes en Chile. Además, en algunos casos, se analizará utilidad práctica de las modificaciones, enfocadas desde la perspectiva de la seguridad ciudadana.

En el capítulo tercero se estudiará la modificación realizada por esta ley en lo que se refiere a la función de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile,

específicamente en lo que respecta a la obligación que se les impone de mantener un banco unificado y actualizado de personas respecto de las cuales existan órdenes de detención pendientes. Se analizará su eficacia respecto a la función del control de la delincuencia, desde un prisma relacionado con las políticas existentes en materia de seguridad ciudadana.

En el capítulo cuarto, se estudiará las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.253 a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, realizando un análisis tomando en cuenta el espíritu de la legislación vigente y el de la ley objeto de esta memoria de grado.

Es la intención de esta memoria cotejar las modificaciones realizadas con datos empíricos existentes en la actualidad, puesto que sirven como barómetro para medir su utilidad. Ello se justifica dado que la misma ley señala en su mensaje que se tuvo presente una gran cantidad de datos al momento de aprobarse este proyecto de ley, por lo que es necesario tenerlos en consideración para verificar la verdadera utilidad de esta reforma en materia de seguridad ciudadana.

CAPÍTULO I: Contexto Histórico y Objetivos de la Ley N° 20.253

La Ley N° 20.253 se enmarca dentro del proyecto conocido como “Agenda Corta Antidelincuencia” (en adelante “Agenda Corta”), la cual fue realizada con el propósito de hacer más eficientes las herramientas de persecución criminal con que cuentan las autoridades en la consecución de dicho fin.

La “Agenda Corta” persigue dos objetivos primordiales:

1. Corregir vacíos legales presentes en el Código Penal y en el Código Procesal Penal.
2. Liberar a Carabineros de las funciones administrativas para que dediquen más tiempo al resguardo de la ciudadanía.

La Ley N° 20.253 -objeto de estudio en esta memoria de grado- solamente pretende mejorar las deficiencias presentes en los cuerpos legales antes mencionados, es decir, persigue satisfacer únicamente el primero de esos objetivos.

Paralelamente fue tramitado el proyecto de ley que libera a Carabineros de funciones administrativas, Ley que bajo el N° 20.227 fue publicada en el Diario Oficial 15 de noviembre de 2.007.

En el mensaje de esta última ley, se señala que “*Carabineros de Chile, junto con la Policía de Investigaciones, tiene, por mandato constitucional, la función de dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior*”.³ Además, se señaló en dicho mensaje que “*La institución necesita que la mayor parte de su personal esté abocado al cumplimiento de dichas labores y, en especial a la prevención y represión de la delincuencia*”.⁴ Por este motivo, desde la entrada en vigencia de la ley, se liberó a Carabineros de entregar

³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.227 [en línea]. <http://www.bcn.cl> [consulta: 02 de julio de 2008].

⁴ *Ibidem*.

salvoconductos para cambiarse de domicilio, de notificar o citar a un juicio, de entregar el certificado con los antecedentes de un accidente de tránsito, de notificar las resoluciones del SAG en caso de plagas, junto con las resoluciones de procedimientos administrativos y, de fiscalizar la ley del tabaco.⁵

En lo que atañe a esta memoria de grado, en el Mensaje de la Ley N° 20.253 se señaló que era necesario reformar los vacíos legales presentes en el Código Penal y en el Código Procesal Penal, porque *“la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de terror”*.⁶

En dicho mensaje se consigna que para este proyecto se analizaron las formas en que las normas del nuevo proceso penal están siendo aplicadas con el fin de detectar las situaciones que permitan que los delincuentes habituales o peligrosos estar en libertad o recuperarla fácilmente, para así solucionar dichas falencias mediante modificaciones legales, solucionándose las deficiencias que el sistema de enjuiciamiento criminal pueda tener.⁷

Es muy difícil determinar cuál o cuáles son las modificaciones legales necesarias al sistema de enjuiciamiento criminal para disminuir ostensiblemente esta sensación de terror⁸ o inseguridad. Principalmente, esta ley busca controlar con mayor celo la labor de los Jueces de Garantía en el otorgamiento de medidas cautelares respecto a los delitos de mayor connotación social (en adelante DMCS) y crear una base unificada y actualizada de datos para ambas policías respecto de las personas que tengan órdenes de detención pendientes.

Es cierto que la labor de los Jueces del Crimen influye en el aumento o disminución de la percepción del temor, pero es difícil determinar cuantitativamente la magnitud de la labor de los jueces en el incremento o disminución de dicha percepción.

⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [en línea]. <http://www.bcn.cl/guias/las-funciones-que-ya-no-hara-carabineros> [consulta: 02 de julio de 2.008].

⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008 Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 5. [consulta: 02 de julio de 2.008].

⁷ *Ibíd.*, P. 5 a 7.

⁸ Los expertos en la materia prefieren denominar a esta sensación como temor al delito.

Según los expertos en seguridad ciudadana, las modificaciones propuestas por la Ley N° 20.253 al Código Penal y al Código Procesal Penal no son la forma más eficiente de enfrentar el problema de la delincuencia, tomando en cuenta que la reforma al sistema procesal penal recién terminó de implementarse en el año 2.004. Es un tanto apresurado realizar este tipo de reformas porque en Chile falta evidencia empírica para tratar como un todo el problema de la seguridad ciudadana, aunque esta tendencia se ha tratado de revertir desde principios de esta década. No es ningún secreto lo dicho anteriormente, incluso el gobierno lo reconoce en su Política Nacional de Seguridad Ciudadana,⁹ en ella se señala que existe divergencia sobre los factores que están vinculados con el aumento de la delincuencia en nuestro país, y que dicha divergencia se basaba mayormente en hipótesis y no en evidencia empírica, debido a que *“no se han desarrollado estudios que permitan precisar la incidencia de cada uno de los factores reconocidos por la literatura internacional como gravitantes en la delincuencia”*.¹⁰

Cristián Riego, Director del Programa de Justicia Criminal de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, sostiene que existe una amenaza política muy fuerte hacia los Jueces de Garantía, dirigidas hacia sus facultades y su modo de trabajo. Alerta que este tipo de crítica es bastante peligrosa, ya que los Jueces de Garantía cumplen una función política que va contra la mayoría porque deben resolver los casos basados en un padrón normativo previo que considera valores y garantías individuales. Esto les permite decidir a pesar de la opinión de la víctima, del público o de la prensa, siendo considerada esta labor como parte de su esencia institucional. Este fenómeno produce que en la práctica diaria existan algunos casos minoritarios que provoquen una deslegitimación extraordinaria¹¹. Lo anterior genera un efecto de

⁹ Esta política es un intento del Gobierno con el fin de llegar a grandes acuerdos nacionales programáticos, abarcando un amplio espectro de actores de la sociedad. Por este motivo, en el año 2.004, se trabajó en conjunto con instituciones vinculadas a la seguridad ciudadana durante seis meses para confeccionar esta política.

¹⁰ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.004. [en línea] Política Nacional de Seguridad Ciudadana <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 05 de agosto de 2.008]. P.9 y 10.

¹¹ DUCE, MAURICIO y OTROS. 2.006. [en línea] Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 03 de julio de 2.008]. P. 7 y 8.

desconfianza en el sistema de enjuiciamiento criminal que contribuye a incrementar la sensación de inseguridad ciudadana.¹²

Una de las vías más rápidas para acallar las críticas públicas hacia el poder judicial – dirigidas principalmente desde el parlamento- es mediante reformas legales como las que pretende la Ley N° 20.253.

En referencia a la sensación de inseguridad, ella puede ser entendida como la *preocupación de la ciudadanía acerca del tema de la delincuencia en las personas, independientemente que sean o no víctimas de delitos.*¹³

Uno de los primeros estudios existentes en Chile señala que los factores que influyen en los niveles de temor e inseguridad que presentan las personas se centran principalmente en factores socio demográficos como la edad, el género, el nivel socioeconómico, la pobreza, el lugar de residencia y las características y el tamaño de la familia; también influyen factores personales, como el hecho de haber sido victimizado con anterioridad o por haber sido testigo de hechos delictivos.¹⁴

Adicionalmente es importante mencionar como factor muy influyente en los niveles de temor e inseguridad que presentan las personas a los medios de comunicación masiva, ya que inciden en las personas creando una “victimización vicaria”, incidiendo en el temor de la población.¹⁵

¹²AJENJO, FELIPE y SALAZAR, FELIPE. 2006 [en línea] Inseguridad y delincuencia en Chile: hacia una caracterización del temor. En FUNDACION PAZ CIUDADANA Y INSTITUTO DE SOCIOLOGÍA, PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE. 2007. Tercer Simposio Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia. Santiago. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 07 de julio de 2.008] P. 62.

¹³ Ibídem P. 61.

¹⁴ DAMMERT, LUCIA y LUNECKE, ALEJANDRA. 2.002. Victimización y Temor en Chile: Revisión Teórico-Empírica en doce comunas del país. Serie de Estudio, Centro de Estudios Seguridad Ciudadana, (CESC), IAP, Universidad de Chile, Santiago. P. 21 y ss.

¹⁵ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.004. [en línea] Política Nacional de Seguridad Ciudadana <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 07 de julio de 2.008]. P.12.

Al momento de designar cuál es el rol que tiene el sistema de enjuiciamiento criminal para determinar el nivel de temor, el estudio realizado por Dammert y Lunecke no nos permite designar el grado de influencia que tienen los tribunales del crimen para contribuir a la sensación de inseguridad ciudadana, ya que fue hecho el año 2.001 y, a esa fecha, recién comenzaba la implementación en las primeras dos regiones de la reforma procesal penal, por lo que en la mayoría del territorio nacional imperaba el antiguo sistema de enjuiciamiento criminal.

Además, es muy difícil determinar la importancia que tienen los tribunales de justicia en las fluctuaciones de esta sensación. Es más, el mismo Ministerio del Interior reconoce que “*aunque no existe información precisa y detallada acerca del número de condenas y la magnitud de las penas, sí es posible observar un fuerte crecimiento en la población penal*”. Este documento continúa sosteniendo que “*esto estaría indicando una respuesta significativa por parte del poder judicial*”.¹⁶

Para acercarnos un poco a determinar esta importancia, podemos tomar como referencia las encuestas realizadas por el Ministerio del Interior, más conocidas como la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENSUC). En la encuesta que arroja los resultados del año 2.006, se señaló como principal causa de los niveles de delincuencia en el barrio a *la falta de vigilancia policial*, con un 30,0% de las respuestas. En cuarto lugar, luego del desempleo y el consumo de drogas, la alternativa más señalada fue las *sanciones débiles que se aplican a los delincuentes*, con un 10,6% de las preferencias.¹⁷

En la encuesta que arroja los resultados del año 2.007, se señala como principal causa de los niveles de delincuencia que existe en el país -ya no en el barrio- a *la falta de preocupación y control de los padres*, con un 24% de las respuestas. En quinto lugar, luego de la falta de

¹⁶ *Ibíd.* P. 12 y 13.

¹⁷ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.007. [en línea] Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENSUC): Resultados 2.006 <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008]. Cuadro N° 16.

vigilancia policial, el consumo de drogas y el desempleo, la alternativa más señalada fue “*las sanciones débiles que los jueces aplican a los delincuentes*”, con un 10,3% de las preferencias.¹⁸

De lo anterior sería posible deducir que la labor de los tribunales de justicia influye significativamente al momento de determinar el nivel de temor de la ciudadanía, aunque en comparación con las variables principales, existen factores de mayor peso para determinar este nivel de temor. Además, como se dijo anteriormente, esta percepción se debe principalmente a la labor contramayoritaria que tiene que realizar los Jueces del Crimen, especialmente los Jueces de Garantía.

Estos datos confirman que existe una percepción negativa hacia la labor de los jueces. A mayor abundamiento, entre mayo y julio de 2.007 la Fundación Paz Ciudadana, en conjunto con Adimark GfK, realizó el “Índice de Paz Ciudadana junio de 2.007”, para lo cual se entrevistó a 12.290 personas. En uno de sus tópicos se evaluó a las autoridades relacionadas con el resguardo de la seguridad pública. Los resultados arrojaron que los Juzgados del Crimen son uno de los peores evaluados -con una nota 3,3- siendo la segunda institución peor evaluada luego de los Senadores y Diputados.¹⁹

La percepción de la opinión pública se contradice con las cifras de las autoridades. Como lo reconoce el Ministerio del Interior, Chile tiene una de las tasas de población penal más altas en el mundo y la población penal aumenta constantemente desde hace ya mucho tiempo.²⁰ Por ejemplo, en 2.006, la población penal llegó a 73.286, según datos de Gendarmería de Chile, ya en mayo de 2.008 es de 96.676 personas, lo que implica un aumento de un 31,9%.²¹

¹⁸ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.008. [en línea] Resultados IV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2.007) <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008]. Cuadro N° 13.

¹⁹ FUNDACION PAZ CIUDADANA y ADIMARK GfK. 2.007. [en línea] Índice de Paz Ciudadana Junio de 2.007. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 03 de julio de 2.008]. Cuadro N° 37.

²⁰ En términos relativos, en 1980 la tasa de personas reclusas alcanzaba a 136 cada 100 mil habitantes, mientras que en 2003 se incrementó a 228 cada 100 mil habitantes. En términos porcentuales, lo anterior equivale a un incremento de la tasa de personas reclusas de un 68%. (Gendarmería de Chile, 2003)

²¹ SUBDEPARTAMENTO DE ESTADÍSTICA Y CONTROL PENITENCIARIO, GENDARMERIA DE CHILE. 2008. [en línea] Población Penal según Sistema, Mayo 2008. <http://www.gendarmeria.cl/estadisticas/main-estadis.htm> [consulta: 07 de julio de 2.008].

Todas estas críticas, dirigidas especialmente al Poder Judicial, fueron las que gatillaron la creación de la “Agenda Corta”.

Estos reproches a la labor de estos jueces se realizaron en el período en que el subsecretario del Interior, el señor Felipe Harboe, entregó los resultados de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana de 2.007 (ENSUC), que periódicamente realiza el Ministerio del Interior del Gobierno de Chile.

Señaló en ese entonces dicha autoridad que *“la percepción sobre la probabilidad de ser víctima de un delito en los próximos 12 meses bajó de 48,6% en 2.005 a 42,2% el 2.007”*.²²

En otras palabras, la percepción de inseguridad o percepción de exposición al delito bajó significativamente en 6,4 puntos porcentuales, justo en el momento en que la labor de los Jueces del Crimen -especialmente los de Garantía- estaba siendo mal evaluada por la opinión pública y bastante criticada por la masa política a través los medios de comunicación, dirigiendo sus ataques principalmente al actuar de los Jueces de Garantía mediante críticas que comparaban la labor de los jueces del crimen como una *“puerta giratoria”*, puesto que consideraban que los delincuentes –especialmente los reincidentes- eran liberados por los jueces tan rápido como habían sido atrapados por las policías, generándose una situación de impunidad que incrementaba ostensiblemente la sensación de inseguridad en la ciudadanía.

Con motivo de acallar las críticas y la mala evaluación hacia la labor de los Jueces del Crimen, el Gobierno encargó la confección de este proyecto de ley al Ministerio del Interior en conjunto con el Ministerio de Justicia. El 07 de julio de 2.006 envió al Congreso dicho proyecto, el cual buscaba corregir los vacíos legales presentes en el Código Penal y en el Código Procesal Penal. No está de más señalar que, ese mismo día, el Ejecutivo envió al Congreso otro proyecto de ley, que a la postre se convertiría en la Ley N° 20.227.

²² HARBOE BASCUÑAN, FELIPE. 2.008. [en línea] Encuesta de Victimización 2.007: Los Frutos del Trabajo Coordinado. Ministerio del Interior, Gobierno de Chile. <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008].

Ya en octubre de 2.007, el proyecto de la Ley N° 20.253 se encontraba hace más de un año en su tramitación en el Congreso Nacional con claros signos de estancamiento. En ese instante, el ex candidato presidencial por la Alianza por Chile -Joaquín Lavín- entró a la escena pública para lograr junto al Poder Ejecutivo aunar posiciones entre los distintos partidos y conglomerados de la Oposición y de la Concertación, con el fin de sacar adelante en el más breve plazo esta ley. Lo anterior se concretó mediante una reunión entre Lavín y la Presidenta Michelle Bachellet. A través de este acuerdo se logró su agilización y, por sobre todo, se aseguraron y se comprometieron los votos suficientes de parlamentarios de todos los sectores políticos para lograr su aprobación.

El 7 de noviembre de 2.007, Diputados y Senadores procedieron a aprobar la iniciativa del Gobierno. El proyecto fue votado durante la misma jornada, en la Cámara de Diputados primero y, posteriormente, en el Senado, aprobándose por unanimidad.²³

El 29 de enero de 2.008, el proyecto aprobó el control de constitucionalidad en el Tribunal Constitucional, siendo promulgado por el Ejecutivo el 11 de Marzo ese año. Posteriormente se convirtió en ley de la República mediante la publicación en el Diario Oficial el 14 de 2.008, siendo individualizada como la Ley N° 20.253.

A grandes rasgos, la Ley N° 20.253 realiza las siguientes modificaciones:

1. Código Penal:

- 1.1. Endurece los castigos para casos de reincidencia en caso de DMCS.
- 1.2. Modifica la figura penal de receptación.

2. Código Procesal Penal:

- 2.1. Obliga a Carabineros y a la Policía de Investigaciones a crear una base unificada de datos de personas respecto de las cuales exista una orden de detención pendiente.
- 2.2. Establece la posibilidad de recurrir de apelación por parte del fiscal y del abogado asistente del fiscal, cuando una detención sea declarada ilegal.

²³ VILLAGRA, RODRIGO. 2.008. [en línea] La Agenda Corta contra la Delincuencia. <http://www.iurisprudencia.cl> [consulta: 05 de mayo de 2.008].

- 2.3. Establece nuevos criterios para ordenar la prisión preventiva.
- 2.4. Fija criterios más estrictos para la entrega de la libertad a imputados por delitos graves.
- 2.5. Faculta al abogado asistente del fiscal, para que pueda formalizar y pedir medidas cautelares en la audiencia de control de la detención.
- 2.6. Faculta al abogado asistente del fiscal para realizar nuevas labores no jurisdiccionales.
- 2.7. Amplía el límite temporal de la flagrancia a doce horas.
- 2.8. Fija el procedimiento de control de identidad en un máximo de ocho horas, aumentando el plazo anterior que era sólo de seis.
- 2.9. Faculta a las policías para que sin orden previa del fiscal, procedan a controlar la identidad de personas para que en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimen que existen indicios de haber cometido un crimen, simple delito o falta; que se dispusieren a cometerlo; que pudiera suministrar información útil para la indagación de éstos; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.
- 2.10. Faculta a las policías para que durante el procedimiento de control de identidad, sin necesidad de nuevos indicios, pueda proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla. Además, cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle y detenerla si se les sorprende, a propósito del registro, en algunas de las hipótesis del artículo 130 del Código Procesal Penal, así como de quienes registren una orden de detención pendiente.
- 2.11. Faculta a las policías a guardar evidencia y a iniciar las primeras diligencias de investigación de rigor en el caso de delitos flagrantes en zonas rurales o de difícil acceso.
- 2.12. Faculta a los menores de edad a rendir declaración anticipada cuando han sido víctimas de delitos sexuales.
- 2.13. Establece la posibilidad de rendir prueba anticipada después de la audiencia de preparación del juicio oral.
- 2.14. Establece que la suspensión condicional del procedimiento deberá ser sometida a la vista del Fiscal Regional en casos de delitos graves.

CAPÍTULO II: Modificaciones de la Ley al Código Procesal Penal.

1. Actuaciones de la policía sin orden previa.

Una de las actuaciones que la policía puede realizar sin orden previa es el resguardo del sitio del suceso o escena del crimen.²⁴

Para el procedimiento penal, esta es una de las labores más importantes que cabe realizar a la policía, porque así se evita que se pierdan y deterioren pistas que puedan ser fundamentales para la investigación y, se permite evitar que se rompa con la cadena de custodia que deben tener las pruebas que posteriormente podrían ser útiles en el Juicio Oral.²⁵

Principalmente, mediante la modificación de la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal, se está ampliando la facultad que tiene la policía en resguardar el sitio del suceso, estando facultada para actuar sin orden previa de los fiscales.

Para realizar este cambio también era necesario modificar el artículo 187 del mismo cuerpo legal debido a que el Ministerio Público ha impartido instrucciones a la policía en que relacionan ambas normas en el procedimiento de resguardo e incautación respecto a los objetos, documentos e instrumentos encontrados por la policía en el sitio del suceso. Además, debe tenerse presente que el artículo 181 del Código del ramo, da una serie de directrices acerca de la descripción y registro de la escena del crimen o del sitio del suceso.²⁶

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 83 de este cuerpo legal señalaba:

²⁴ CHAHUÁN SARRAS, SABAS. 2.002. Manual del Nuevo Procedimiento Penal, Lexis Nexis, 2ª Edición, Santiago. P. 93.

²⁵ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. 2006. Código Procesal Penal: Anotado y Concordado. Ed. Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago. P. 140 y 141.

²⁶ CHAHUÁN SARRAS, SABAS. Op. Cit. P. 94.

Artículo 83.- *Actuaciones de la policía sin orden previa.* Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:

- a) Prestar auxilio a la víctima;
- b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;
- c) Resguardar el sitio del suceso. Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el ministerio público designare. El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia;
- d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos a que se alude en las letras b) y c) precedentes;
- e) Recibir las denuncias del público, y
- f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales.

El numeral 1° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 introdujo dos nuevos párrafos a la letra c) de dicha disposición, siendo agregados como los nuevos párrafos tercero y cuarto de esta letra. En consecuencia, la nueva letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal quedó redactada en los siguientes términos:

Artículo 83.- *Actuaciones de la policía sin orden previa.* Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:

- c) Resguardar el sitio del suceso. Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el ministerio público designare.

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia;

En aquellos casos en que en la localidad donde ocurrieren los hechos no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal policial que hubiese llegado al sitio del suceso deberá recogerla y guardarla en los términos indicados en el párrafo precedente y hacer entrega de ella al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible.

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad. (Lo destacado corresponde al nuevo texto agregado).

Para llevar a cabo esta reforma, también se tuvo que modificar el artículo 187 del Código Procesal Penal, el que antes de la reforma realizada por la Ley N° 20.253 disponía:

Artículo 187.- Objetos, documentos e instrumentos. Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales.

Si los objetos, documentos e instrumentos se encontraren en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b), se podrá proceder a su incautación en forma inmediata.

El numeral 11° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 intercaló una nueva frase en el inciso segundo de la disposición recientemente citada. En consecuencia, el nuevo artículo 187 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 187.- Objetos, documentos e instrumentos. Los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso a que se refiere la letra c) del artículo 83, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello. En todo caso, se levantará un registro de la diligencia, de acuerdo con las normas generales.

Si los objetos, documentos e instrumentos se encontraren en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b) **o se encontraren en**

el sitio del suceso, se podrá proceder a su incautación en forma inmediata. (Lo destacado corresponde al nuevo texto intercalado).

La modificación al artículo 83 del Código Procesal Penal no estaba contemplada dentro del proyecto original enviado por el ejecutivo al Congreso. Quien propuso esta modificación fue don Miguel Otero Lathrop;²⁷ quien, en su calidad de Presidente del Instituto Chileno de Derecho Procesal, fue invitado a dar su opinión sobre el proyecto en comento ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados (en adelante Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados).

Esta opinión fue tomada en consideración por los diputados Turren, Cardemil, Eluchans, Monckeberg Bruner, Monckeberg Díaz y Ward de dicha comisión, quienes presentaron una indicación al proyecto para modificar la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal, pero sólo en lo que se hace referencia en otorgar a la policía la facultad resguardar y recoger la evidencia para evitar su pérdida, en caso que en el sitio del suceso no exista personal especializado. Ellos justificaron su indicación en el supuesto que era una medida destinada a aplicarse en lugares apartados, carentes de personal especializado y que, en el fondo, era un complemento a la norma recientemente señalada.²⁸ La Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados aprobó esta indicación por unanimidad.

Los mismos Diputados presentaron otra indicación para modificar el artículo 187 del Código Procesal Penal. El Diputado Monckeberg Díaz explicó que esta indicación se justificaba porque la disposición señalada permitía a las policías incautarse de inmediato de los objetos, instrumentos y documentos que se hallaren en poder del imputado detenido en situación de flagrancia, pero nada se decía acerca de esas mismas cosas que se encontraren en el sitio del suceso, cuya procedencia se ignorare o que pertenecieren a un tercero. A los patrocinantes de la indicación, este hecho les parecía absurdo, debido a la trascendencia que tales elementos podrían tener para la investigación.²⁹ Por este motivo, la Comisión de Constitución de la Cámara de

²⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008 Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 47. [consulta: 05 de agosto de 2008].

²⁸ *Ibidem*. P. 72.

²⁹ *Ibidem*. P. 95.

Diputados aprobó esta indicación por unanimidad. El texto aprobado por la Cámara en el Primer Trámite Constitucional fue el que en definitiva fue publicado en la Ley N° 20.253.

En el Segundo Trámite Constitucional, el Senador Espina propuso tomar en cuenta la idea del señor Otero, por lo que presentó una indicación en la cual estimaba como necesario agregarle un segundo párrafo al agregado al artículo 83 en el Primer Trámite Constitucional, en referencia a otorgar facultades a la policía para practicar diligencias de investigación pertinentes, en caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, imponiéndoles la obligación de dar cuenta al fiscal de lo obrado.³⁰ El Senador Espina justificó esta indicación debido a que consideraba que en muchas zonas rurales y apartadas se producía el absurdo en que existía sujetos detenidos por la policía producto de un delito flagrante, pero esta institución no podía realizar ninguna otra diligencia, debiendo esperar a que el fiscal lo ordenase. Según él -en la práctica- esto producía la frustración de la actuación de los fiscales y, de paso, de los tribunales, ya que Carabineros no tenía contacto con los fiscales, por no existir un teléfono para comunicarse, estando obligados a poner a los detenidos en libertad una vez vencido el plazo máximo de detención.³¹ Esta indicación, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado (en adelante la Comisión de Constitución del Senado) fue aprobada por dos votos contra uno y posteriormente fue aprobada por el Senado. El texto aprobado por el Senado en el Segundo Trámite Constitucional fue el que en definitiva fue publicado en la Ley N° 20.253.

En este acápite, el mayor análisis jurídico hay que centrarlo en la modificación de la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal, ya que la modificación del artículo 187 del mismo cuerpo legal es una consecuencia lógica de la modificación de la primera disposición. Hay que tener especialmente presente que la norma en análisis es una excepción del principio básico establecido en el artículo 3 Código Procesal Penal y en el artículo 83 de la Constitución, el cual consiste en que el Ministerio Público dirige en forma exclusiva la investigación del hecho penal.

³⁰ *Ibidem*. P. 310.

³¹ *Ibidem*. P. 420 y ss.

a) *Levantamiento y resguardo de evidencia que pueda desaparecer en lugares donde no exista personal policial experto.*

Respecto al primer párrafo agregado por el N° 1 del artículo 2 de la Ley N° 20.253, hay que recordar que el levantamiento de pruebas que requieren de cierta experticia sería hecho sólo por personal calificado de la policía que el Ministerio Público designare, para así evitar que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo.³²

En la discusión de esta indicación en la Comisión de Constitución del Senado, el profesor Jorge Bofill hizo presente el espíritu de esta norma es impedir el riesgo que se altere el valor probatorio de la prueba encontrada en el sitio del suceso para la etapa posterior del juicio oral. A su juicio, esta indicación produciría largas discusiones en el Juicio Oral sobre el valor de la prueba recogida por personal policial que no es experto.³³

Hay que tener presente que el artículo 83 del Código Procesal Penal solamente es una excepción al principio básico de este cuerpo legal consistente en la exclusividad de la investigación penal por parte del Ministerio Público en lo que se refiere al resguardo del sitio del suceso, por lo que se vuelve a la regla general en lo que respecta al levantamiento de pruebas que requieren de cierta experticia, las que sólo pueden realizarse por personal policial calificado, previo nombramiento del fiscal a cargo de la investigación. Es por este motivo, que el Ministerio Público el 08 de noviembre de 2.000 publicó el Instructivo General N° 19, dictando a las policías instrucciones obligatorias respecto de cómo deben accionar cuando están autorizados a hacerlo sin orden previa del Ministerio Público.

En lo que respecta a la recogida de posible evidencia en el sitio del suceso, la instructiva señala que siempre sin orden previa corresponde a todo funcionario policial resguardar el sitio

³² Párrafo 1° de la letra c) del artículo 84 del Código Procesal Penal.

³³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 311. [consulta: 06 de agosto de 2008].

del suceso, a la espera de instrucciones del fiscal,³⁴ debiendo dar aviso inmediato a esta autoridad para que se apersona en el lugar o, si no puede hacerlo, resuelva la institución cuyo personal experto debe trabajar el sitio del suceso.³⁵

Además, se entiende que se está en presencia de un sitio del suceso que debe ser resguardado de acuerdo a las normas siguientes cuando en él parezca haberse cometido un hecho que, por su gravedad y naturaleza, justifica la intervención de personal investigador experto para la recolección de los rastros o vestigios del mismo y de los instrumentos usados para llevarlo a cabo, aún en el caso en que los vestigios no sean apreciables a simple vista y se encuentren sólo en estado latente.³⁶ La instructiva entiende que este requisito, concurre en los casos de perpetración de un sinnúmero de delitos;³⁷ pero, por regla general, el personal debe resguardar el sitio del suceso cuando, a juicio de éste, sea necesario para el éxito de la investigación y la gravedad del hecho justifique intervención de personal experto.

El resguardo del sitio del suceso consiste en su clausura, si se tratare de local cerrado, o aislamiento, si se tratare de lugar abierto, impidiendo el acceso de toda persona no autorizada y evitando que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo.

Señala la instructiva, que *los funcionarios que se hagan cargo del resguardo del sitio del suceso se abstendrán escrupulosamente de tocar los objetos que se encuentren en él, procurando incluso, de ser posible, no entrar al perímetro resguardado.*³⁸

Esta limitación conoce excepciones, ya que no rige cuando la alteración del sitio del suceso venga impuesta por el auxilio y protección debido a las víctimas, la aprehensión de los autores, la evitación de otro delito o la evitación de una alteración mayor del sitio del suceso.

³⁴ MINISTERIO PÚBLICO. 2.000. Instructivo 19. [en línea]. <http://www.ministeriopublico.cl> P. 8. [consulta: 06 de agosto de 2008].

³⁵ *Ibidem*. P. 10.

³⁶ *Ibidem*. P. 8.

³⁷ Remítirse al Instructivo 19 del Ministerio Público, página 8.

³⁸ Ministerio Público. op.Cit. P. 9.

Esta instrucción es clara y va en concordancia a lo dispuesto por los dos primeros párrafos de la letra c) del artículo 84 del Código Procesal Penal, en el sentido que busca impedir el riesgo que se altere el valor probatorio de la prueba encontrada en el sitio del suceso para la etapa posterior del juicio oral.

Por este motivo, la instructiva señala que al perímetro resguardado solamente puede ingresar el fiscal y el personal policial experto de la institución que éste designe, debiendo autorizarse el ingreso a quienes no cumplan con estas calidades solamente si el fiscal lo autorice expresamente, por escrito o mediante comunicación verbal directa a los funcionarios a cargo del resguardo.

El Ministerio Público señala que el resguardo del sitio del suceso termina sólo cuando ha concluido el trabajo del mismo por parte de personal experto, esto es, cuando éste sale definitivamente del lugar, debiendo certificarse dicha circunstancia por el responsable del personal experto, mediante su firma del acta que lleva todo el registro de la diligencia.³⁹

Este instructivo busca resguardar el principio consagrado constitucionalmente en el artículo 83 de la Carta Fundamental, consistente en la exclusividad de la dirección de la investigación a cargo del Ministerio Público. Además, indirectamente se impide el riesgo que se altere el valor probatorio de la prueba encontrada en el sitio del suceso para la etapa posterior del juicio oral, evitándose una investigación infructuosa ya que será personal experto el que realizará las diligencias probatorias en el sitio del suceso.

En este sentido, la advertencia propuesta por el profesor Bofill es bastante razonable, pero lamentablemente nuestros legisladores tuvieron en mente otro criterio al momento de modificar la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal.

El criterio tomado por la mayoría fue que si se no practicaban las primeras diligencias en zonas rurales o en lugares de difícil acceso, se corría el riesgo que las pruebas existentes se

³⁹ *Ibidem*. P. 10.

borrasen, eliminasen, pudiéndose cambiar las realidades, por lo que sería imposible llevar a cabo una investigación objetiva por parte del Ministerio Público.

El Senador Espina calificó esta disposición como una solución que producía un “*mal menor*” en comparación con la normativa existente con anterioridad,⁴⁰ por lo que era preferible otorgar dicha facultad a funcionarios inexpertos de la policía para recoger la evidencia antes de que desapareciera por completo, mientras se esperaba a los especialistas. Los legisladores no consideraron que ese personal podría alterar sustantivamente el valor probatorio de dicha prueba.

En la discusión en la Sala del Senado de esta disposición, el Senador Sabag atacó abiertamente la labor de los Jueces del Crimen, diciendo que en las zonas rurales, de manera habitual “*las autoridades judiciales no dan las órdenes correspondientes, por lo que a los delincuentes, sencillamente, hay que soltarlos, dejarlos en libertad*”.

No deja de sorprender esta alusión, ya que la disposición que se estaba discutiendo estaba otorgando la facultad a las policías de actuar sin orden previa del Ministerio Público y no de los Jueces de Garantía. Estas intervenciones de estos Senadores ayudan a concluir que esta ley fue confeccionada con falta de evidencia empírica, construyéndose mayormente por opiniones y sin respetar los principios informadores del Código Procesal Penal.

Esta norma va claramente en contra del espíritu del Código Procesal Penal, puesto que rompe con reglas claras y objetivas que garantizan la corrección de los procedimientos de levantamiento, sellado, manejo y conservación de la evidencia hasta la etapa del juicio.⁴¹ Lo más probable es que posteriormente dicha prueba vaya a ser objetada dentro del Juicio Oral, siendo excluida o privada de su valor probatorio. Además, el mismo Instructivo 19 del Ministerio Público faculta al personal policial que está resguardando el sitio del suceso a alterarlo para evitar una alteración mayor de éste,⁴² por lo que sería innecesaria. En síntesis, lo que realiza la

⁴⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 312. [consulta: 06 de agosto de 2008].

⁴¹ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LOPEZ MASLE, JULIÁN. 2.002. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago. P. 184.

⁴² Ministerio Público. Op. Cit. P. 9.

reforma legal es poner en peligro la evidencia encontrada por el personal policial inexperto, ya que producirá su destrucción o será imposible realizar el análisis pericial correspondiente.

b) *Primeras diligencias de investigación pertinentes por parte de la policía en caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso.*

El segundo párrafo agregado por el N° 1 del artículo 2 de la Ley N° 20.253 también vulnera el principio básico del Código Procesal Penal y consagrado constitucionalmente consistente en que la investigación es dirigida exclusivamente por el Ministerio Público, por las mismas razones dadas en la letra anterior. Inclusive, es importante tomar en cuenta las prevenciones realizadas por el profesor Bofill respecto de esta disposición, ya que señala que no se sabe en cuántas de las zonas efectivamente apartadas se han generado problema en la actuación de la policía, por lo que la falta de datos empíricos pone en duda la verdadera necesidad respecto a la instalación de esta norma contraria al espíritu del Código, por lo que más que una solución legislativa, esta necesidad podría producirse por una falta de asignación de medios materiales a la policía. Por último, es muy importante señalar que la expresión “zonas de difícil acceso” es susceptible de una interpretación amplia por parte de la policía, pudiéndose entender incorporados sectores urbanos en los que haya dificultad de movilización.⁴³

2. Control de Identidad

El control de identidad es una de las actuaciones que la policía puede realizar sin orden previa de carácter judicial o del fiscal del Ministerio Público. Es necesario tratarla de manera separada al punto anterior, puesto que constituye una forma de restricción de libertad eventual. Por esta razón, ella es considerada como parte de la medida cautelar personal denominada *detención*. Incluso, la forma de restricción de la libertad que se produce en el control de identidad, ha sido comparada históricamente con la detención por sospecha. Parte de la doctrina señala que este procedimiento policial puede llegar a constituir una verdadera detención, basando dicho argumento en la hipótesis establecida en el inciso tercero del artículo 85 del

⁴³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 311. [consulta: 06 de agosto de 2008].

Código Procesal Penal, donde existe una privación efectiva a la libertad ambulatoria, sujeta a garantías y plazos especiales que justifique la intervención del Estado en la esfera privada de los sujetos.⁴⁴

Hay que tener presente, que la norma del artículo 85 no estaba contemplada dentro del proyecto primitivo del Código Procesal Penal, siendo incorporada por una indicación del Senador Cordero, ex General Director de Carabineros, en la Comisión de Constitución del Senado.⁴⁵

Además, no se debe olvidar que este procedimiento ya fue modificado en forma sustancial por la Ley N° 19.789, la cual amplió las facultades de la policía en la realización de este procedimiento. Esta reforma deslegitimó aún más esta medida cautelar por parte de la doctrina, criticándola porque extiende las hipótesis de detención a supuestos en que la propia ley penal no prevé una pena privativa de libertad como sanción para la infracción, por lo que dicha medida cautelar aparece totalmente desproporcionada para esos casos.⁴⁶

En este procedimiento policial, los funcionarios policiales están facultados para solicitar la identificación de cualquier persona, prescindiendo de una orden previa de los fiscales del Ministerio Público. Eso sí, este procedimiento está reglamentado, debiendo cumplirse con ciertos requisitos para que sea procedente.⁴⁷

A través de la modificación del artículo 85 del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, se está otorgando a la policía la facultad de *estimar si existen indicios o no* para iniciar el control de identidad, ampliando los indicios o casos fundados en que puede realizarse dicho procedimiento; estableciéndose que la policía puede examinar la vestimenta, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla sin necesidad de nuevos indicios (siendo suficientes los que la llevaron a iniciar este control); estableciéndose la obligación a la policía de cotejar la

⁴⁴ CERDA SAN MARTIN, RODRIGO y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO. 2004. El Código Procesal Penal: Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia, Librotecnia, 1ª Edición, Santiago. P. 81.

⁴⁵ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Op. Cit. P. 146.

⁴⁶ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LOPEZ MASLE, JULIÁN. Op. Cit. P. 597 y ss.

⁴⁷ Para mayor información, remitirse a Chahuán Sarras, Sabas. 2002. Manual del Nuevo Procedimiento Penal. Lexis Nexis. 2ª Edición, Santiago. P. 106 y ss.

existencia de órdenes de detenciones que pudieren afectarle a la persona cuya identidad se controla, tanto en el lugar de la identificación en que la persona se encontrare o en la unidad policial más cercana en la cual se procure la identificación; y se amplía la duración del procedimiento de identificación de seis a ocho horas.

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 85 de este cuerpo legal señalaba:

Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más

expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.

El numeral 2° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó los dos nuevos primeros incisos de esta norma y realizó cambios en los incisos tercero y cuarto. En consecuencia, el nuevo artículo 85 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 85.- Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta; o en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, **previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle.** Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a **ocho horas**, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente

policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. (Lo destacado corresponde a las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.253).

Es necesario tratar cada una de las modificaciones del artículo 85 por separado, analizando su impacto en el Código Procesal Penal y la Constitución:

a) *Inciso Primero del artículo 85:*

En este inciso se realizaron dos grandes modificaciones:

- Se facultó a las policías, para que sin orden previa del fiscal, pudiesen solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados en que, según las circunstancias, *estimaren* que existan indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta.

- Agregó como indicio, para proceder a este control, al hecho que el controlado *se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad.*

Ambas modificaciones fueron producto de indicaciones presentadas en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, durante el Primer Trámite Constitucional.

Los Diputados Burgos y Walker propusieron la primera de ellas. El señor Walker la justificó señalando que ella era “*el resultado de conversaciones sostenidas con algunos fiscales, quienes sostuvieron que algunos jueces, en la audiencia de control de la detención, se mostraban muy exigentes para los efectos de determinar si efectivamente hubieron indicios acerca de la comisión de un delito*”. El sostuvo que estos “*jueces consideraban que un control*

*de identidad no podía derivar en una detención por flagrancia, por cuanto se trataba de actuaciones autónomas, de tal manera que si en dicho control se percibía la comisión flagrante de un delito, no era posible detener sin obtener previamente una orden judicial, motivo por el cual declaraban ilegal la detención”. Por este motivo, con esta indicación propuesta “se evitaba tal interpretación de la ley y se impedía la declaración de ilegalidad de la detención”.*⁴⁸

El Diputado Bustos consideró que la modificación convertía una situación objetiva en subjetiva, debido a que *“todo quedaba sujeto a una apreciación personal de las policías”*, puesto que, con ella, no se requeriría de ningún indicio para iniciar dicho procedimiento, el cual era un elemento que le daba cierta objetividad a esta actuación policial.⁴⁹ Junto con la Diputada Soto estimaron que esta indicación era una expresión de la detención por sospecha.⁵⁰

Por su parte, los Diputados Turre, Cardemil, Eluchans, Monckeberg Bruner, Monckeberg Díaz y Ward, propusieron la segunda de las modificaciones, consistente principalmente en establecer un nuevo indicio para que las policías pudiesen realizar el control de identidad, facultándose a la policía a realizar dicho procedimiento cuando estuviese frente a alguien que *“se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad”*.

El Diputado Cardemil la justificó en el sentido que esta situación se daba como una constante en las protestas y ello, permitía ocultar la identidad de quienes ocasionaban destrozos en bienes públicos o privados. En el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, los Diputados Burgos y Bustos estimaron que la utilización de un disfraz no podía considerarse como una acción delictual, sino que sólo como una agravante de la conducta de quien se vale de éste para cometer un delito.⁵¹

Esta Comisión alcanzó un acuerdo para acoger dichas indicaciones sobre la base de establecer el control de identidad para este caso, pero sobre la existencia de indicios objetivos que permitieran la posibilidad de debatir acerca de su concurrencia.

⁴⁸ *Ibíd.* P. 73.

⁴⁹ *Ibíd.* P. 73.

⁵⁰ *Ibíd.* P. 74.

⁵¹ *Ibíd.* P. 74.

El texto que dicha Comisión propuso fue modificado por la Comisión de Constitución del Senado, el cual sólo subsanó un error de redacción, agregando la palabra “de” entre las frases “estimaren que existen indicios” y “que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta”.

De lo anterior se puede deducir que en los posteriores trámites constitucionales por los que pasó la Ley N° 20.253 en su creación, no se discutió en profundidad acerca de la existencia de *indicios objetivos* que permitieran legitimar la concurrencia de este procedimiento para el caso en análisis.

En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución del Senado, el profesor Julián López Masle criticó la modificación, señalando que la cuestión era un problema administrativo y no legislativo. Según él, el control de identidad debería ser utilizado por las policías en casos en que no procediese la detención por delito flagrante. Para graficar su postura da un muy buen ejemplo, el cual reproduciré íntegramente:

“Si hay una denuncia de robo de un objeto determinado y una patrulla de Carabineros sorprende a una persona portando un aparato de ese tipo en las inmediaciones del lugar donde se ha cometido el delito, efectivamente hay un delito flagrante y el portador del dispositivo puede ser detenido sin orden judicial. Cosa distinta es que, sin haber ninguna denuncia por robo, alguien sea sorprendido a altas horas de la madrugada transportando un artefacto cualquiera; en este caso no hay delito flagrante, pero si hay indicios suficientes para hacer un control de identidad, pesquisa en la cual un Carabinero diligente debería anotar el carné de identidad del controlado, su dirección y la marca y modelo del artículo que porta, de forma tal de tener un registro para cotejar con eventuales denuncias de robo.”⁵²

Él critica el actuar de las policías en estos casos, por cuanto no sólo deberían limitarse a controlar la identidad, sino que además, deberían dejar algún registro que pudiese servir para confrontar con futuras denuncias. Por último, respecto a la segunda indicación, señala que el proyecto de ley en este aspecto es redundante, puesto que le parece obvio que una persona que anda encapuchada en la calle está dando un indicio que da pie al control de identidad, y no

⁵² *Ibidem.* P. 284.

parece plausible que las policías hayan entendido este asunto de otra forma, por lo que la norma ya existente produce el mismo resultado.

El Defensor Nacional al momento de la tramitación de la ley, el señor Eduardo Sepúlveda, comparte la hipótesis del profesor López. Según él, las detenciones ilegales se producen más que nada por negligencias en la práctica policial, las que en todo caso son bastantes ínfimas.⁵³ Incluso el actual Fiscal Nacional del Ministerio Público, el señor Sabas Chahuán S., comparte las apreciaciones anteriores, señalando que no es necesario una modificación legal en este aspecto, ya que la “*actual redacción sobre la existencia de indicios es apropiada*”.⁵⁴

Hay que tener especialmente presente que la modificación realizada por la Ley N° 20.253 produce un cambio en los estándares que tenía la policía para poder iniciar un procedimiento de control de identidad, puesto que antes solamente podían iniciarlos en *casos fundados*, los cuales consistían en la existencia de un indicio de que el controlado hubiera cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; se dispusiera a cometerlo o; pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. Todos estos indicios eran de carácter objetivo.

Con la modificación, la apreciación de dichos indicios queda entregada al juicio del personal policial que ejecuta el procedimiento, pasando a primar criterios subjetivos para la ejecución de éste, puesto que ahora las policías deben *estimar* si existen dichos indicios, realizando dicha estimación *según las circunstancias*, independientemente que esa persona esté encapuchada o intente ocultar su identidad.

El profesor Raúl Tavolari sostiene que la modificación propuesta por la Ley N° 20.253 tiene un gran parecido con la detención por sospecha, puesto que autoriza a detener a quien transite a deshora, a quien se negase a identificarse o a quien portare algún disfraz.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*. P. 277.

⁵⁴ *Ibidem*. P. 314.

⁵⁵ *Ibidem*. P. 313.

Es peligrosa la modificación que pretende esta disposición, porque tal como alerta el profesor Jorge Bofill, ella intenta evitar que los Jueces de Garantía puedan controlar la legalidad de las detenciones hechas por los agentes de la policía con ocasión de un control de identidad, evitándose el control jurisdiccional de una diligencia que restringe los derechos constitucionales del afectado,⁵⁶ especialmente la libertad ambulatoria, consagrada en el artículo 19 N° 7 de la Constitución.

Visto desde otro ángulo, el problema de las declaraciones de ilegalidad por parte de los Jueces de Garantía es estadísticamente marginal, ya que un 0,4% de las detenciones son declaradas ilegales.⁵⁷

Este argumento es fundamental y quita el sustento a cualquier modificación legislativa que se quiera hacer sobre el tema, puesto que se desprende del dato anterior que el problema no está en la ley ni en su aplicación por parte de los Jueces de Garantía.

Esta modificación no es deseable, por cuanto limita de sobremanera un derecho constitucional a un costo muchísimo mayor que los beneficios sociales que ella traería.

Es lógico que las policías están facultadas para iniciar este procedimiento respecto de quienes se encuentren encapuchados durante el desarrollo de una protesta, bastando solamente los criterios objetivos que entregaba la ley a dichas instituciones.

Respecto a las detenciones por flagrancia, para que las policías puedan detener a una persona por un delito flagrante deben concurrir los requisitos establecidos por la ley para que ella opere, y tal como lo señala el profesor López, es lógico que no existe flagrancia si no existe indicios fundados que el controlado ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, sin poder realizarse una detención por parte de la policía.

⁵⁶ *Ibidem.* P. 313.

⁵⁷ *Ibidem.* P. 276.

Lo que pretendían los Diputados Burgos y Walker va en un sentido incorrecto, puesto que no es posible detener en base a que en el control de identidad se *percibió* por la policía la comisión de un delito flagrante, por cuanto se autoriza a las policías a actuar mediante criterios subjetivos. Al contrario, para respetar los derechos fundamentales, debe existir un grado de convencimiento mayor que la percepción, siendo razonable que la policía actúe netamente en base a casos fundados, tal como lo señalaba la ley antes de su modificación.

Además, no se entiende como esta modificación puede ayudar a disminuir la percepción de inseguridad ciudadana, puesto que ella solamente incrementa la incertidumbre jurídica en el ejercicio de los derechos ciudadanos, toda vez que la policía subjetivamente podrá iniciar un control de detención a cualquier persona de quien sospeche que ha cometido un delito, justificando este procedimiento sólo por la apariencia del controlado.

Con esta modificación quienes sostienen que este procedimiento se asemeja a la detención por sospecha tienen un nuevo argumento de fuerza para justificar su posición. En consecuencia, se hace necesario que la policía se ajuste netamente a cánones objetivos en su actuar respecto a este procedimiento, por lo que es recomendable quitar de la ley cualquier todo indicio subjetivo que autorice a controlar la identidad de las personas por la policía.

b) Inciso Segundo del artículo 85.

La modificación de esta disposición fue propuesta por el Ejecutivo en el Mensaje de la Ley N° 20.253.

Ella principalmente pretendía otorgar a las policías la facultad para revisar las órdenes de detención pendientes que pudiesen afectar a la persona controlada, facultándolas a detenerla en caso de existir alguna y; además, facultaba a estas instituciones para detener a una persona producto del registro de sus ropas, equipaje o vehículo -en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 del Código Procesal Penal- autorizándoles a realizar este registro sin necesidad de nuevos indicios, es decir, bastando sólo con que concurran los indicios establecidos en el inciso anterior de esta disposición.

La redacción de la norma propuesta por el mensaje fue redactada en los siguientes términos:

“Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de ordenes de detención que pudieren afectarles. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, a quienes se sorprenda, a propósito del registro, con indicios de haber cometido un crimen o simple delito, así como a quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.”

El Diputado Burgos presentó una indicación en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, durante el Primer Trámite Constitucional. Estimó necesario otorgarle una mayor claridad a la norma propuesta por el Ejecutivo, para así evitar declaraciones de ilegalidad de la detención por parte de algunos Jueces de Garantía, quienes han fundado sus resoluciones en que habría indicios sólo para efectuar un control de identidad, pero no para proceder al registro de sus ropas, equipaje o vehículo. Por este motivo, propuso intercalar, inmediatamente después de la frase “Durante el procedimiento”, la expresión “*y sin necesidad de nuevos indicios*”.⁵⁸

En esta misma instancia, el Diputado Bustos estimó que sería más conveniente la redacción de la norma, si en su parte final ella se refiriera directamente a las hipótesis de flagrancia mencionadas en el artículo 130 del Código Procesal Penal, prescindiendo de la idea propuesta por el Ejecutivo que apuntaba a determinar el registro de las ropas o vehículo por parte de la policía en el hecho de existir indicios de haber cometido un crimen o simple delito. Este legislador encontró vaga la expresión propuesta por el Ejecutivo, pudiendo dar lugar a distintas apreciaciones por parte de los tribunales.⁵⁹

Ambas indicaciones fueron aceptadas, por lo que el texto de la disposición en análisis quedó muy parecido al publicado por la Ley N° 20.253. Éste solamente fue modificado por la Comisión de Constitución del Senado, el cual sólo subsanó un error de redacción, agregando la

⁵⁸ *Ibidem*. P. 75

⁵⁹ *Ibidem*. P. 75.

palabra “de” entre las frases “así como” y “quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente”, al final de dicha disposición.

Es de especial importancia detenerse en la utilidad práctica de la indicación realizada por el Diputado Burgos, la que intenta evitar las declaraciones de ilegalidad de la detención producto del registro de vestimentas, equipaje o vehículos del controlado por parte de algunos Jueces de Garantía, quienes las han declarado debido a que consideran que la detención se ha producido sin que se constaten nuevos indicios para efectuar dicho control. Para evitar este tipo de interpretaciones de la ley, es necesaria una modificación legal, en el sentido de hacer posible que en el control de identidad se proceda a dicho registro sin la necesidad de tener un indicio distinto al que dio origen al control de identidad.⁶⁰

No está de más en señalar que el indicio de origen de este control necesariamente debe ser de carácter objetivo, debido a que a pesar de no existir nuevos indicios que justifiquen este registro, el control de identidad no se sustrae del control que realizan los Jueces de Garantía, quienes velan por el cumplimiento de las garantías procesales y constitucionales.

En casos de persistir alguna duda respecto a la legalidad de la detención, tanto el profesor Julián López como el profesor Jean Pierre Matus señalan que este problema se soluciona mediante la teoría de la causa probable,⁶¹ la que a grandes rasgos señala que cada vez que la policía tuviera una causa probable, estaba autorizada a exigir la identificación del sospechoso y a registrar sus vestimentas, para ver si portaba algún elemento sospechoso y así proceder a su detención.⁶²

Por último, no se justifica lo propuesto por esta modificación en el sentido de otorgar la facultad a las policías de cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes de quien se controla, facultándolas para detener al controlado en caso de existir dichas órdenes pendientes, puesto que constituye una de las hipótesis de flagrancia establecidas en el inciso cuarto del artículo 129 del Código Procesal Penal, por lo que ella sería redundante.

⁶⁰ *Ibidem*. P. 318.

⁶¹ *Ibidem*. P. 284 y ss.

⁶² Para más información, ver fallo “Terry v/s Ohio” de la Corte Suprema de EE.UU. 1968.

Esta modificación se relaciona bastante con la obligación que la Ley N° 20.253 impuso a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile, la cual los obliga a mantener un banco de datos unificado y actualizado de personas respecto de las cuales exista órdenes de detención pendientes, por lo cual serán tratadas conjuntamente en el capítulo tercero de esta memoria.

c) Inciso Tercero del artículo 85.

La modificación de esta disposición fue producto de una indicación presentada en el Primer Trámite Constitucional por el Diputado Eluchans en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados.

Esta modificación consiste en permitir el cotejo de las órdenes de detención en contra de la persona que se está sometiendo al control de identidad en la unidad policial más cercana, cuando ella se hubiera negado a la identificación o ésta no hubiera podido realizarse exitosamente.

Esta indicación fue aprobada en forma unánime por dicha Comisión y, el texto propuesto por ella fue el que definitivamente se publicó en la letra c) del N° 2 del artículo 2 de la Ley N° 20.253.

La modificación es acorde con la modificación del inciso segundo del artículo 85 del Código Procesal Penal, por lo que no merece mayores comentarios que los realizados en la letra anterior, en el sentido que evita que las detenciones realizadas en las unidades policiales sean declaradas como ilegales por los Jueces de Garantía.

d) Inciso Cuarto del artículo 85.

La modificación de esta disposición fue producto de una indicación presentada en el Primer Trámite Constitucional por los Diputados Turrés, Cardemil, Eluchans, Ward, Cristián y

Nicolás Monckeberg; quienes presentaron una indicación al proyecto del Ejecutivo para ampliar el plazo de duración del control de detención de seis a doce horas en el seno de la Comisión de Constitución.⁶³

Hay que tener presente que este plazo está establecido a favor de las personas que queriendo identificarse, no les resulta posible hacerlo.

Mediante dicha indicación, estos Diputados sólo buscaron ampliar el plazo para la realización de las diligencias a que puede dar lugar el control de identidad, sin tomar en cuenta las garantías constitucionales que se vulneraban y sin fundamentarla en algún estudio empírico que avalara la indicación en cuestión.

Esta indicación sorprendió a los representantes del Ejecutivo en dicha Comisión, ya que no se había recibido ninguna petición por parte de las policías solicitando algún aumento del plazo. Además, los Diputados Burgos y Leal recordaron que ya, con motivo de la reforma de la Ley N° 19.789, se había aprobado un plazo de ocho horas, lapso que el Senado había reducido a seis.

Para solucionar los problemas producidos por ella, la Comisión acordó consultar a las policías y solamente Carabineros solicitó un aumento a ocho horas, sustentando dicha petición en el hecho que todavía existían dificultades técnicas que todavía no habían sido superadas por el Servicio de Registro Civil e Identificación para llevar a cabo la identificación en la unidad policial más cercana.

En base a esta solicitud, los Diputados patrocinantes de la indicación, modificaron su propuesta para dejarla en ocho horas, siendo aprobada en esta etapa por mayoría de votos.⁶⁴

⁶³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 10. [consulta: 13 de agosto de 2008]. P. 77.

⁶⁴ *Ibidem*. P. 78.

Esta indicación se mantuvo inalterada en la Comisión de Constitución del Senado, dentro del Segundo Trámite Constitucional, por lo que el texto propuesto por la Cámara de Diputados fue el que en definitiva se publicó en la Ley N° 20.253.

Para realizar este tipo de modificaciones hay que ser muy cautos, ya que se está limitando la libertad personal, derecho fundamental consagrado en la Constitución en el artículo 19 N° 7.

La ampliación del plazo es totalmente innecesaria y los problemas existentes con el procedimiento del control de identidad se solucionan con las modificaciones realizadas por esta ley a los incisos segundo y tercero del artículo 85 del Código Procesal Penal, evitándose así la declaración de ilegalidad de la detención por parte de los Jueces de Garantía.⁶⁵

Para que se justifique esta modificación ella debe ser totalmente necesaria, debido a que vulnera el derecho fundamental de la libertad personal.

Este requisito no se cumple, ya que no existen antecedentes o estudios empíricos que avalen dicha ampliación, ella solamente se está realizando luego de haberle consultado a las policías. Además, el mayor problema que existía con el procedimiento de control de identidad ya se solucionó con una reforma legal, tal como lo se señaló con anterioridad en este acápite.

A pesar de no existir evidencia empírica al respecto, tampoco se pidió la opinión al Servicio de Registro Civil e Identificación. Lo anterior hubiera servido de sobremanera, puesto que al discutirse el plazo de duración de este procedimiento en la Ley N° 19.789, esta institución indicó que se requieren entre cuatro y seis horas para comprobar huellas digitales, considerándose este plazo como más que suficiente para verificar si el controlado tiene alguna orden de detención pendiente o si la documentación que exhibe está adulterada.⁶⁶

⁶⁵ *Ibidem*. P. 284 y ss.

⁶⁶ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Op. Cit. P. 149.

A mayor abundamiento, el Defensor Nacional en ese momento, el señor Eduardo Sepúlveda, expuso ante la Comisión de Constitución del Senado que el Servicio de Registro Civil e Identificación ha puesto a disposición de las policías más de 2.600 puntos de acceso que le permiten, mediante sensores biométricos móviles conectados a la base de datos del Servicio, conocer a ciencia cierta la identidad de una persona en menos de tres minutos.⁶⁷

A la luz de estos argumentos, se hace innecesaria esta modificación, ya que si existe algún problema, este se soluciona mediante una mejor asignación de recursos y no mediante una reforma que limita las garantías fundamentales consagradas por la Constitución.

El legislador al establecer esta norma -especialmente al cambiar los estándares que tenía la policía para poder iniciar un procedimiento de control de identidad y al ampliar su plazo- está vulnerando la garantía constitucional de igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

Cabe sustentar dicha opinión dado que esta norma en su inciso cuarto le delega al legislador y lo obliga a “*establecer siempre las garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”. Con los argumentos recientemente dados ellos no se cumple. Esta norma no fue objeto del control de constitucionalidad efectuado por el Tribunal Constitucional a la Ley N° 20.253, lo que hace posible su cuestionamiento ante este tribunal mediante la interposición de un recurso de inaplicabilidad, el que si fuera acogido, podría ser declarado inconstitucional con posterioridad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93, inciso primero, numeral sexto y séptimo de la Constitución.

3. Situación de Flagrancia

Para que se pueda llevar a cabo la detención particular o policial en caso de flagrancia es fundamental conocer lo que el Código Procesal Penal entiende por situación de flagrancia.

⁶⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 277. [consulta: 13 de agosto de 2008].

Mediante dicha determinación se podrá realizar la detención por cualquier persona que sorprendiere a otra en delito flagrante, debiendo entregar al aprehendido inmediatamente a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.⁶⁸

Hay que tener en consideración que la detención por flagrancia es una excepción a la exigencia de la detención mediante una orden previa, y está consagrada a nivel constitucional en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución.

Para poder llevar a cabo este tipo de detención es fundamental conocer sus supuestos de aplicación, es decir, las situaciones de flagrancia, debido a que si no se cumplen con estos supuestos la detención puede ser declarada ilegal por el Juez de Garantía en la audiencia de control de detención.

Los supuestos de flagrancia están establecidos en el artículo 130 del Código Procesal Penal.

Esta disposición, antes de su modificación por la Ley N° 20.253, establecía:

Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

El numeral 3° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 agregó un nuevo inciso final a esta norma. En consecuencia, el nuevo artículo 130 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

⁶⁸ Artículo 129 Código Procesal Penal.

Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;
- b) El que acabare de cometerlo;
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y
- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaran como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.

Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas. (Lo destacado corresponde al nuevo inciso agregado por la Ley N° 20.253).

La modificación de esta disposición fue propuesta por el Ejecutivo en el Mensaje de la Ley N° 20.253, quien preocupado por la indeterminación del “*tiempo inmediato*” a la comisión del delito establecido en las letras d) y e) del artículo 130, buscó limitarlo a un tiempo máximo de doce horas.

Fundamentó su pretensión en el sentido que esta indeterminación ha llevado a la existencia de interpretaciones diversas en cuanto a su extensión, por lo que si el Juez de Garantía consideraba este tiempo como excesivo, terminaría declarando la ilegalidad de la detención.⁶⁹ Eso sí, el Ejecutivo en el mensaje considera a este nuevo inciso como una norma complementaria de las reglas contenidas en el artículo en análisis, ya que estima que para que exista flagrancia deben concurrir ciertos elementos materiales señalados en este artículo, independientemente del tiempo transcurrido.

Esta disposición fue objeto de un gran debate en el Congreso.

⁶⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 10. [consulta: 13 de agosto de 2008].

En la Cámara de Diputados el plazo del tiempo inmediato se redujo a seis horas, pero por una indicación del Senador Espina, el tiempo volvió a establecerse en doce horas. En los posteriores trámites en el Congreso, esta disposición no sufrió modificación alguna, por lo que el texto propuesto por el Ejecutivo fue el que resultó publicado definitivamente en la Ley N° 20.253.

Respecto de las situaciones de flagrancia contempladas por el Código Procesal Penal, la doctrina ha distinguido dos tipos de flagrancia: La concreta o material y la ficta o virtual.

La flagrancia concreta o material se configurará en dos momentos:

- a) En el momento en que el delito está en progreso, cometiéndose.
- b) En el momento en que el delito acaba de cometerse y el victimario huye del sitio del suceso, siendo perseguido materialmente.

A lo que se refiere la persecución material es al proceso de captura, por eso se considera a la persecución material como parte del delito que acaba de cometerse, siempre y cuando ella se mantenga de forma continua, terminándose la situación de flagrancia mediante una interrupción de la persecución, por lo que ella no está inserta en un marco temporal.

Por su parte, la flagrancia ficta o virtual ocurre en otro momento, el cual comienza cuando el delito ya se cometió y no ha existido persecución material, pero existen evidencias que permiten vincular certeramente al sujeto con el delito cometido. Esta flagrancia tiene un marco temporal, que según la ley chilena está definido por el tiempo inmediato a la perpetración del delito.⁷⁰

Ambas categorías tienen elementos comunes, los cuales también son requisitos necesarios para que se configure la situación de flagrancia. Mediante su cumplimiento, se legitima constitucionalmente una detención por flagrancia realizada por un civil o por la policía.

⁷⁰ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. 2.004. Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal, Santiago. P. 305 y ss.

Los requisitos necesarios para que se configure la situación de flagrancia son:

- Marco temporal de coetaneidad o inmediatez entre la comisión del delito y la detención del delincuente, por lo que la detención ocurre sin tardanza con respecto a la comisión del delito.
- Ostensibilidad: Mediante indicios, es posible percibir en forma directa que es el detenido el autor del delito.

Es importante hacer hincapié que todas las detenciones por flagrancia deben cumplir con estos requisitos, para así no alterar el carácter excepcional de esta institución.⁷¹

En base a estos supuesto es posible concluir que la modificación propuesta por la Ley N° 20.253 no tiene justificación alguna, por cuanto establece un criterio objetivo para reemplazar el criterio de la coetaneidad o inmediatez, el cual entiende como tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado en un lapso de doce horas entre ambos hitos.

Esta norma es, además, inconstitucional, ya que está en contradicción a la consagración por parte del legislador de una investigación racional y justa, vulnerando el derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, consagrado en el artículo 19 N° 3 inciso quinto de la Constitución.

Lo que el elemento de la coetaneidad o inmediatez protegía era totalmente razonable para realizar una detención por flagrancia, esto es, que existiera inmediatez entre la comisión del delito y la detención del delincuente, la que no puede estar determinada por un período de tiempo, ya que la deja fuera del control ex post por parte del Juez de Garantía.

Lamentablemente, la policía no ha entendido bien esta norma y se ha quejado del alto número de detenciones policiales por flagrancia declaradas ilegales por los Jueces de Garantía.⁷²

⁷¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 279. [consulta: 13 de agosto de 2008].

⁷² *Ibidem*. P 60.

Esta crítica carece de fundamentos, toda vez que si la huída del delincuente se produce en un tiempo lejano a la comisión del hecho, no se justifica esta excepcional forma de detención, por lo que será necesaria la correspondiente orden judicial para evitar la privación arbitraria de la libertad.⁷³

El Senador Espina señala que la Constitución no define lo que entiende por delito flagrante, por lo que dicha tarea la debe cumplir el legislador. Señala que la definición hecha por el legislador mediante la introducción del concepto de “tiempo inmediato” es absolutamente *arbitraria y subjetiva*, al igual que la interpretación que han hecho los tribunales de justicia en esta materia.⁷⁴

Esta aseveración de dicho Senador es lamentable, ya que en un Estado de Derecho, la tarea legislativa que él cumple, debe realizarse respetando especialmente las garantías constitucionales consagradas en la Constitución y los principios consagrados en el Código Procesal Penal, en este caso especial. Por este motivo, la definición de la situación de flagrancia debe cumplir con los requisitos de inmediatez y ostensibilidad, criterios que son acordes a un procedimiento e investigación racional y justa, máxima que el legislador siempre debe respetar al establecer las garantías que regularán tanto del procedimiento como de la investigación. Los requisitos antes mencionados se cumplen cuando una persona es detenida cuando está actualmente cometiendo un delito, cuando acaba de cometerlo y, cuando huye del lugar y es sindicado como autor de éste; tal como lo señalan las hipótesis de las letras a) a la c) del artículo 130. Respecto de las letras d) y e), es más complicado precisar si concurren, puesto que se necesitan mayores y mejores pruebas para determinar si el autor es encontrado con las especies o medios empleados para cometer el delito o provenientes del mismo en un tiempo inmediato, y cuando es sindicado como tal por la víctima o testigos presenciales de un delito que acaba de cometerse. Es del espíritu del proceso penal que dicho análisis lo realice ex post el Juez de Garantía y que no se le prive de dicha labor por parte del legislador mediante el establecimiento de normas objetivas.

⁷³ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Op. Cit. P. 306.

⁷⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 326. [consulta: 13 de agosto de 2008].

En las audiencias de control de detención, los Jueces de Garantía se limitan a comprobar si existe el criterio de inmediatez respecto de la comisión del delito y la detención, y las detenciones que han declarado ilegales -en su mayoría- han sido porque no se ha cumplido con el elemento o requisito de la proximidad temporal en la flagrancia.⁷⁵

Hay que tener presente eso sí, que en esta materia existe un gran desafío de coordinación de la labor del Ministerio Público, las policías y los Jueces de Garantía, puesto a que existen estudios que demuestran que la mayor cantidad de los condenas por delitos de mayor connotación social se originan en detenciones por flagrancia, señalándose que dentro de las 24 horas posteriores a la comisión del delito son fundamentales. Es en ese lapso cuando las probabilidades de ser detenido son altas, siendo altas también, las de ser condenado.⁷⁶

Con este dato, se podría argumentar a favor de la norma en comento, incluso aumentar el plazo a veinticuatro horas, pero la experiencia demuestra lo contrario, ya que desde el año 1.997 en adelante ha existido un aumento constante de las detenciones por parte de las policías, exceptuándose dos períodos entre los años 2.003 y 2.005. Hay que tener en consideración que la tasa de detenciones policiales aumentó en un 12,6 en el período entre el año 2.006 y 2.007,⁷⁷ demostrándose que la labor de las policías frente a la delincuencia ha mejorado bastante, lo que hace innecesaria esta reforma, que además, es inconstitucional.

Por este motivo esta nueva norma puede ser objeto de un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, el cual teniendo en cuenta los argumentos recientemente dados podría acogerlo y, con posterioridad, declararlo inconstitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93, inciso primero, numeral sexto y séptimo de la Constitución, por cuanto este precepto no fue objeto del control de constitucionalidad efectuado

⁷⁵ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Op. Cit. P. 131.

⁷⁶ VALDIVIA RIVAS, CLAUDIO. 2006 [en línea] Estudio empírico de penas en Chile 2006. En Fundación Paz Ciudadana y Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. 2007. Tercer Simposio Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia. Santiago. [consulta: 14 de agosto de 2.008] P. 40.

⁷⁷ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.008. [en línea] Informe Estadísticas Nacionales sobre denuncias y detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar. <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 14 de agosto de 2.008]. Cuadro N° 20.

por este mismo tribunal el 17 de enero de 2.008, dejando la vía libre para un posible cuestionamiento de esta norma ante este tribunal.

En consideración a las razones indicadas es prioritario eliminar esta disposición del Código Procesal Penal y volver a la redacción anterior, ya que ni siquiera esta norma se justifica como una norma complementaria de las reglas contenidas en el artículo en análisis, como lo pretende el Ejecutivo. Incluso, en los controles de detención, los Jueces de Garantía estarían facultados para prescindir de la aplicación de estos nuevos incisos, debido a que independientemente de las horas que hayan transcurrido, la flagrancia siempre va a estar determinada por el cumplimiento de los requisitos de coetaneidad y ostensibilidad, sean que hayan transcurrido diez minutos o quince horas.

4. Citación, registro y detención en casos de flagrancia

Tal como dispone el artículo 124 del Código Procesal Penal, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación, cuando la imputación se refiriere a faltas o delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad.

Como consecuencia de esta situación y del nuevo escenario que creaba el artículo 85 del mismo cuerpo legal, el Ejecutivo intentó armonizar las normas este código, estimando necesario modificar su artículo 134.⁷⁸

Antes de su modificación por la Ley N° 20.253, el artículo 134 del Código Procesal Penal señalaba:

Artículo 134.- *Citación, registro y detención en casos de flagrancia.* Quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio.

⁷⁸ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 17 y 83. [consulta: 01 de octubre de 2008].

La policía podrá registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona que será citada.

Asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación.

No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26.

En todos los casos señalados en el inciso anterior, el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato, de la detención, para los efectos de lo dispuesto en el inciso final del artículo 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte.

El procedimiento indicado en el inciso primero podrá ser utilizado asimismo cuando, tratándose de un simple delito y no siendo posible conducir al imputado inmediatamente ante el juez, el funcionario a cargo del recinto policial considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia.

El artículo 2 numeral 6° de la Ley N° 20.253 sustituyó el inciso quinto de esta norma, modificando la remisión que en este inciso se hacía al inciso final del artículo 131, remitiéndose en la actualidad a su inciso segundo. En consecuencia, el nuevo inciso quinto del artículo 134 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

En todos los casos señalados en el inciso anterior, el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato, de la detención, para los efectos de lo dispuesto en el **inciso segundo** del artículo 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte. (Lo destacado corresponde al texto modificado por la Ley N° 20.253).

En el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, se rechazó el texto propuesto por el Ejecutivo en el mensaje, reemplazándose este numeral por un nuevo texto, el cual modificaba la remisión que se hacía en esta disposición al inciso final del artículo 131, remitiéndola a su inciso segundo. Esta indicación se realizó con el propósito subsanar un error de remisión que no fue reformado cuando fue tramitada la Ley N° 20.074. El texto propuesto por dicha comisión fue el que en definitiva se publicó en el numeral sexto del artículo 2° de la Ley N° 20.253.⁷⁹

⁷⁹ *Ibidem*. P. 83.

La modificación a esta disposición, tal como lo señala el profesor y ex Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena R., no tiene ninguna utilidad práctica, por cuanto intentó facultar a las policías para que pudiesen cotejar las órdenes de detención pendientes respecto de aquellas personas que fuesen sorprendidos *in fraganti* cometiendo alguna falta o delito que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad. El legislador olvidó que dicha facultad ya les había sido otorgada a dichas instituciones en el artículo 129 del Código Procesal Penal y en las reglas de cumplimiento de las resoluciones judiciales que deben cumplir,⁸⁰ por lo que esta modificación carece de utilidad práctica.

5. Comparecencia Judicial

A la primera audiencia judicial del detenido se le ha llamado en la práctica “audiencia de control de la detención”, la cual se celebra en el momento en que éste es puesto a disposición del juez que ordenó su detención dentro del plazo legal de 24 horas.⁸¹

El Código Procesal Penal no señala la finalidad de esta audiencia, pero en la práctica en ella se efectúa un control jurídico acerca de las condiciones de la detención,⁸² pudiendo el fiscal o el abogado asistente del fiscal deben proceder a formalizar la investigación, solicitando las medidas cautelares que fueren procedentes, tal como lo señala el nuevo artículo 132 del Código Procesal Penal.⁸³

Hay que tener en consideración que es requisito para la validez de esta audiencia la presencia del Juez de Garantía, el imputado, su defensor y el fiscal o su abogado asistente, siendo sancionada la ausencia de estos dos últimos con la liberación del detenido.

Hasta antes de la dictación de la Ley N° 20.074, no estaba contemplado que el abogado asistente del fiscal estuviera autorizado para comparecer a la audiencia de control de detención.

⁸⁰ PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO. 2008. Ley 20.253: Agenda Corta Antidelincuencia. Editorial Legis Chile S.A. P. 195.

⁸¹ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 387.

⁸² CERDA SAN MARTIN, RODRIGO y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO. Op. Cit. P. 122.

⁸³ Las atribuciones de formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares que procedieran le fueron otorgadas por la Ley N° 20.253 al abogado asistente del fiscal, antes, solamente podía comparecer a la audiencia de control de detención.

Lo anterior se permitió luego de una petición del Ministerio Público que tomó como moción el Senado, justificándose en el exceso de trabajo que tenían los fiscales, el cual aumentaba de sobremanera por tener que cumplir con la obligación de estar presentes en la audiencia de control de detención. Esta situación producía que el cumplimiento de dicha obligación complicase la consecución de su labor primordial: dedicarse a la investigación y así dirigir la persecución criminal.

En la tramitación de dicha ley, tanto la Defensoría como la Cámara de Diputados se opusieron a esta modificación, ya que la consideraban inconstitucional, debido a que el artículo 83 de la Constitución entregaba la persecución penal exclusivamente al fiscal.

Finalmente esta enmienda fue aprobada por el Congreso y el Tribunal Constitucional la declaró conforme a las normas de la Carta Fundamental, en la sentencia Rol N° 458-2.005.⁸⁴

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 132 de este cuerpo legal, ya modificado por la Ley N° 20.074, señalaba:

Artículo 132. *Comparecencia judicial.* A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido.

En la audiencia, el fiscal procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiese procederse de la manera indicada, el fiscal podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.

El numeral 4° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó el inciso segundo de esta norma, por dos incisos nuevos. En consecuencia, el nuevo artículo 132 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

⁸⁴ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Op. Cit. P. 222 y 223.

Artículo 132. Comparecencia judicial. A la primera audiencia judicial del detenido deberá concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido.

En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiese procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.

En todo caso, la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276. (Lo destacado corresponde a las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.253).

Además de llevar a cabo esta modificación, la Ley N° 20.253 también modificó otras disposiciones del Código Procesal Penal en la cual le entregan mayores atribuciones al abogado asistente del fiscal.

A modo de aclaración metodológica, la Ley N° 20.253 otorgó otras facultades al abogado asistente del fiscal, pero por su importancia y por tener relación con facultades no jurisdiccionales, ellas serán tratadas en otro acápite de esta memoria, tratándose exclusivamente en este ítem las facultades que el artículo 132 le otorga a estos funcionarios.

a) Inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal.

Desde la tramitación de la Ley N° 20.074 se ha intentado que el abogado asistente del fiscal realice labores que el Código Procesal Penal en un principio delegaba exclusivamente en el fiscal.

Lo anterior, se basa netamente en un criterio económico, ya que el número de fiscales contemplados en la ley no dan abasto para cubrir todas las funciones que ella les imponen, implicando un gran gasto económico la solución que consistiría en aumentar el número de los fiscales.

Se considera como una salida mucho más eficiente a la delegación de alguna de estas funciones en los abogados asistentes del fiscal, toda vez que implicaría un costo muchísimo menor⁸⁵. Como estos funcionarios no están habilitados para ejercer dichas funciones según la Constitución, se hacía imperiosa la modificación legal propuesta por la Ley N° 20.253 para que efectivamente estos funcionarios las realizaran.

La modificación del artículo 132 del Código Procesal Penal fue propuesta por el Ejecutivo en el mensaje de la Ley N° 20.253, justificando su iniciativa en el hecho que con el paso del tiempo se ha aumentado el número de procedimientos y audiencias en que deben tomar parte los fiscales, haciéndose necesario permitir a sus abogados asistentes participar -con plenitud de competencia- en la audiencia de control de detención, con las facultades de formalizar la investigación en nombre del Ministerio Público y de solicitar las medidas cautelares que sean procedentes respecto del imputado. Por último, se señala que esta modificación aumentará el número de profesionales del Ministerio Público sin mayor gasto, haciendo más eficiente y eficaz el accionar de éste órgano.⁸⁶

En la tramitación de esta disposición en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, los Diputados Turre, Cardemil, Eluchans, Monckeberg Díaz y Ward presentaron una indicación consistente que el abogado asistente del fiscal actuara en esta audiencia expresamente facultado por el fiscal a cargo de la investigación. Además, la unanimidad de esta Comisión acordó realizar una nueva indicación, la cual permitiría al abogado asistente del fiscal solicitar la ampliación del plazo para formalizar.⁸⁷ El texto propuesto por esta Comisión fue el

⁸⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 11, 328 y ss. [consulta: 18 de agosto de 2008].

⁸⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> P. 11. [consulta: 14 de agosto de 2008].

⁸⁷ *Ibidem*. P. 81.

que en definitiva se publicó por la Ley N° 20.253 como el nuevo inciso segundo del artículo 132 del Código Procesal Penal.

La constitucionalidad de esta norma ha sido fuertemente cuestionada por algunos sectores políticos, la doctrina y por la minoría del Tribunal Constitucional, centrándose la discordia en la determinación del alcance sobre qué es lo que entiende los artículos 83 y 84 de la Constitución por *dirigir exclusivamente la investigación y ejercer la acción penal pública en la forma prevista por la ley*.

Los que sostienen que la norma en cuestión es constitucional, argumentan que el artículo 83 de la Constitución establece que dichas funciones corresponde realizarla al Ministerio Público, sin que dicha norma haga alguna referencia específica a los fiscales de dicho organismo. Suman como argumento, que el ejercicio real de la acción penal pública se efectúa mediante la acusación y no por la formalización o por la solicitud de medidas cautelares, las que solamente constituyen un accesorio.⁸⁸

Esta interpretación busca reforzarse mediante el principio de juridicidad, puesto que el abogado asistente del fiscal debe haber sido designado o contratado como funcionario del Ministerio Público, sin poder realizar ante los tribunales de justicia otras gestiones o actuaciones que las expresamente establecidas por la ley,⁸⁹ reflejándose este principio en la disposición en análisis, puesto que señala que el abogado asistente del fiscal está facultado a formalizar la investigación o a solicitar medidas cautelares cuando esté “*actuando expresamente facultado*” por el fiscal. La mayoría del Tribunal Constitucional ha entendido que el abogado asistente del fiscal puede realizar dichas actuaciones cuando es funcionario del Ministerio Público y cuenta con facultades expresas para hacerlo en un caso concreto y determinado, debiendo constar esta autorización fehacientemente.⁹⁰

De nada sirve que dicha autorización esté contenida en la ley, tal como sucede en este caso concreto, si esta autorización no es acorde con la Constitución. Quien explica con mayor

⁸⁸ *Ibidem*. P. 38.

⁸⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2005. Rol N° 458-2005. Santiago. P. 7.

⁹⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2008. Rol N° 1.001-2.007. Santiago. P. 9 y 13.

claridad la constitucionalidad de esta norma es el Ministro del Tribunal Constitucional, don Jorge Correa Sutil, quien considera constitucionales las actuaciones que la ley delega a los abogados asistentes del fiscal por los siguientes argumentos:⁹¹

Según él, la Constitución no se limita solamente a instituir el Ministerio Público y a señalar sus atribuciones más importantes, sino que además, regula algunos de sus principales aspectos orgánicos. Empero, fuera de los tópicos regulados, la Constitución delega los aspectos organizacionales del Ministerio Público a la ley, tal como lo establece el artículo 84 de la Carta Fundamental, la que dispone: “*una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones del Ministerio Público...*”. Esto quiere decir que la Constitución permite y además, delega expresamente en la ley la regulación de los aspectos orgánicos de los entes que en ella se instauran, por lo que el legislador está autorizado y mandatado para regular la organización de dicha institución. Lo anterior comprende la capacidad de establecer una categoría de funcionario subalterno, como lo son los abogados asistentes del fiscal, justificando la existencia de esta categoría de funcionarios a la luz de la Constitución.

Previamente a determinar si las facultades que la Ley N° 20.253 atribuye a estos funcionarios son constitucionales, el esquema argumentativo de este Ministro se centra en el punto de determinar cuáles facultades la Constitución reserva privativamente a algunas de las autoridades del Ministerio Público, que deben ser claramente identificadas y distinguidas de las que la Carta Fundamental reserva al órgano, que pueden ser ejercidas por el ente y cuya organización queda entregada a la ley. A su juicio, serían inconstitucionales las atribuciones que la ley confiere a los abogados asistentes del fiscal que están reservadas por la Constitución a otros funcionarios.

El inciso tercero del artículo 84 de la Carta Fundamental manifiesta la voluntad constitucional que los fiscales sean quienes tengan a su cargo la dirección de la investigación y el ejercicio de la acción penal pública, respecto de los caso que tengan a su cargo. El señor Correa S. se detiene específicamente en el análisis de la facultad de dirigir la investigación. Él considera a la formalización de la investigación como una opción estratégica de gran

⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2008. Op. Cit. P. 17 y ss.

importancia de dicha etapa, y a la petición de medidas cautelares, como uno de los modos de garantizar la eficacia de una eventual sentencia que acoja la pretensión, evitando que el imputado pueda realizar conductas que impidan o dificulten la investigación. A la luz de las normas constitucionales, le resulta difícil pensar que el fiscal, el que por mandato de la Constitución, es quien está llamado a dirigir la investigación, teniéndola a su cargo bajo su responsabilidad, no tenga la facultad de tomar una decisión estratégica tan importante en la investigación como lo es su formalización o mediante la solicitud de medidas cautelares que aseguren su éxito eventual.

Lo anterior no se produce con la norma establecida por el inciso primero del artículo 132 del Código Procesal Penal, ya que la facultad del abogado asistente del fiscal para formalizar la investigación o solicitar medidas cautelares debe realizarse “*actuando expresamente facultado*” por el fiscal. Esto se traduce en que este funcionario está autorizado para actuar en la audiencia de control de la detención cuando cuente con facultades expresas para hacerlo en un caso concreto y determinado, teniendo que constar dicha autorización de manera fehaciente y precisa.

Para que esta interpretación sea completa, este Ministro estima que es necesario precisar qué entiende la Constitución por “ejercicio de la acción penal pública”, expresión que tiene dos posibles significados:

a.i) Amplio: Toda acción que implique el ejercicio de una potestad pública, destinada a requerir del juez una decisión acerca de la noticia de un delito en orden a declarar su existencia y su posible imputación a una o más personas determinadas, a quienes pretende hacer responsables.

a.ii) Restringido: Se reduce simplemente al acto de formular la acusación.

Para el Ministro Correa la Constitución opta por el sentido restringido, ya que la Carta Fundamental en su artículo 84 utiliza el vocablo “ejercer” y no uno más amplio como “ejercer y sostener”, el cual el Código Procesal Penal emplea en sus artículos 258 y 402. A través de la utilización del concepto restringido es posible concluir que el artículo 84 de la Constitución reserva el ejercicio de la acción a los fiscales, pero no de todos los actos destinados a sostenerla

o prepararla. Lo que dicha norma propone es otorgarle al fiscal la autonomía y responsabilidad para formalizar la investigación o solicitar la adopción de medidas cautelares, por lo que es el único facultado para tomar dicha decisión; pero no es *condicio sine qua non* que él mismo la materialice, pudiendo delegar este acto en su abogado asistente, la que debe realizarse de manera específica, debiendo constar fehacientemente para que sea acorde a la Constitución.

Quienes sostienen que la norma del inciso primero del artículo 132 del Código Procesal Penal es inconstitucional argumentan que las facultades que esta disposición entrega a los abogados asistentes del fiscal son propias de los fiscales, de acuerdo a lo establecido por los artículos 83 y 84 de la Constitución, debido a que dichas funciones son una consecuencia del ejercicio de la acción penal pública.

Plantean que las actuaciones del abogado asistente del fiscal en la audiencia de control de detención estarían sujetas a la sanción de nulidad establecida en el artículo 6 de la Carta Fundamental.⁹²

Quienes explican con mayor claridad esta posición son el Presidente del Tribunal Constitucional, el señor Juan Colombo Campbell y el Ministro de dicho tribunal, don Hernán Vodanovic Schnake, quienes consideran inconstitucionales las actuaciones que la ley delega a los abogados asistentes del fiscal por los siguientes argumentos:⁹³

Según lo establecido por los artículos 6 y 7 de la Constitución, ningún órgano del Estado tiene mayores facultades que las expresamente concedidas, las que son reservadas para su ejercicio exclusivo y excluyente a través de sus titulares, que en este caso específico son los fiscales.

Teniendo siempre presente lo anterior, esta posición estima que el Ministerio Público es un órgano constitucional, por eso su fundamento jurídico, finalidades, funciones y organización básica encuentran sus bases en la misma Carta Fundamental y no en la ley. Esto sitúa su

⁹² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 54. [consulta: 19 de agosto de 2008].

⁹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2008. Op. Cit. P. 30 y ss.

regulación en una posición de superioridad frente a la legislación, la que no puede alterar sus bases establecidas en la Constitución respecto al estatuto del Ministerio Público, como se pretende con la norma del artículo 132. Es decir, el constituyente se reservó la composición de dicho órgano, delegando a una Ley Orgánica Constitucional la normativa complementaria, ley que no puede alterar los cargos que lo integran y las funciones que la propia Constitución ha asignado de forma expresa y exclusiva.

Sostienen que la Carta Fundamental establece que los fiscales del Ministerio Público son los únicos habilitados para representar a dicho órgano ante los tribunales, al señalar en el inciso tercero de su artículo 84 que será la ley orgánica constitucional la que establecerá el grado de independencia, autonomía y responsabilidad de los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública. Para reafirmar esta postura, los ministros señalan que el texto constitucional establece que existirán solamente tres categorías de funcionarios del Ministerio Público que realizarán dichas funciones: El Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y los Fiscales Adjuntos. Esta sería interpretación acorde a lo establecido por la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, ya que el inciso primero de su artículo 2 señala que “el Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a lo dispuesto en la ley, intervenga en ellas.”

A mayor abundamiento, el Código Procesal Penal determina, en concordancia con lo expuesto, quienes son los sujetos procesales intervinientes y al referirse al Ministerio Público, señalando en el artículo 77 que los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Esta postura le otorga el sentido amplio a la expresión “*ejercicio de la acción penal pública*”, por este motivo estiman que el fiscal, al formalizar a una persona, está realizando un acto que contiene la imputación, mediante el cual se inicia el proceso. Esto se produce porque el persecutor penal ya se ha formado convicción acerca de la responsabilidad del imputado en el hecho punible.⁹⁴

Por estas razones, consideran inconstitucional la modificación que se propone, ya que el abogado asistente del fiscal no es fiscal del Ministerio Público ni constituye uno de los órganos

⁹⁴ Tribunal Constitucional. 2.007. Rol N° 736 -2.007. Santiago. P. 21 y ss.

establecidos en la Constitución a través de los cuales dicha institución debe ejercer sus atribuciones de investigación. En consecuencia, nadie más que los fiscales del Ministerio Público pueden intervenir en la apertura y tramitación de los procesos penales, considerando, en definitiva, inconstitucionales las facultades que la Ley N° 20.253 otorga a los abogados asistentes del fiscal en el sentido de formalizar la investigación y de solicitar medidas cautelares.

La diferencia que provoca el quiebre argumentativo entre estas dos posiciones dice relación con la interpretación del alcance que le da la Constitución a la expresión “ejercer la acción penal pública”. La Constitución entiende por tal acto el *formular la acusación*, es decir, el sentido restringido.

La argumentación del Ministro Correa va en el sentido correcto en lo que se refiere al alcance del artículo 84 de la Constitución. Esta norma reserva el ejercicio de la acción a los fiscales, pero no de todos los actos destinados a sostenerla o prepararla. Por este motivo dicha disposición solamente utiliza el vocablo “ejercer” y no uno más amplio como “ejercer y sostener”.

El texto del inciso tercero del artículo 84 de la Constitución⁹⁵ busca asegurar una cierta autonomía y responsabilidad a los fiscales, debido a que ellos tienen a su cargo casos en que habrán de dirigir la investigación y ejercer la acción penal pública. La explicitación de estas funciones en esta disposición cumple un rol pedagógico, consistente en explicar por qué la ley establece los principios de autonomía y responsabilidad en la actuación de los fiscales,⁹⁶ los que en definitiva serán establecidos por la Ley Orgánica Constitucional de dicho órgano. Es por este motivo que el artículo 4 de la Ley N° 20.253 solamente modifica el artículo 48 de la Ley N° 19.640, en lo que se refiere a la responsabilidad disciplinaria de los actos realizados por los abogados asistentes del fiscal en el ejercicio de sus funciones y, jamás le otorga autonomía en dichas actuaciones. Incluso, sucede todo lo contrario, puesto que el abogado asistente del fiscal

⁹⁵ Artículo 84, inciso 3° Constitución: “La ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía y la responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo”

⁹⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2008. Op. Cit. P 27 y 28.

debe actuar “*expresamente facultado*” por este último en la audiencia de control de detención, tal como reza el tenor del inciso primero del nuevo artículo 132 del Código Procesal Penal.

La Constitución utiliza esta expresión en su sentido restringido, ya que tal como lo entiende la Comisión de Constitución del Senado, ella supone los actos de “acusar y probar la acusación”.⁹⁷

La mayoría de la doctrina está de acuerdo con dicho sentido. Por ejemplo, Cristóbal Núñez Vásquez señala que la actividad primordial del Ministerio Público es “*intervenir en calidad de parte acusadora en la promoción de la acción penal, ante cualquiera ‘notitia criminis’ acerca de la comisión de un delito de acción penal pública (...)*”;⁹⁸ más tajantes son María Inés Horvitz y Julián López, quienes señalan que la norma del artículo 83 de la Constitución al distinguir entre la función de investigación y el ejercicio, “en su caso”, de la acción penal pública en la forma prevista por la ley, estaría reafirmando la utilización del término en un sentido restringido.⁹⁹

Eso sí no se puede desconocer que cuando el artículo 77 del Código Procesal Penal señala que los fiscales “ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley”, dicha expresión está haciendo referencia a su sentido amplio. Pero esta misma norma establece que dicha función se realizará en la forma prevista por la ley. No sólo la ley, sino que además la Constitución entiende que dirigir la investigación y ejercer la acción penal pública son dos funciones distintas que debe ejercer el Ministerio Público a través de sus fiscales, tal como lo señala los artículos 83 y 84 de la Carta Fundamental y el artículo 2 de la Ley N° 19.640. El fiscal no deja de dirigir la investigación por el hecho que su abogado asistente realice la formalización de la investigación o solicite la adopción de medidas cautelares que aseguren el éxito eventual de la misma, ya que dicho funcionario subalterno debe actuar expresamente facultado por el fiscal. Por este motivo, el fiscal será responsable de los actos de su abogado asistente, sin dejar de estar nunca las diligencias de la investigación bajo su responsabilidad,

⁹⁷ *Ibidem*. P. 26.

⁹⁸ NUÑEZ VÁSQUEZ, CRISTOBAL. 2.003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago. P. 196.

⁹⁹ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 148.

debido a que no pierde el mando de la dirección de la investigación. De esta forma se cumple el mandato legal establecido por el inciso primero del artículo 132 del Código Procesal Penal y además, se respeta el mandato constitucional establecido en el Capítulo VII de la Constitución.

Es importante aclarar que tal como lo sostiene el ex Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena R., el abogado asistente del fiscal solamente podrá intervenir en aquellas actuaciones en que la ley expresamente le permitiese hacerlo, por lo que aun estando expresamente facultado por el fiscal, este funcionario no podrá solicitar la suspensión condicional del procedimiento, solicitar la prueba anticipada o la aplicación del procedimiento abreviado, entre otras.¹⁰⁰

b) Inciso tercero del artículo 132 del Código Procesal Penal.

Este nuevo inciso cumple con dos finalidades:

- Que la declaración de ilegalidad de la detención no impida que el fiscal o su abogado asistente puedan formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, continuando la audiencia de control de detención; pero en caso alguno podrá solicitar la ampliación de la detención.

- Evitar que la declaración de ilegalidad de la detención produzca efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 276 de este mismo Código.

Esta modificación fue producto de una indicación de la Senadora Alvear en la discusión en Sala del proyecto de ley.

Su objetivo consistía en impedir que la declaración de ilegalidad de la detención privara al fiscal o a su abogado asistente de formalizar la investigación o solicitar las medidas cautelares que fueran procedentes. Además, de evitar que la declaración de ilegalidad de la detención

¹⁰⁰ PIEDRABUENA RICHARD, GULLERMO. Op. Cit. P. 63.

produzca el efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se soliciten oportunamente de conformidad al artículo 276 del código del ramo.¹⁰¹ El texto definitivo de este inciso fue el que propuso la Comisión de Constitución del Senado en el Segundo Trámite Constitucional.

Esta modificación pretende terminar con algunas prácticas de algunos Jueces de Garantía, quienes al declarar una detención como ilegal consideran que el detenido tiene derecho a retirarse de inmediato.

El profesor Raúl Tavolari sostiene que esta interpretación ha producido bastantes problemas, debido a que la declaración de ilegalidad de la detención no implica necesariamente que el sujeto detenido no ha tenido responsabilidad en los hechos que se investigan, siendo necesaria su formalización para proseguir la investigación. Con la interpretación de estos Jueces de Garantía no es posible realizar dicho acto, ya que como el sujeto se retiró del juzgado por el término de la audiencia, hay que ubicarlo para volver a citarlo, retardando y produciendo un enorme perjuicio a la investigación.¹⁰²

El actual Fiscal Nacional, el señor Sabas Chahuán S., también piensa que este nuevo inciso es necesario debido a que existe algunos Jueces de Garantía que erróneamente han establecido que todo lo que proviene de una detención ilegal es ilegal. Para él, esta interpretación ha sido inconveniente, debido a que incluye la prueba que se podría haber obtenido de la detención declarada ilegal, produciendo un perjuicio enorme para la investigación, porque la oportunidad para hacer la declaración de exclusión de pruebas ilícitas está establecida en el artículo 276 del código del ramo, debiendo debatirse en la audiencia de preparación del Juicio Oral.¹⁰³

Incluso representantes de la Defensoría Penal están de acuerdo que el criterio utilizado por algunos de estos jueces es erróneo, por lo que no consideran que toda declaración de

¹⁰¹ *Ibidem*. P. 245

¹⁰² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 331. [consulta: 20 de agosto de 2008].

¹⁰³ *Ibidem*. P. 335.

ilegalidad necesariamente produzca la exclusión de la prueba obtenida, ya que no es la oportunidad para realizarlo.¹⁰⁴

Es cierto que esta disposición viene a solucionar un problema de una errónea práctica judicial de una parte de los Jueces de Garantía por lo que es loable. Pero tal como se sostiene en la letra a) del punto dos de esta memoria, la modificación en análisis va a traer pocos efectos beneficiosos al sistema procesal penal, ya que el problema de las declaraciones de ilegalidad por parte de los Jueces de Garantía es estadísticamente marginal, sin conocer el impacto de la ciudadanía en la percepción de inseguridad.¹⁰⁵

Según las estadísticas que da la Defensoría Penal Pública, hasta agosto de 2007, en lo que iba corrido de ese año, esa institución había planteado la cuestión de ilegalidad en un 4% de las detenciones y ellas habían sido concedidas apenas en un 0,8% de las mismas, sin especificarse cuáles fueron declaradas ilegales por problemas formales o administrativos y cuáles por problemas de fondo, siendo en este caso donde procedía descartar la prueba en la oportunidad procesal correspondiente.¹⁰⁶

Lo anterior demuestra que gran parte de las modificaciones que realizó la llamada “Agenda Corta” se basan más que nada en impresiones y no tienen mucha base empírica, por lo que están destinadas a dar una señal a la ciudadanía que algo se está haciendo, pero en realidad no se está haciendo lo mejor.

6. Otras facultades no jurisdiccionales de los abogados asistentes del fiscal.

Como se expuso en el punto anterior, la Ley N° 20.253 también modificó otros procedimientos no jurisdiccionales destinados a otorgar mayores facultades a los abogados asistentes del fiscal en lo referente a las diligencias de la investigación.

¹⁰⁴ *Ibidem*. P. 335.

¹⁰⁵ Vid. *Supra*. P. 31.

¹⁰⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 335 y 337. [consulta: 18 de agosto de 2008].

Por la similitud de la naturaleza de las modificaciones realizadas por esta ley, ellas se tratarán conjuntamente a continuación, realizándose una pequeña referencia de cada una.

6.1. Testigos ante el Ministerio Público

Antes de la modificación el artículo 190 del Código Procesal Penal señalaba:

Artículo 190.- *Testigos ante el ministerio público.* Durante la etapa de investigación, los testigos citados por el fiscal estarán obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo, salvo aquellos exceptuados únicamente de comparecer a que se refiere el artículo 300. El fiscal no podrá exigir del testigo el juramento o promesa previstos en el artículo 306.

Si el testigo citado no compareciere sin justa causa o, compareciendo, se negare injustificadamente a declarar, se le impondrán, respectivamente, las medidas de apremio previstas en el inciso primero y las sanciones contempladas en el inciso segundo del artículo 299.

Tratándose de testigos que fueren empleados públicos o de una empresa del Estado, el organismo público o la empresa respectiva adoptará las medidas correspondientes, las que serán de su cargo si irrogaren gastos, para facilitar la comparecencia del testigo, sea que se encontrare en el país o en el extranjero.

El artículo 2 N° 12 de Ley N° 20.253 modificó el artículo 190 del Código Procesal Penal, por lo que los testigos citados por el fiscal en la actualidad están obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo o ante su abogado asistente, quedando dicho artículo redactado en los siguientes términos:

Artículo 190.- *Testigos ante el ministerio público.* Durante la etapa de investigación, los testigos citados por el fiscal estarán obligados a comparecer a su presencia y prestar declaración ante el mismo o ante su abogado asistente, salvo aquellos exceptuados únicamente de comparecer a que se refiere el artículo 300. El fiscal o el abogado asistente del fiscal no podrán exigir del testigo el juramento o promesa previstos en el artículo 306.

Si el testigo citado no compareciere sin justa causa o, compareciendo, se negare injustificadamente a declarar, se le impondrán, respectivamente, las medidas de apremio previstas en el inciso primero y las sanciones contempladas en el inciso segundo del artículo 299.

Tratándose de testigos que fueren empleados públicos o de una empresa del Estado, el organismo público o la empresa respectiva adoptará las medidas correspondientes, las que serán de su cargo si irrogaren gastos, para facilitar la comparecencia del testigo, sea que se encontrare en el país o en el extranjero.

Hay que tener en consideración que el fiscal ni su abogado asistente podrán exigir del testigo el juramento o promesa previstos en el artículo 306.

Por último, es necesario señalar que el único facultado para citar a los testigos es el fiscal, por lo que a su abogado asistente la realización de este trámite le está prohibida.

6.2. Anticipación de prueba

Antes de la modificación el artículo 191 del Código Procesal Penal señalaba:

Artículo 191.- *Anticipación de prueba.* Al concluir la declaración del testigo, el fiscal le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacerse la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

El artículo 2 N° 13 de la Ley N° 20.253 modificó el artículo 191 del Código Procesal Penal, por lo que luego de concluir la declaración del testigo -el fiscal o su abogado asistente, en su caso- le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

El nuevo artículo 191 se publicó mediante la ley en análisis en los siguientes términos:

Artículo 191.- *Anticipación de prueba.* Al concluir la declaración del testigo, el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en su caso, le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacerse la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro

obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

Es importante tener en consideración que si al momento de hacer dicha prevención por esos funcionarios, el testigo manifiesta la imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio oral, justificándola en los motivos señalados en el artículo 191, solamente el fiscal podrá solicitar al Juez de Garantía que se reciba la declaración de ese testigo anticipadamente. Esta modificación es una consecuencia lógica de la modificación al artículo 190 del Código Procesal Penal.

6.3. Lectura para apoyo de la memoria en la audiencia del juicio oral

Antes de la modificación realizada por la Ley N° 20.253, el artículo 332 del Código Procesal Penal disponía lo siguiente:

Artículo 332.- *Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral.* Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.
Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

El artículo 2 N° 19 de la Ley N° 20.253 modificó el artículo 332 del Código Procesal Penal, por lo que una vez que el testigo hubiese prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o su abogado asistente. El nuevo artículo 332 quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 332.- *Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral.* Sólo una vez que el acusado o el testigo hubieren prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal, el abogado asistente del fiscal, en su caso, o el juez de garantía, cuando fuere necesario para ayudar la memoria del respectivo acusado o testigo, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos, se podrá leer durante la declaración de un perito partes del informe que él hubiere elaborado.

Si no se hubiese realizado esta modificación, no tendrían mucho sentido las declaraciones prestadas por el testigo ante el abogado asistente del fiscal, siendo ella sólo una consecuencia lógica de la modificación de los artículos recientemente analizados.

6.4. Aspectos comunes de estas modificaciones

Estas modificaciones van en el mismo sentido que la analizada respecto a la modificación del artículo 132 de este cuerpo legal, puesto a que también están destinadas a liberar la carga del trabajo a los fiscales, otorgándoles mayores funciones a los abogados asistentes del fiscal.¹⁰⁷

Su inclusión fue producto de una indicación que propuso la Presidenta de la República, la señora Michelle Bachellet J., a la Comisión de Constitución del Senado.¹⁰⁸

El contenido de esta indicación fue otorgar mayores facultades a los abogados asistentes del fiscal en los términos señalados con anterioridad en esta misma letra.¹⁰⁹

Esta indicación fue aprobada en los mismos términos propuestos por el Ejecutivo, por lo dicho texto fue el publicado posteriormente como los numerales 12º, 13º y 19º del artículo 2º de la Ley N° 20.253.

Estas disposiciones regulan el procedimiento de declaración de testigos ante el Ministerio Público, las que podrán realizarse ahora ante el abogado asistente del fiscal.

La declaración de testigos ante este organismo es un acto que no tienen el carácter jurisdiccional, pero igualmente se resguarda la función que tiene el fiscal de dirigir la

¹⁰⁷ Vid. Supra P. 52.

¹⁰⁸ Ibídem. P. 255.

¹⁰⁹ Vid. Infra. P. 124.

investigación, ya que él solamente los podrá citar a comparecer a su presencia, facultad que le está vedada a su abogado asistente.

Eso sí, llama la atención que no sea necesario el requisito consistente en que el abogado asistente del fiscal debe estar *expresamente facultado* por este último para realizar dicha diligencia, tal como sucede en el caso de las actuaciones jurisdiccionales.

Es conveniente, para resguardar el principio de control y responsabilidad, que en la práctica sea necesaria la autorización del fiscal. De lo contrario estas actuaciones serían inconstitucionales y la prueba que se podría obtener anticipadamente de dicha declaración puede ser declarada ilegal por obtenerse con inobservancia de las garantías fundamentales.

7. Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, no existía la posibilidad de apelar a la resolución que declare la ilegalidad de la detención.

Con anterioridad, específicamente con la dictación de la Ley N° 20.074, el Senado intentó establecer esta posibilidad, indicación que en definitiva no prosperó con éxito.¹¹⁰

El numeral 5° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 permite la apelación en caso que el Juez de Garantía declare la ilegalidad de la detención respecto de algunos delitos, mediante la creación del nuevo artículo 132 bis del Código Procesal Penal, disposición que en definitiva establece:

Artículo 132 bis.- *Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención.* Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el sólo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable.

¹¹⁰ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Op. Cit. P. 223.

La modificación en comento fue promovida por el Ejecutivo, siendo parte del mensaje presidencial de esta ley.

Originalmente, se proponía esta modificación al final del Párrafo tercero del Título V del Libro Primero del Código Procesal Penal, es decir, como artículo 138 bis. El proyecto de ley enviado al Congreso proponía hacer una distinción entre los ilícitos graves y aquellos que no lo son, estableciendo la posibilidad de apelar respecto de la resolución que declara ilegal la detención respecto de los primeros.

Con relación a los delitos que no se consideran graves, no se contempló esta posibilidad debido a que el proyecto de ley establecía la facultad al fiscal y a su abogado asistente de formalizar y solicitar medidas cautelares en la misma circunstancia mediante la modificación al artículo 132.

El Mensaje consideraba como delitos graves al secuestro y la sustracción de menores; la violación y la violación de menores (intentando agregarlo en este proyecto de ley); el parricidio y el homicidio y, el robo con violencia o intimidación y el robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Es de vital importancia mencionar que el proyecto de ley proponía que el detenido no recuperase su libertad mientras la resolución que declaró la ilegalidad no se encontrase firme, por lo que dicha apelación debía concederse en ambos efectos.¹¹¹

En el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados durante el primer trámite constitucional, los Diputados Soto, Araya, Bustos y Ceroni presentaron una indicación cuyo fin consistía en que se concediera la apelación a esta resolución en el sólo efecto devolutivo.

La fundamentaron en el sentido que no se podía mantener una detención declarada ilegal por un Juez de Garantía por el hecho de existir una apelación pendiente y, porque además, al fiscal se le daba la oportunidad de optar entre formalizar la investigación y pedir medidas

¹¹¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 11. [consulta: 27 de agosto de 2008].

cautelares o interponer dicho recurso, lográndose un justo equilibrio que permitía que el detenido pudiese evadir a la justicia.

Por otro lado, esta Comisión decidió cambiar la ubicación de este artículo colocándolo como el 132 bis, ya que así se mantenía la ilación de las materias tratadas.

En el segundo trámite constitucional, producto de una indicación de la Presidenta de la República, la señora Michelle Bachellet J., se buscó agregar a la lista de los delitos por los cuales sería procedente la apelación en este caso, a los crímenes establecidos en la Ley N° 20.000, la que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

Además, en esta misma instancia, propuso que los abogados asistentes del fiscal pudiesen apelar a dicha resolución si están presentes en la audiencia de control de la detención.¹¹²

La segunda indicación fue aprobada en este trámite por el Senado; pero, la primera no, debido a que este órgano reemplazó la norma agregada por la Cámara por otra, la cual establecía que la resolución que declara la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal y por su abogado asistente, cualquiera sea el delito de que se trate, ampliando el ámbito de aplicación de esta norma.

En el tercer trámite constitucional, la Cámara de Diputados rechazó la sustitución de este artículo realizada por el Senado.

En este mismo trámite, se propuso en la Comisión Mixta por el Diputado Eluchans agregar al listado de delitos graves el robo por sorpresa. Por su parte, el Diputado Burgos estimó que era necesario que se incluyera a los ilícitos contemplados en la Ley N° 20.000, que tengan pena de crimen.

¹¹² *Ibidem.* P. 265.

En definitiva, esta Comisión Mixta logró un acuerdo que consistió en admitir el recurso de apelación contra la resolución que declare la ilegalidad de la detención, *en el solo efecto devolutivo*, interponiéndose este recurso solamente por el fiscal o su abogado asistente, y únicamente respecto de los ilícitos de secuestro (art. 141), sustracción de menores (art. 142), violación (art. 361), violación de menores (art. 362), violación calificada (art. 365 bis), parricidio (art. 390), homicidio (art. 391), robo con violencia o intimidación calificado (art. 433), robo con violencia o intimidación simple y robo por sorpresa (art. 436), robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación (art. 440), todos tipificados en el Código Penal; y de los ilícitos tipificados en la ley N° 20.000, que tengan asignada pena de crimen por la ley. Además, se llegó a un acuerdo político de evaluar esta norma luego de seis meses de su entrada en vigencia.¹¹³

Producto de este acuerdo se redactó el texto definitivo del artículo 132 bis del Código Procesal Penal que fue publicado en el numeral 5° de la Ley N° 20.253, luego que el Tribunal Constitucional en la sentencia de 29 de enero de 2.008, declarara constitucional esta disposición, aclarando que dicho recurso no solamente lo pueden interponer el fiscal o su abogado asistente, declarando que los demás intervinientes pueden ejercer el mismo derecho.¹¹⁴

Quienes defienden la inclusión de esta norma argumentan que no es conveniente que un asunto tan importante como la determinación de la legalidad de la detención sea materia de única instancia, por lo que el control que realizará la Corte de Apelaciones permitiría asentar la jurisprudencia en torno a qué se entiende por detención ilegal.¹¹⁵

Esta aseveración parte de un supuesto irreal, ya que es de público conocimiento que en las Cortes de Apelaciones existe disparidad de criterios entre los fallos procesales penales, por lo que este efecto práctico de unificar criterios no se solucionaría con la modificación en comento.

Por otro lado, esta posición no toma en cuenta que dicha solución recargará a las Cortes de Apelaciones, haciendo más lento el sistema y, lo más importante, no considera que en nuestro

¹¹³ *Ibíd.* P. 504 y 505.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional. 2008. Rol N° 1.001-2.007. Santiago. P.13.

¹¹⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 338. [consulta: 27 de agosto de 2008].

país no existe la regla del precedente, por lo que es ilusorio pensar que dichos tribunales van a dictar una jurisprudencia consistente que fije los requisitos para proceder al control de identidad y a la detención por flagrancia.¹¹⁶

Esta es una de las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.253 que han sido más criticadas. Ella va en contra de muchos principios por los cuales fue dictado el Código Procesal Penal.

El ex Defensor Penal Público, el señor Eduardo Sepúlveda, crítica esta modificación ya que quiebra la lógica de uno de los ejes fundamentales del sistema procesal penal, el cual entrega el deber de cautelar las garantías de los ciudadanos a un juez especial en única instancia, rompiendo, además, con el principio de inmediatez establecido en el código del ramo, debido a que le resta eficacia al control que realiza el Juez de Garantía en forma directa y cercana.¹¹⁷

Esta disposición es poco práctica porque el problema que se intenta resolver ya fue solucionado por la modificación realizada por el artículo 132 en mejores términos. Esto es, evitar automáticamente la liberación del detenido sin que el fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares. Por los motivos anteriormente explicados, es mejor solución la continuidad de la audiencia que la concesión del recurso de apelación que la declara ilegal.

El profesor Jorge Bofill critica esta reforma, señalando que antes de la modificación ya existían los recursos necesarios por parte del Ministerio Público para tratar de remediar el perjuicio causado cuando una resolución rechaza la adopción de una medida cautelar y excluye por ilícita una prueba en la audiencia de preparación del Juicio Oral, pudiendo interponerse el recurso de apelación contra estas dos resoluciones.¹¹⁸

Por último, la redacción adoptada como texto final por la Ley N° 20.253 es atentatoria a la garantía constitucional de igualdad en el ejercicio de los derechos, consagrada en el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución. Dicha modificación vulnera este derecho, ya que a

¹¹⁶ *Ibidem*. P. 338.

¹¹⁷ *Ibidem*. P. 42 y 277.

¹¹⁸ *Ibidem*. P. 339 y ss.

pesar de la interpretación que le dio el Tribunal Constitucional en lo que dice relación a que sólo los fiscales y sus abogados asistentes pueden interponerlo. Este tribunal declaró que ello “*no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho*”,¹¹⁹ por lo que está dando la misma posibilidad al querellante. La discriminación se produce debido a que ni el fallo del Tribunal Constitucional ni la ley, hacen referencia a que si la resolución que declara la *legalidad* de la detención puede ser apelada por todos los intervinientes. Con la interpretación del Tribunal Constitucional no se asegura la igualdad de las partes en el ejercicio de los derechos, ya que es ilógico que el imputado o su defensor apelen a la resolución que declara la ilegalidad de la detención.¹²⁰ En otras palabras, el Tribunal Constitucional les está otorgando a estos intervinientes un derecho que jamás ejercerán, sin ponerse en la situación de asegurar realmente la igualdad de las partes en esta fase del proceso.

En consecuencia, por los claros perjuicios que en la práctica esta modificación produce en el sistema instaurado por el Código Procesal Penal y, existiendo mejores soluciones para dicho problema tratadas por esta misma ley, es necesario la eliminación de este artículo del Código Procesal Penal.

8. Prisión preventiva

La prisión preventiva es considerada como una medida cautelar personal de naturaleza extraordinaria y excepcional, según se desprende de lo establecido en el artículo 139 del Código Procesal Penal.

Esta disposición establece que sólo procede cuando las demás medidas cautelares previstas por la ley fuesen insuficientes para asegurar la finalidad del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

¹¹⁹ Tribunal Constitucional. 2008. Rol N° 1.001-2.007. Santiago. P. 13.

¹²⁰ En este sentido, la Corte Suprema señaló que debiera contemplarse este recurso en contra de la resolución que se pronuncie sobre la legalidad de la detención y concederlo a todo interviniente a quien le cause perjuicio. Eso sí consideró que debería concederse en ambos efectos.

Esta medida cautelar personal consiste en un encarcelamiento que afecta directamente al derecho a la libertad personal, por lo que, desde la perspectiva de este derecho, no existe ninguna diferencia entre la prisión preventiva y la punitiva.¹²¹

La excepcionalidad de su procedencia se justifica debido a que no debe transformarse en una pena, encontrando su origen en los principios de presunción de inocencia, de prohibición de excesos y de proporcionalidad.¹²²

Principalmente esta institución está ligada a la presunción de inocencia, por este motivo, su procedencia estaría fundada en el cumplimiento de finalidades distintas de las perseguidas por la pena, debiendo asegurar solamente objetivos de carácter procesal.¹²³ Si así no fuese, ella se convertiría en una “anticipación de la pena”, vulnerando el principio de inocencia consagrado en el artículo 4 del Código Procesal Penal. Hay que tener especialmente presente que este principio obliga a eliminar todas las formas de prejuzgamiento judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto del imputado.¹²⁴

La Ley N° 20.253 realiza muchas modificaciones a esta medida cautelar. Por la importancia que le otorga el Código Procesal Penal en su regulación y por la naturaleza de las modificaciones, a continuación se tratarán cada una de estas modificaciones por separado, iniciando el análisis en lo que dice relación a los requisitos que tienen que proceder para poder decretarla.

8.1. Requisitos para ordenar la prisión preventiva

Según Julián López Masle, los requisitos generales de la prisión preventiva se pueden estudiar mediante el análisis de los requisitos necesarios para la procedencia de cualquier medida

¹²¹ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P 390.

¹²² NUÑEZ VASQUEZ, CRISTOBAL. Op. Cit. P. 300.

¹²³ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 389 y ss.

¹²⁴ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Op. Cit. P. 280.

cautelar personal, siendo necesario que concurra el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* para que ellas sean decretadas.¹²⁵

En el Código Procesal Penal los requisitos necesarios para que proceda están establecidos en su artículo 140. Antes de su modificación por la Ley N° 20.253, este artículo señalaba:

Artículo 140.- *Requisitos para ordenar la prisión preventiva.* Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que traten, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

¹²⁵ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 400 y ss.

El numeral 7º del artículo 2 de la Ley Nº 20.253 reemplazó esta norma por una totalmente nueva. En consecuencia, el nuevo artículo 140 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 140.- *Requisitos para ordenar la prisión preventiva.* Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:

a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieran presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existen antecedentes calificados que permitieran al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieran presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Quien propuso la modificación a este artículo fue el Ejecutivo mediante el mensaje presidencial de la ley en análisis.

Mediante el proyecto de ley enviado al Congreso, la Presidenta de la República pretendía introducir precisiones a esta institución, las que, a su juicio, estimaba como necesarias para lograr una mejor defensa del interés social.

Con dicho propósito en mente, estimó que era necesario introducir situaciones legales constitutivas de peligro para la sociedad, las que no podría obviar el Juez de Garantía al momento de determinar si se cumplen los requisitos para decretar la prisión preventiva. Estas situaciones eran:

- Cuando los delitos imputados sean aquellos señalados en el artículo 78 del Código Penal.
- Cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere o no cumplido.
- Cuando el imputado se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

En el mensaje presidencial se precisó que era necesario introducir dichas modificaciones, debido a que son estas situaciones las que contribuyen a incrementar la sensación de inseguridad.

A pesar de lo anterior, el proyecto de ley consideraba que le correspondería a los Jueces de Garantía ponderar cada uno de los antecedentes que les permitirán definir si se somete al imputado a esta medida cautelar o que no representa un peligro para la sociedad, a pesar de reunir el hecho constitutivo de delito los requisitos indicados por la ley para decretarla.¹²⁶

¹²⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 12. [consulta: 01 de septiembre de 2008].

La Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados aprobó esta modificación en los mismos términos del texto propuesto por el Ejecutivo.

El texto definitivo de este nuevo artículo fue adoptado por las indicaciones formuladas por los Senadores Alvear, Espina y Larraín, en el seno de la Comisión de Constitución del Senado.

La Senadora Alvear propuso que el peligro de fuga del imputado se constituyera como una justificación general de la prisión preventiva, explicitándolo como una nueva categoría que constituye *periculum in mora*, junto con el éxito de la investigación, la seguridad de la sociedad o el ofendido.

Por su parte, los Senadores Espina y Larraín propusieron nuevos elementos interpretativos para determinar cuando la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad.

A continuación, se analizarán cada una de las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.253 al artículo 140 del Código Procesal Penal:

a) *Existencia de peligro que el imputado se dé a la fuga:*

El profesor Cristián Maturana Miquel sostiene que la finalidad de evitar la fuga del imputado es la que “más se acerca a la función cautelar de la prisión provisional”, sin ella la sociedad se vería imposibilitada de hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado emanada de la comisión del delito, evitándose que se suspenda el proceso por rebeldía y ulteriormente, a la dictación de la sentencia definitiva.¹²⁷

La modificación propuesta por la Senadora Alvear fue incorporada en la letra c) del artículo en análisis.

¹²⁷ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN. Op. Cit. P. 317 y ss.

Antes de la modificación, el peligro de fuga no era considerado como una justificación general de esta medida cautelar, pero sí como una justificación implícita de ella, por lo que requería previamente la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado, siendo facultativo para el Juez de Garantía su establecimiento (art. 33 inc. 3° CPP).¹²⁸

Por este motivo, su procedencia sólo se justificaba cuando las demás medidas cautelares eran consideradas como insuficientes para satisfacer los fines del procedimiento, ya que el código del ramo contemplaba medidas cautelares específicas que tienen como fin principal asegurar la comparecencia del imputado y evitar el peligro de fuga, como las señaladas en el artículo 155 del Código Procesal Penal y la detención, pudiendo ser consideradas en esta sede como una justificación general para su procedencia.¹²⁹ Lo anterior es una aplicación de los principios de necesidad y excepcionalidad, contemplado en el inciso 2° del artículo 139 del mismo cuerpo legal.

La modificación realizada por la Ley N° 20.253 no tiene mayor importancia práctica, incluso es redundante. La inclusión de esta categoría no altera la realidad jurídica, por lo que el Juez de Garantía, al momento de declarar la prisión preventiva por dicha causa, deberá justificar su procedencia sólo cuando las demás medidas cautelares fuesen insuficientes para satisfacer los fines del procedimiento, según lo dispone el artículo 139 del Código Procesal Penal. Es necesario tener claro por qué no se ve modificada la realidad jurídica, señalando a continuación los argumentos que sostienen esta posición:

1. El bien jurídico que se intenta proteger con esta modificación es garantizar la presencia del imputado al juicio.

¹²⁸ Hay que tener especialmente presente que el peligro de fuga está muy relacionado con la necesidad de asegurar la comparecencia del imputado, necesidad que no estaba ni está considerada como una justificación general de la procedencia de esta medida cautelar.

¹²⁹ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 412.

Julián López M. sostiene que ella busca “mantener la presencia del imputado en el proceso declarativo y asegurar su presencia a los efectos de la ejecución de la pena que en su caso se dictara”.¹³⁰

Respetando los principio de necesidad y excepcionalidad, no se puede desconocer que las medidas cautelares del artículo 155, junto con la detención, aseguran de la misma manera la comparecencia del imputado al juicio, procediendo sólo la prisión preventiva cuando el Juez de Garantía estime que esas otras medidas cautelares personales son insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

2. La Ley N° 20.253 no establece que se entenderá por peligro de fuga, y solamente señala que el peligro de fuga existirá conforme a los incisos siguientes a la letra c) del artículo 140.

Los incisos aludidos establecen lo qué entiende la ley por éxito de la investigación, por seguridad de la sociedad y seguridad del ofendido, realizando una remisión implícita al inciso segundo del artículo 139.

En consecuencia, se deberá decretar la prisión preventiva sólo cuando exista un peligro de fuga que impida asegurar las finalidades del procedimiento, asegurándose así su presencia en el proceso declarativo y los efectos de la ejecución de la pena que en su caso se dictara.

3. En nuestro Derecho, la prisión preventiva para garantizar la comparecencia del imputado al juicio está vinculada a dos disposiciones legales:

- Artículo 33, inciso tercero del CPP: Esta disposición es la que fija la regla general para decretar la prisión preventiva en caso de incomparecencia del imputado, mediante esta norma se faculta al Juez de Garantía para ordenar la detención o la prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva del imputado que no comparezca injustificadamente cuando fuera citado a llevar a cabo una actuación ante el tribunal, el cual le ordenará su comparecencia.

¹³⁰ *Ibidem*. P. 409.

- Artículo 141, inciso cuarto del CPP: Esta disposición faculta al Juez de Garantía a decretar la prisión preventiva cuando:
 - El imputado incumpliere alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo sexto, título quinto, libro primero del Código Procesal Penal. Además la medida debe haber sido decretada con el objeto de asegurar la comparecencia del imputado.¹³¹
 - El imputado incumpliere con su obligación de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, o de presentarse a los actos del procedimiento, inmediatamente que fuese requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123.
 - El imputado no haya asistido a la audiencia del juicio oral.

Por estas razones, no se puede establecer el peligro de fuga del imputado como una justificación general de la prisión preventiva, tal como se señala en la nueva letra c) del artículo 140.

Para decretar la prisión preventiva por esta causa se deberá cumplir con los requisitos señalados en los artículos 139, 33 y 141, requiriéndose previamente la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado, manteniéndose sólo como una justificación implícita.

b) Nuevos factores para determinar que si existe peligro para la sociedad.

Esta medida cautelar ha sido bastante discutida a lo largo de la historia del Derecho Procesal Penal, debido a que se la justifica mediante un criterio abstracto, relacionado con la función de prevenir la comisión de ulteriores delitos por parte del imputado, lo que la convierte en una medida destinada a proteger la seguridad de la sociedad en general y no el éxito del proceso.

¹³¹ *Ibidem.* P. 411.

La regulación de esta medida cautelar personal en el Código Procesal Penal aparece manifiestamente contraria los Tratados Internacionales ratificados por Chile, especialmente el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El primero de ellos señala que la prisión preventiva no debe ser la regla general, pero la libertad de las personas puede estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, en la ejecución del fallo.

Por su parte, la Convención Americana señala que la libertad puede estar condicionada a garantías que aseguren la comparecencia de las personas detenidas o retenidas en el juicio.

No se puede dejar de mencionar que la regulación constitucional de esta medida cautelar es totalmente contraria a lo dispuesto en los Tratados recientemente mencionados, puesto que el artículo 19 N° 7 letra e) señala que procederá la prisión preventiva cuando el juez la considere necesaria para la investigación, para la seguridad del ofendido o de la sociedad, delegando en el legislador los requisitos y modalidades para obtenerla.

A la luz de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Chile, es posible concluir que el tratamiento legislativo de la prisión preventiva presenta graves problemas de constitucionalidad, toda vez que se autoriza esta medida cautelar sobre la base de finalidades que no están reconocidas por dichos Tratados, encontrando el único sustento en las disposiciones de la Constitución.¹³²

Si nos centramos únicamente en la finalidad consistente en proteger la seguridad de la sociedad, podemos concluir que se está protegiendo este bien jurídico con la intención evitar que el imputado ejecute otros delitos. Ferrajoli señala que esta finalidad hace recaer sobre el

¹³² *Ibidem.* P. 397.

imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, siendo equivalente a una presunción de culpabilidad.¹³³

Esta justificación es totalmente contradictoria con el principio de presunción de inocencia, consagrado en el artículo 4 del Código Procesal Penal, y en ella puede notarse claramente la búsqueda de finalidades penales más que procesales, pasando a convertirse en una medida de control social más que cautelar. Por este motivo que dicha finalidad no está reconocida por los Tratados Internacionales antes individualizados, los cuales están vigentes en Chile. Es una obligación de los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, debido a que los derechos esenciales que ellos consagran son una limitación al ejercicio de la soberanía, según lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, y que además, son fuentes del código procesal en análisis.

Al no cumplirse con el mandato constitucional del artículo 5, es posible concluir basándose en estos Tratados que la modificación propuesta por la Ley N° 20.253 es contraria a la Constitución, siendo posible recurrir de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pudiendo este tribunal declararla inconstitucional. Por este motivo esta nueva norma puede ser objeto de un recurso de inaplicabilidad ante el Tribunal Constitucional, el cual teniendo en cuenta los argumentos recientemente dados podría acogerlo y, con posterioridad, declararlo inconstitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 93, inciso primero, numeral sexto y séptimo, puesto que este precepto no fue objeto del control de constitucionalidad efectuado por este mismo tribunal el 17 de enero de 2.008, haciendo posible el cuestionamiento de esta norma ante este tribunal. Incluso es posible recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos si el Tribunal Constitucional declara inadmisibile o rechaza esta pretensión, de acuerdo a lo establecido en los artículos 61 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Ley N° 20.253 modifica los criterios que debe tener en cuenta el juez para decretar la prisión preventiva por esta causa, mediante la modificación del inciso tercero del artículo en

¹³³ FERRAJOLI, LUIGI. 1995. Derecho y razón. Trotta, Madrid. P. 553, citado por HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 413.

análisis y con la creación de un nuevo inciso cuarto, el cual se intercaló en este artículo, pasando el antiguo a ser el inciso quinto de dicha disposición.

La modificación en análisis crea dos categorías de criterios que debe tener en cuenta el juez.

La primera fija criterios respecto del hecho delictual que motiva la prisión preventiva y la segunda categoría fija criterios de peligrosidad respecto de la persona misma del imputado, a excepción del criterio consistente a que si el delito que se imputa tiene pena de crimen en la ley, que se relaciona más con la primera categoría.

Antes de la modificación, el profesor López había sostenido con justa razón que el Código Procesal Penal entiende al peligro para la seguridad de la sociedad como un peligro de reincidencia y como necesidad de defensa social, motivos que dejan en evidencia la contradicción con los Tratados Internacionales ratificados por Chile, representando un control social ilegítimo que puede ser objeto de revisión de su constitucionalidad al amparo de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado de Chile.¹³⁴

El argumento de López no deja de ser actual, ya que nuestro legislador para hacer efectiva la prisión preventiva por peligro para la sociedad, todavía toma en consideración motivos relacionados con la reincidencia del imputado y con la necesidad de evitar nuevos delitos por parte de éste, fines que se alejan de la funcionalidad procesal de esta medida cautelar y que se asocian mayormente con el derecho penal, constituyéndose en una anticipación de la pena que vulnera claramente el principio de presunción de inocencia.

Por este motivo, los criterios de peligrosidad establecidos en el inciso tercero y ss. del artículo 140 son inconstitucionales antes y después de la reforma propuesta.

De todas formas, se hace necesario analizar los motivos que tuvo el legislador en mente para llevar a cabo esta modificación.

¹³⁴ HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. Op. Cit. P. 416.

1. Criterios respecto del hecho delictual que motiva la prisión preventiva:

Ellos están establecidos en el inciso tercero del artículo 140 y en el inciso cuarto del mismo, pero solamente en lo que hace referencia a que si el delito imputado tiene asignada una pena de crimen en la ley que lo consagra. Por consiguiente los criterios son:

- La gravedad de la pena asignada al delito.
- El número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos.
- La existencia de procesos pendientes.
- El hecho de haber actuado en grupo o pandilla.
- Si el delito imputado tiene asignado pena de crimen en la ley que lo consagra.

El último criterio está mal ubicado debido a que debería estar en el inciso tercero de esta norma y no en el cuarto, además que es complementario al criterio consistente en la gravedad de la pena, por lo que debería haberse realizado dicho complemento en el mismo inciso tercero.

El legislador utiliza criterios orientadores justificándolos en *el peligro de reincidencia por parte del imputado* cuando se refiere a la existencia de procesos pendientes.

La idea de necesidad de *defensa social* se ve reflejada cuando el legislador utiliza como criterios orientadores la gravedad de la pena asignada al delito, el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos, el hecho de haber actuado en grupo o pandilla y si el delito imputado tiene asignado pena de crimen en la ley que lo consagra. Esta motivación más que nada intenta proteger a la sociedad de posibles futuros delitos y no busca lograr el éxito de la investigación. La modificación no es acorde al principio de la instrumentalidad de las medidas cautelares, consagrado en el inciso primero del artículo 122 del Código Procesal Penal, el que señala que “*sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la*

realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.”

Es bastante peligroso el último criterio señalado, ya que no existirá por parte del Juez de Garantía un examen de las circunstancias concretas para determinar la prisión preventiva.

La fórmula legal que entiende que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad “*cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra*”, está constituyendo una prisión preventiva casi automática, ya que se limita bastante el campo argumentativo de los jueces. Incluso, es un paso atrás en nuestro sistema democrático, puesto que es muy similar al sistema que imperaba con el Código de Procedimiento Penal, el cual, una vez dictado el auto de procesamiento, convertía casi automáticamente a la detención en prisión preventiva.¹³⁵

Es importante tener presente en cuanto al ámbito de aplicación de esta norma, al ex Fiscal Nacional y profesor, don Guillermo Piedrabuena R., quien nos señala que esta modificación hay que relacionarla con la letra a) del artículo 141 del Código Procesal Penal; la cual hace improcedente esta medida cautelar cuando el delito imputado estuviese sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, debiendo denegarse en estos casos la prisión preventiva.¹³⁶ Esta aclaración es importante puesto que existen delitos que tienen pena de crimen, los cuales no importan privaciones o restricciones de libertad, cuyas condenas consisten en privaciones de derechos como inhabilitaciones para desempeñar oficios, profesiones, derechos políticos, etc.

2. Criterios de peligrosidad respecto de la persona misma del imputado:

Estos criterios están establecidos en el nuevo inciso cuarto del artículo 140, con excepción del que hace referencia a que si el delito imputado tiene asignada una pena de crimen en la ley que lo consagra. Por consiguiente los criterios son:

¹³⁵ Artículo 277 del Código de Procedimiento Penal.

¹³⁶ PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO. Op. Cit. P. 184.

- Si el imputado ha sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no.
- Si se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Estos dos criterios están justificados en el *peligro de reincidencia del imputado*, por lo que su establecimiento no satisface fines procesales. Parece bastante claro que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal no ha podido hacer imperar a la libertad durante el proceso como la regla general. Todas estas modificaciones propuestas son un claro reflejo que todavía domina la idiosincrasia del sistema anterior, tal como señala el profesor López, hoy hay menos prisión preventiva que en el sistema anterior y mayor cantidad de condenas, lo que demuestra que el sistema funciona. Además, con las reformas legales se está vulnerando claramente el principio de inocencia, por lo que hay que tener claro que con dichas modificaciones también caerán en prisión personas que no han cometido ningún delito. El mismo profesor señala que en el año 2.005 el 27,1% de las personas absueltas estuvieron en algún momento en prisión preventiva, porcentaje que se elevó al 30,6% en el año 2.006.¹³⁷

Por otro lado el primer criterio puede llevar a muchas injusticias, ya que con éste un imputado que haya cumplido una condena por un delito que tiene una pena baja, con este criterio bastará que el imputado cometa un delito que tenga contemplada una pena levemente superior para que proceda automáticamente la prisión preventiva.

El segundo criterio propuesto puede ser considerado válido en el sentido de evitar el peligro de fuga del imputado, debido a que incumplió alguna de las medidas cautelares contempladas en el párrafo sexto, título quinto, libro primero del Código Procesal Penal, pero esa medida debe haber sido decretada con el objeto de asegurar la comparecencia del imputado,

¹³⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 288. [consulta: 11 de septiembre de 2008].

según lo dispuesto por el artículo 141 inciso cuarto del Código Procesal Penal. En el caso que el imputado esté gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley y que quebrante dichos beneficios, sólo será procedente la prisión preventiva en lo que dice relación al quebrantamiento de las obligaciones que se le imponen al condenado en la ejecución de la pena alternativa a la que se somete, ya que no se le puede revocar por el sólo ministerio de la ley cuando comete un nuevo crimen o simple delito, tal como lo señala el artículo 26 de la Ley N° 18.216, toda vez que para que suceda lo anterior es necesaria una sentencia de un tribunal con jurisdicción y competente en dicha materia para proceder a su revocación. Interpretar de otra manera esta disposición sería establecer una presunción de reincidencia, la que atenta contra el principio de inocencia consagrado en el Código Procesal Penal. En consecuencia, no se puede decretar la prisión preventiva por el incumplimiento de alguna medida cautelar cuyo objeto no haya sido asegurar la comparecencia del imputado, debido a que el objeto de esta medida cautelar debe ser de carácter procesal y no de prevención especial negativa. Por este motivo, esta modificación vulnera el principio de la instrumentalidad de las medidas cautelares.

8.2. Modificación y revocación de la resolución sobre la prisión preventiva.

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 144 de este cuerpo legal señalaba:

Artículo 144.- *Modificación y revocación de la resolución sobre la prisión preventiva.* La resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento.

Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá rechazarla de plano; asimismo, podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida. En todo caso, estará obligado a este último procedimiento cuando hubieren transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva.

Si la prisión preventiva hubiere sido rechazada, ella podrá ser decretada con posterioridad en una audiencia, cuando existieren otros antecedentes que, a juicio del tribunal, justificaren discutir nuevamente su procedencia.

El numeral 8° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó el inciso segundo de esta norma. En consecuencia, el nuevo inciso segundo del artículo 144 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

“Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá rechazarla de plano; asimismo, podrá citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida”.

Esta modificación fue propuesta por el Ejecutivo en el mensaje de la Ley N° 20.253. Durante su tramitación en el Congreso ella nunca fue modificada, por lo que el texto publicado fue el mismo que el propuesto en el Mensaje Presidencial.

Hasta antes de la modificación, el Juez de Garantía estaba obligado a citar a una audiencia destinada a debatir sobre la subsistencia de los requisitos que justifican su mantención, cuando el imputado solicitare su revocación, obligación que sólo debía cumplir una vez transcurridos dos meses desde la última oportunidad en que se debatió sobre el tema.

Con la modificación se suprime la obligatoriedad de la citación una vez transcurrido dicho período, pudiendo el juez rechazar la solicitud de plano.

No se entiende la finalidad de esta medida, ya que es totalmente lógico que el imputado tuviese derecho a revisar si se mantenían las condiciones que llevaron a la privación de su libertad una vez transcurrido un plazo razonable, obligando al Juez de Garantía a fijar una audiencia para dicho efecto, el cual la ley había fijado en dos meses.

La modificación deja a los Jueces de Garantía un margen de discrecionalidad sin control alguno, ya que podrán decidir de plano sin tener que justificar en mayor medida dicha decisión de mantención o revocación.

Esto produce una reducción de las posibilidades de recurrir de apelación, ya que no se podrá apelar debido a que la resolución adoptada por el juez no fue dictada en una audiencia,

vulnerándose los derechos que los mismos jueces deben velar a las personas que intervienen en el proceso.

Parece extraño que esta modificación tan inconveniente haya sido objeto de tan poca discusión en el Congreso, siendo sólo objeto de dos indicaciones en el Senado las que fueron rechazadas.¹³⁸

Con la modificación se dañan gravemente los derechos de los intervinientes en el proceso, por lo que es conveniente volver a la antigua redacción de este artículo, obligando al Juez de Garantía a citar a una audiencia para revisar las circunstancias que motivaron la prisión preventiva.

8.3. Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, la resolución que ordenaba, mantenía, negaba o revocaba la prisión preventiva no era susceptible de recurso alguno cuando el Juez de Garantía la había decretado de oficio, pero podía ser apelable cuando fuese dictada por el juez en una audiencia oral.

Además, según lo establecido por el artículo 368 del Código Procesal Penal, la apelación se concedía en el sólo efecto devolutivo.

Lo anterior se colegía del artículo 149 de este cuerpo legal, el cual señalaba:

Artículo 149.- *Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva.* La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.

¹³⁸ De los Senadores Alvear y Horvath.

El numeral 9° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 agregó dos nuevos incisos a esta norma, ubicados posteriormente después del inciso primero.

En consecuencia, el nuevo inciso segundo del artículo 149 del Código Procesal Penal dispone que la libertad del imputado no podrá hacerse efectiva mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, debiendo deducirse el recurso de apelación en la misma audiencia, pero solamente respecto de los delitos de secuestro (art. 141), sustracción de menores (art. 142), violación (art. 361), violación de menores (art. 362), violación calificada (art. 365 bis), parricidio (art. 390), homicidio (art. 391), robo con violencia o intimidación calificado (art. 433), robo con violencia o intimidación simple y robo por sorpresa (art. 436), robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación (440) tipificados en el Código Penal, y los ilícitos de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen.

El nuevo inciso tercero señala que el recurso gozará de preferencia para su vista y fallo, debiendo agregarse extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso o más tardar a la del día siguiente hábil, estableciendo que cada Corte de Apelaciones deberá mantener una sala de turno para que conozca de éstas en días feriados.

Por último, otorga a la Corte de Apelaciones la facultad de decretar orden de no innovar contra la resolución que dispone la libertad del imputado, para evitar su posible fuga.

En consecuencia, el nuevo artículo 149 quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 149.- *Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva.* La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.

Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la ley N° 20.000, que tengan pena de crimen, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación

contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.

En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante. (Lo destacado corresponde a los nuevos incisos agregados por la Ley N° 20.253).

Esta modificación fue promovida en un principio por el Ejecutivo, siendo parte del mensaje presidencial de esta ley.

El proyecto de ley enviado al Congreso proponía que la resolución que negare o revocare la prisión preventiva no surtiera efectos respecto de la libertad del imputado mientras ella no se encontrase firme, evitando el peligro de fuga cuando el tribunal de alzada realizare el control de dicha resolución, como nuevo inciso segundo. Además, proponía como nuevo inciso tercero, que en los casos de delitos graves, tipificados en el artículo 78 bis del Código Penal, el imputado cuya prisión preventiva se negase o revocase quedará siempre sujeto a la medida cautelar del artículo 155 letra b), sin perjuicio de las reglas sobre sustitución de medidas cautelares establecidas en el artículo 145 de este mismo código.

En el primer trámite constitucional en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, por indicaciones de los Diputados Burgos y Bustos se eliminó el nuevo inciso segundo, pasando a ocupar su lugar el que proponía el ejecutivo como nuevo inciso tercero en el mensaje presidencial, pero el imputado sólo quedaría sujeto a la medida cautelar del artículo 155 letra b) mientras no se encontrase ejecutoriada la resolución que revoca la prisión preventiva, sin aplicarse las reglas sobre sustitución de medidas cautelares establecidas en el artículo 145.

Quien propuso la redacción que comenzó a dar la forma al nuevo inciso segundo fueron los Senadores Espina y Larraín en la Comisión de Constitución del Senado, quienes señalaron que este nuevo inciso tiene por finalidad impedir que los imputados sean puestos en libertad

cuando los Jueces de Garantía desechen decretar la prisión preventiva de detenidos por los delitos que en esa disposición se señalan, mientras no se pronuncie y la Corte de Apelaciones respectiva en los casos en que se recurra de apelación.¹³⁹

En el tercer trámite constitucional, en el seno de la Comisión Mixta, el Diputado Burgos señaló que era necesario establecer un mecanismo que asegurara que la apelación se viera con la máxima rapidez en la Corte de Apelaciones.¹⁴⁰ Es por este motivo que se agregó las preferencias que gozará la tramitación de este recurso en la Corte de Apelaciones, en la cual incluso se le impone a este tribunal establecer una sala de turno para que conozca de ella en días feriados.

Respecto al nuevo inciso tercero, éste fue propuesto por los Senadores Espina y Larraín, quienes estimaron que en los casos en que no se aplicara el inciso anterior, sería necesario otorgarle a la Corte de Apelaciones la facultad de dictar una orden de no innovar, con el propósito de evitar la fuga del imputado.¹⁴¹

Esta modificación, a pesar de haber pasado el control de constitucionalidad, es de cuestionable legitimidad ante la Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile. Además, la sentencia del Tribunal Constitucional que declara a este precepto acorde con la constitución deja mucho que desear, ella solamente se remite a señalar lo siguiente en su considerando octavo:

“OCTAVO. Que los preceptos contenidos en el artículo 2º, N° 9, del proyecto en análisis, forman parte de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 77, incisos primero, segundo y séptimo, de la Constitución, en atención a que confieren nuevas atribuciones a los tribunales establecidos por la ley para ejercer jurisdicción.”¹⁴²

A pesar de lo anterior, no se puede dejar de mencionar el voto de minoría de los Ministros Hernán Vodanovic S., Mario Fernández B. y Jorge Correa S., quienes están por

¹³⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 360. [consulta: 11 de septiembre de 2008].

¹⁴⁰ *Ibíd.* P. 506.

¹⁴¹ *Ibíd.* P. 360.

¹⁴² Tribunal Constitucional. 2008. Rol N° 1.001-2.007. Santiago. P. 7 y 8.

declarar inconstitucional el inciso segundo de este precepto en consideración a los siguientes argumentos:¹⁴³

- El efecto producido por esta norma de mantener privada de libertad a una persona en contra de la decisión del único juez que se ha pronunciado a su respecto es contrario a lo dispuesto en la letra e) del numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución. Es contrario porque la Carta Fundamental asegura que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesario para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. Por consiguiente, la Constitución no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público que interpuso un recurso de apelación.
- La letra c) del numeral séptimo del artículo 19 de la Constitución asegura a toda persona que no podrá ser arrestada ni detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley. Por lo que la única autoridad competente para decretar lo anterior es el Juez de Garantía luego que el imputado haya sido puesto a su disposición, por lo que él no podrá permanecer privado de libertad en contra la orden de dicha autoridad.

Es interesante señalar que estos Ministros señalan que esta situación se puede dar incluso en el supuesto que el Juez de Garantía haya declarado ilegal la detención y que posteriormente haya denegado la solicitud de prisión preventiva por parte del Ministerio Público.

Es clara la vulneración a la presunción de inocencia respecto de la apelación de la resolución que rechazare o revocase la solicitud de prisión preventiva mientras se resuelve dicho recurso. La concesión de este recurso en ambos efectos carece de la justificación necesaria, debido a que si el Juez de Garantía no encontró motivos para privar de libertad al imputado detenido, no sería necesario mantenerlo en prisión. Es importante señalar que este recurso se concederá de forma especial en ambos efectos solamente en contra de la resolución que negare o revocare la prisión preventiva respecto del imputado que haya sido puesto a disposición del

¹⁴³ *Ibidem*. P. 39 y 40.

tribunal en calidad de detenido, debiendo interponerse en la misma audiencia por el interviniente agraviado, puesto que en el nuevo inciso segundo de esta norma se señala que no se aplicará cuando “*el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido*”.

El ex Fiscal Nacional, don Guillermo Piedrabuena R., considera que este recurso especial de apelación puede ser interpuesto independientemente si la detención haya sido declarada ilegal, justifica esta interpretación señalando que la ley no distingue y que la única circunstancia para que sea aplicable este recurso especial es el hecho que la persona *haya sido puesta a disposición del tribunal en calidad de detenido*.¹⁴⁴ Esta interpretación es bastante discutible, por cuanto el derecho no puede estar amparando con este recurso especial a situaciones declaradas ilegales por un Juez de Garantía. Si la detención fue declarada ilegal el detenido fue llevado ante un tribunal de la República mediante el uso de fuerza ilegítima y vulnerando sus derechos ciudadanos. En esta situación, la actuación del fiscal deberá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 132 del Código Procesal Penal, es decir, puede formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, pudiendo apelar a la resolución que declare la ilegalidad de la detención o que rechace la solicitud de prisión preventiva en el sólo efecto devolutivo, tal como lo facultan los artículos 132 bis y 149 inciso primero del mismo cuerpo legal, respectivamente.

Por último, no está de más señalar que cuando el imputado llega a la audiencia libremente y sin estar detenido, la apelación contra la resolución que negare la prisión preventiva debe regirse por las reglas generales establecidas en el inciso primero de la norma en análisis, esto es, que se conceda conforme a la regla general en el solo efecto devolutivo

Esta norma va mucho más allá que lo dispuesto en el artículo 140, en lo que dice referencia a los criterios que entiende el Código Procesal Penal por seguridad de la sociedad, ya que en este caso se decreta o mantiene la prisión preventiva por el sólo hecho de interponerse el recurso de apelación en contra de la resolución que la rechaza o revoca.

¹⁴⁴ PIEDRABUENA RICHARD, GULLERMO. Op. Cit. P. 189.

Tal como lo señalan los Ministros disidentes del Tribunal Constitucional, esta justificación no encuentra sustento en la Constitución ni menos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos vigentes en Chile, debido a que en ellos sólo se acepta la prisión preventiva cuando es necesario asegurar la comparecencia del imputado, tal como lo señalan el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 7º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Con respecto al nuevo inciso tercero, se puede argumentar en el mismo sentido, considerando esta disposición inconstitucional por vulnerar la garantía de igual protección en el ejercicio de los derechos, garantía consagrada en el artículo 19 N° 3 de la Constitución. La vulneración se produce por cuanto esta norma en su inciso cuarto le delega al legislador y lo obliga a “*establecer siempre las garantía de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”, concluyendo que este mandato no se cumple con los argumentos recientemente dados.

Lamentablemente esta norma fue objeto de un pobre análisis por el Tribunal Constitucional cuando realizó el control de constitucionalidad de la ley análisis en la sentencia de fecha 17 de enero de 2.008, por lo que es poco probable que esta norma pueda ser objeto de un nuevo control represivo a través del recurso de inaplicabilidad ante este mismo tribunal. En todo caso, es posible recurrir ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos si el Tribunal Constitucional declara inadmisibile o rechaza este recurso de inaplicabilidad, de acuerdo a lo establecido en los artículos 61 y ss. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, justificándose dicha acción en el hecho que el Estado chileno no ha respetado ni promovido los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por Chile y vigentes en su territorio (a los cuales se hizo referencia recientemente), incumpliendo el mandato constitucional establecido en el inciso segundo del artículo 5º de la Constitución, por lo que en definitiva es posible recurrir ante este tribunal internacional.

Es importante destacar que el Tribunal Constitucional recientemente ha conocido un recurso de inaplicabilidad, declarando este recurso admisible considerando que puede revisarse la constitucionalidad de una norma por el perjuicio que su aplicación en concreto puede causar a

los derechos fundamentales, sin perjuicio que en el control de constitucionalidad ella haya sido declarada constitucional, por cuanto en este control solamente se realizó un cuestionamiento en abstracto de esta norma. A pesar de lo anterior, este recurso fue rechazado porque la mayoría de este tribunal consideró que el requerimiento de inaplicabilidad era de carácter abstracto, sin realizar un análisis concreto del daño que esta norma provocaba en los derechos fundamentales del imputado.¹⁴⁵

No se puede dejar de tener presente que la Corte Suprema, por medio del Oficio N° 362 de 16 de noviembre de 2.007, realizó un informe respecto de los efectos prácticos que traería esta disposición.

El máximo tribunal informó que estos nuevos incisos le parecen adecuados, salvo aquello que dispone que cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca de las apelaciones en días feriados, puesto que consideran innecesario que el recurso sea *“agregado extraordinariamente a la tabla en el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil”*.

Este tribunal considera que lo referente al agregado sobre la instalación de sala de turno pueda deberse a un error de redacción, *“puesto que de la sola lectura anterior aparece que no se ha querido disponer un funcionamiento extraordinario como éste, porque es innecesario si se piensa que la agregación extraordinaria ha de hacerse para el día siguiente hábil”*,¹⁴⁶ considerando que en el procedimiento penal no existen días inhábiles, según lo dispuesto en el artículo 14 del código del ramo. Por último, previno que varias Cortes de Apelaciones en Chile cuentan con una sola sala, por lo que con dicha exigencia, se produciría un fenómeno de turno permanente.

Quienes defienden la inclusión de este inciso argumentan que es necesario para evitar la fuga de los imputados entre que se dicta la resolución por el Juez de Garantía y se falla el recurso de apelación por el tribunal de alzada competente. Este argumento no tiene sustento,

¹⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2005. Rol N° 1.065-2.008. Santiago. P. 21.

¹⁴⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 549. [consulta: 01 de octubre de 2008].

porque tal como se sostuvo en la modificación al artículo 140,¹⁴⁷ para que sea necesaria la prisión preventiva por peligro de fuga se debe cumplir con los requisitos señalados en los artículos 139, 33 y 141, por lo que será necesario que previamente exista la incomparecencia del imputado a algún acto del procedimiento al que haya sido debidamente citado.

Tal como lo sostuvo con anterioridad al analizar el artículo 132 bis de este cuerpo legal,¹⁴⁸ es imperiosa la eliminación de este artículo del Código Procesal Penal por los perjuicios constitucionales que éste produce.

8.4. Ejecución de la medida de prisión preventiva

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 150 de este cuerpo legal señalaba:

Artículo 150.- *Ejecución de la medida de prisión preventiva.* El tribunal será competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva que ordenare en las causas de que conociere. A él corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida.

La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.

El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto.

El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.

Excepcionalmente, el tribunal podrá conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un período determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegurare convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.

Cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos. Éste

¹⁴⁷ Vid. Supra. P. 82.

¹⁴⁸ Vid. Supra. P. 72 a 77.

podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen.

El numeral 10° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó el inciso quinto e intercaló un nuevo inciso sexto, pasando el antiguo a ser el actual séptimo.

Las modificaciones introducidas al artículo 150 consistieron en evitar la concesión de permisos de salida indefinidos, por lo que el tribunal está obligado a otorgar dichos permisos solamente por el día o por un período determinado, debiendo asegurar que no se vulneren los objetivos de esta medida cautelar.

Además, tratándose de los delitos de de secuestro (art. 141), sustracción de menores (art. 142), violación (art. 361), violación de menores (art. 362), violación calificada (art. 365 bis), parricidio (art. 390), homicidio (art. 391), robo con violencia o intimidación calificado (art. 433), robo con violencia o intimidación simple y robo por sorpresa (art. 436), robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación (440) tipificados en el Código Penal, y los ilícitos de la ley N° 20.000 que tengan pena de crimen obliga al tribunal a otorgar dicho permiso mediante resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del permiso que se otorga.

En consecuencia, los nuevos incisos quinto y sexto del artículo 150 del Código Procesal Penal fueron redactados en los siguientes términos:

“Excepcionalmente, el tribunal podrá conceder al imputado permiso de salida durante el día o por un período determinado, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva. Con todo, tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y de los sancionados con pena de crimen en la ley N° 20.000, el tribunal no podrá otorgar el permiso señalado en el inciso anterior sino por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del citado permiso.”

Quien propuso esta modificación fue el Ejecutivo mediante el Mensaje Presidencial del proyecto de ley que envió al Congreso.

Con esta modificación, se buscaba impedir que los permisos de salida que excepcionalmente puede conceder un Juez de Garantía al imputado lo fueran por un tiempo indefinido, debido a que el Ejecutivo consideró a esta situación como un hecho que podría implicar desvirtuar esta medida cautelar.

En el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, los Honorables señora Turre y señor Cardemil introdujeron una modificación en el sentido que las personas sujetas a esta medida cautelar que estuvieran implicados en los delitos señalados en el artículo 78 bis del Código Penal, cuando les fuera concedido este permiso por parte del Juez de Garantía, debía serlo de manera fundada.

Los representantes del Ejecutivo en esta comisión tomaron en cuenta la indicación realizada por estos Diputados y propusieron un nuevo texto para este artículo, el cual se convirtió en el esqueleto del nuevo artículo 150, ya que el inciso quinto propuesto fue casi el mismo que el propuesto, sólo se cambió por esta comisión la palabra “asegurar” por “asegure”.¹⁴⁹

Respecto al nuevo inciso sexto, estos representantes también propusieron su texto casi de manera definitiva, puesto que el único cambio que se realizó fue en la Comisión de Constitución del Senado, quien delimitó la aplicación de este inciso a un catálogo de delitos distintos a los establecidos en el artículo 78 bis del Código Penal, sin ser objeto de indicación alguna en esta instancia ni en las posteriores.¹⁵⁰

La modificación en análisis limita demasiado la concesión de permisos de salida, pero no vulnera el principio de la presunción de inocencia, ya que siempre el imputado debe ser tratado como inocente mientras esté cumpliendo con esta medida cautelar.

Eso sí, la modificación del inciso sexto no tiene mucho sentido práctico, ya que de acuerdo a lo establecido en el artículo 36 del Código Procesal Penal, siempre será obligación del

¹⁴⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 90. [consulta: 12 de septiembre de 2008].

¹⁵⁰ *Ibidem*. P. 366.

tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite, hipótesis que no se da en la situación en análisis.

Tal como lo señala el Diputado Bustos, el sentido de este nuevo inciso es recalcar esa necesidad como consecuencia de tratarse de delitos de mayor connotación social, pero que en nada varía la realidad jurídica que imperaba con anterioridad.¹⁵¹

9. Anticipación de Prueba.

9.1. Situación general

Por regla general, los antecedentes de la investigación preparatoria carecen de valor probatorio.

Esta regla tiene su excepción en la prueba anticipada, que consiste en la posibilidad que tiene un testigo o perito que no puede concurrir a la audiencia del juicio oral por las razones que señala la ley, para que sea interrogado y contrainterrogado en una audiencia citada al efecto y ante el Juez de Garantía, con todas las garantías y formalidades previstas para la audiencia principal.¹⁵²

Las razones que señala la ley para hacer procedente este procedimiento, de acuerdo con el artículo 191, son que el testigo tenga que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobrevinencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante. También se podrá pedir por el fiscal recibir la prueba anticipada cuando el testigo se encuentre en el extranjero y no pueda asegurarse su comparecencia a la audiencia del juicio oral, según lo señalado en el artículo 192 del Código Procesal Penal.

¹⁵¹ *Ibíd.* P. 90 y 91.

¹⁵² HORVITZ LENNON, MARIA INES y LOPEZ MASLE, JULIAN. *Op. Cit.* P. 547.

Respecto de los peritos, el artículo 280 establece que se podrá recibir anticipadamente su declaración en los mismos casos que los testigos, cuando fuere previsible que la persona de que se trate se encuentre en la imposibilidad de concurrir al juicio.

9.2. Situación de los menores de edad

La Ley N° 20.253 modificó esta regla general, debido a que solamente podían rendir la prueba anticipada los testigos y peritos de acuerdo a las normas antes señaladas, por lo que no existía la posibilidad que el fiscal pudiese solicitar que se reciba la declaración anticipada a la víctima.

El Artículo 2 N° 14 de la Ley N° 20.253 modificó esta situación otorgando la posibilidad al fiscal de pedir que se rinda prueba anticipada respecto de los menores de 18 años que fueran víctima de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal.

Para materializar esta modificación, se creó el nuevo artículo 191 bis del Código Procesal Penal, el cual consta de cuarto incisos y quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 191 bis.- *Anticipación de prueba de menores de edad.* El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio. Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral. La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad. En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

Esta norma no estaba contemplada dentro del proyecto de ley que el Ejecutivo envió al Congreso el día 07 de julio de 2.006.

Originalmente, quien propuso esta modificación fue el Fiscal Nacional del Ministerio Público en ese instante, el señor Guillermo Piedrabuena Richard, quien estimo conveniente modificar el artículo 191 del Código Procesal Penal para declarar siempre procedente la prueba anticipada cuando se tratase de menores de edad víctimas o testigos de delitos sexuales.¹⁵³

En el Primer Trámite Constitucional de la tramitación de esta ley surgió definitivamente este nuevo artículo. Lo anterior se produjo en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, mediante la indicación realizada por los señores Burgos y Walker, pero que lo hacían aplicable a los delitos contemplados en los párrafos V, VI, y VIII del Título VII del Libro Segundo del Código Penal. Ellos realizaron esta indicación debido a que en los delitos que son víctimas menores abusados sexualmente, se suele producir un olvido de los detalles o los menores pueden ser objeto de presiones, situaciones que hacen restar la consistencia de sus declaraciones, remarcándose esta situación cuando el juicio oral demoraba bastante tiempo en comenzar. Por estos motivos, estimaban necesario que se les tomase declaración anticipadamente, bajo condiciones que les permitieran expresarse con absoluta libertad.¹⁵⁴

Los representantes del Ejecutivo en esta comisión les advirtieron a los Diputados presentes el carácter excepcionalísimo de la institución de la prueba anticipada, debido a que rompía con el principio de la inmediación de la prueba, el cual consiste en que toda la prueba debe rendirse en el juicio oral ante los jueces de dicho tribunal. Manifestaron que era conveniente hacer primar este principio debido a que éste permite evidenciar las contradicciones en que pueda incurrir el declarante. Por eso, estimaban preferible que la víctima menor de edad declarase ante el tribunal oral si ello fuese posible. Pero no desconocieron que por la gravedad que tienen estos delitos y por las posibilidades de coacción que existen respecto de los menores, por lo que no se opusieron cabalmente a esta modificación propuesta por dichos Diputados.¹⁵⁵

Los Honorables tomaron en cuenta esta sugerencia, por lo que solamente estimaron hacer procedente el nuevo artículo 191 a los delitos establecidos en el Libro Segundo, Título

¹⁵³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 39. [consulta: 13 de septiembre de 2008].

¹⁵⁴ *Ibidem*. P. 95.

¹⁵⁵ *Ibidem*. P. 95.

VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, tal como se publicó finalmente en la Ley N° 20.253. En esta instancia se redactó este nuevo artículo que en definitiva fue publicado por la ley en análisis. Eso sí, en la Comisión de Constitución del Senado se enmendó un error de referencia, redactándose definitivamente esta disposición.¹⁵⁶

Este nuevo artículo busca como fin principal evitar la doble victimización de los menores, la que se produce cuando quienes han soportado un delito violento son expuestos nuevamente en la presencia del imputado.

Es cierto que los testigos y las víctimas disponen de medidas especiales de protección, pero con anterioridad a esta modificación no se podía rendir la prueba anticipada de las víctimas menores de edad de estos delitos de connotación sexual.

Tal como lo señala el Diputado Walker la dilación del inicio del período probatorio puede producir presiones indebidas en el menor que hagan cambiar su testimonio, debido a que gran parte de los victimarios en este tipo de delitos son familiares y cercanos de las víctimas.¹⁵⁷

Los datos estadísticos entregados por Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile reafirman lo anterior, ya que indican que en el 80% de los casos de abusos sexuales las víctimas son niños y niñas menores de 18 años.

Respecto a la relación víctima-victimario, los datos recogidos por el Servicio Médico Legal entre 2.000 y 2.002, señalan que en el 79.9% de los casos el agresor sexual es un conocido de la víctima, y de ese total, el 44.1% corresponde a familiares.¹⁵⁸

Teniendo presente estas cifras, la innovación que se propone se justifica como una excepción al principio de inmediación, debido a que no altera la esencia de la procedencia de la prueba anticipada, porque el Juez de Garantía para decretarla debe considerar *las circunstancias*

¹⁵⁶ *Ibidem.* 370.

¹⁵⁷ *Ibidem.* P. 95.

¹⁵⁸ MORALES LEON, ESTHER. Abuso Sexual Infantil [en línea] <http://www.esthermorales.cl> [consulta: 13 de septiembre de 2008].

personales y emocionales del menor de edad para acoger la solicitud de la prueba anticipada y recién ahí, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio, según reza el nuevo artículo 191 bis.

Esta causal es acorde con la establecida en el artículo 191 del mismo cuerpo legal, ya que por el delito a que objeto le sobrevienen síntomas psicológicos relacionados con el evento traumático, tales como el revivir el suceso traumático en sus sueños y sus pensamientos diarios; están determinados a evitar cualquier cosa que les recuerde el suceso; y pueden llegar a sufrir un embotamiento de sus respuestas, padecer síntomas de depresión, ansiedad y dificultades cognoscitivas, como escasa concentración.

Además, en los menores puede provocar respuestas que pueden expresarse en comportamientos desestructurados o agitados.¹⁵⁹

Por último, las presiones ejercidas sobre el menor para que modifique su versión de los hechos pueden producir que éste efectivamente distorsione sus recuerdos, es decir, que recuerde cosas que no pasaron como las recuerda o que incluso, nunca pasaron.

Por otro lado, por su ingenuidad y falta de experiencia es necesario que sea el juez quien dirija estas preguntas al menor y no los intervinientes, tal como lo dispone este nuevo artículo, que además señala que la declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor, según reza su inciso tercero, por lo que esta disposición es acorde a lo señalado en el artículo 310 del Código Procesal Penal.

Por otro lado, esta nueva disposición es bastante cautelosa, ya que como señala su inciso segundo, si se modifican las circunstancias que motivaron la recepción de dicha prueba anticipada, ella deberá rendirse en el juicio oral.

¹⁵⁹ KAPLAN H. y SADOCK B. 2001. Sinopsis de Psiquiatría, Ed. Médica Panamericana S.A., 8ª Edición, Madrid. P. 698 y ss.

9.3. Situación de la Prueba Anticipada después de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral

Hasta antes de la modificación realizada al Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, la facultad de rendir prueba anticipada precluía al finalizar la audiencia de preparación del juicio oral.

Esta situación legal dejaba en la total imposibilidad de rendir la prueba anticipada entre el tiempo transcurrido entre dicha audiencia y el juicio oral.

Para modificar esta situación se propuso modificar el artículo 280 del Código Procesal Penal, el cual establecía lo siguiente:

Artículo 280.- Prueba anticipada. Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo previsto en el artículo 191.

Asimismo, se podrá solicitar la declaración de peritos en conformidad con las normas del Párrafo 6° del Título III del Libro Segundo, cuando fuere previsible que la persona de cuya declaración se tratare se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191.

Para los efectos de lo establecido en los incisos anteriores, el juez de garantía citará a una audiencia especial para la recepción de la prueba anticipada.

El numeral 18° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 intercaló un nuevo inciso segundo en este artículo, pasando el antiguo a ser el tercero.

En consecuencia, el nuevo inciso segundo del artículo 280 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

“Si con posterioridad a la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, sobreviniere, respecto de los testigos, alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo del artículo 191 o se tratare de la situación señalada en el artículo 191 bis, cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada.”

Quien propuso esta modificación fue el Ejecutivo, ella fue parte original del proyecto de ley que modificaba el Código Procesal Penal. Eso sí, proponía dicha modificación mediante el reemplazo del inciso primero de esta norma.¹⁶⁰

En el Primer Trámite Constitucional, en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, el proyecto propuesto fue objeto de una indicación realizada por el Diputado Bustos, quien consideró que la redacción propuesta en el Mensaje no dejaba claro cuando podía pedirse dicha prueba anticipada, por lo que presentó una indicación sustitutiva.¹⁶¹ El texto que este Diputado propuso, junto con un agregado en el sentido de incluir como causal que autorice la prueba anticipada en el caso del artículo 191 bis, fue el que en definitiva fue publicado en la Ley N° 20.253.

En caso que ocurra la hipótesis señalada por este nuevo inciso, el juez de garantía citará a una audiencia especial para la recepción de la prueba anticipada, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso cuarto de la misma disposición.

La modificación en comento es bastante lógica, ya que el transcurso de tiempo comprendido entre la audiencia de preparación del juicio oral y el juicio oral mismo, se producía una etapa de indefensión respecto de los intervinientes en el proceso, toda vez que carecían de la oportunidad procesal necesaria para pedir la rendición de prueba anticipada de acuerdo a la ley. Esta modificación viene a llenar un vacío legal que afectaba injustamente a todos los intervinientes por igual.

10. Comparecencia del imputado ante el Ministerio Público

Antes de la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 193 de este cuerpo legal señalaba:

Artículo 193.- *Comparecencia del imputado ante el Ministerio Público.* Durante la etapa de investigación el imputado estará obligado a comparecer ante el fiscal, cuando éste así lo dispusiere.

¹⁶⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 19. [consulta: 13 de septiembre de 2008].

¹⁶¹ *Ibidem.* P. 101 y ss.

Si el imputado se encontrare privado de libertad, el fiscal solicitará al juez autorización para que aquél sea conducido a su presencia. Si la privación de libertad obediere a que se hubiere decretado la prisión preventiva del imputado conforme a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes, la autorización que el juez otorgare de conformidad a este artículo, salvo que dispusiere otra cosa, será suficiente para que el fiscal ordene la comparecencia del imputado a su presencia cuantas veces fuere necesario para los fines de la investigación, en tanto se mantuviere dicha medida cautelar personal.

El numeral 15° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó el inciso segundo de esta norma, consistiendo fundamentalmente la modificación en facultar al fiscal para hacer traer al imputado a su presencia cuantas veces fuera necesario para los fines de la investigación, estando facultado para realizar esto cuando el imputado se encontrase detenido o en prisión preventiva. Eso sí, el fiscal deberá dar aviso de esta decisión al juez y a su defensor.

En consecuencia, el nuevo artículo 193 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 193.- *Comparecencia del imputado ante el Ministerio Público.* Durante la etapa de investigación el imputado estará obligado a comparecer ante el fiscal, cuando éste así lo dispusiere.

Mientras el imputado se encuentre detenido o en prisión preventiva, el fiscal estará facultado para hacerlo traer a su presencia cuantas veces fuere necesario para los fines de la investigación, sin más trámite que dar aviso al juez y al defensor. (Lo destacado corresponde al texto modificado por la Ley N° 20.253).

Esta modificación no estaba contemplada en el proyecto de ley enviado por el Ejecutivo al Congreso. Su inclusión fue producto de una indicación realizada por el Senador Espina en el Segundo Trámite Constitucional.

Para este parlamentario, el nuevo inciso propuesto es de gran utilidad, ya que elimina un elemento discrecional por parte del Juez de Garantía que podía frustrar la investigación. El Senador no estaba de acuerdo con la redacción de este inciso, debido a que obligada al fiscal del Ministerio Público a pedir la autorización del Juez de Garantía para que el imputado privado de libertad tuviese que comparecer ante el Ministerio Público, situación que estimaba que ponía en peligro los fines de la investigación puesto que el juez podía negarse sin expresar causa alguna.

Considera que con la indicación propuesta se conservan las garantías del imputado, ya que es obligación del fiscal del Ministerio Público dar aviso al juez y al defensor para que el imputado comparezca ante su presencia cada vez que él lo convoque.¹⁶²

La indicación realizada por el Senador Espina fue aprobada en los mismos términos propuestos, siendo en definitiva publicada como el nuevo artículo 193 del Código Procesal Penal.

Esta modificación altera un procedimiento dentro del Código Procesal Penal. Con la normativa anterior existía un mayor control por parte del Juez de Garantía respecto de las actuaciones del fiscal en la etapa de la investigación. La modificación no es atentatoria a la libertad personal, ya que en la hipótesis del artículo 193 inciso segundo, el imputado ya se encuentra privado de libertad por una orden judicial, por lo que no sería necesario una autorización judicial previa para que éste comparezca ante un fiscal del Ministerio Público, toda vez que no se priva al imputado de este derecho que le asegura la Constitución, como ordena el inciso primero del artículo 9 del Código Procesal Penal.¹⁶³ En consecuencia, se le podría trasladar del centro en que se encuentra recluso hasta el lugar donde desempeña sus labores el fiscal.

Es necesario señalar que esta facultad del fiscal sólo debe circunscribirse a hacer traer a su presencia al imputado exclusivamente para tomarle una declaración, debiendo el fiscal respetar las normas establecidas para realizar dicha diligencia establecidas en el artículo 194 y ss. del Código Procesal Penal.

La modificación en análisis no se puede entender en el sentido que se autorice al fiscal para realizarle exámenes corporales o biológicos al imputado, ya que tal como lo señala el

¹⁶² *Ibidem.* P. 345.

¹⁶³ Artículo 9, inciso 1º CPP: *Autorización judicial previa.* Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

artículo 197 y de acuerdo al artículo 9 del Código del ramo, ella deberá realizarse con la autorización del juez de garantía.

Por otro lado, la modificación no le entrega al fiscal mayores facultades que alteren en esencia los derechos que tiene el imputado cuando comparece ante el Ministerio Público, debido a que este último conserva su derecho a guardar silencio, garantía que es inherente a la presunción de inocencia y que no se altera con la Ley N° 20.253. Por este motivo el imputado puede negarse a responder una o más preguntas que le realizare el fiscal, estando solamente obligado a proporcionar a este funcionario su completa identidad y a responder las preguntas que se le dirigieren respecto a su identificación, según se desprende del artículo 194 del Código Procesal Penal.

11. Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial

La entrada y registro en lugares cerrados es una actuación de la policía que afecta o pueden afectar las garantías fundamentales establecidas en la Constitución, teniendo la particularidad que para ciertos casos ella puede realizarse sin autorización judicial previa.

El artículo 206 del Código Procesal Penal regula esta situación, estableciendo que las policías pueden proceder a entrar y registrar en dichos lugares -estando autorizados para vulnerar principalmente la garantía de la inviolabilidad del hogar-¹⁶⁴ cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

La Constitución, en su artículo 19 N° 7, autoriza a las policías a realizar esta diligencia excepcionalmente sin autorización judicial previa. Esta excepción solamente se justifica interpretando el supuesto contenido en el artículo 206 (las llamadas de auxilio) como una manifestación de flagrancia. De este procedimiento, las policías no tenían ninguna obligación legal de informar y el propietario o encargado del lugar en que se realizó esta diligencia no tenía

¹⁶⁴ Artículo 19 N° 5 de la Constitución.

derecho a que se le entregase ninguna acta donde constase dicha diligencia, ya que las policías tampoco tenían la obligación de levantar acta alguna.

El artículo 206 del Código Procesal Penal, antes de su modificación señalaba:

Artículo 206.- *Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial.*

La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos.

El numeral 16° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó una frase en el inciso primero e intercaló un nuevo inciso segundo, pasando el actual a ser el tercero.

Su objetivo primordial fue resguardar al propietario o al encargado del lugar cerrado en que se lleva a cabo esta diligencia, ya que le impone a las policías la obligación de dar comunicación de ella al fiscal inmediatamente una vez terminada, y levantar un acta circunstanciada, debiendo enviarla a este funcionario dentro de las doce hora siguientes del término y entregando una copia de ella al propietario o encargado del lugar.

En consecuencia, el nuevo artículo 206 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 206.- *Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden.*

La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización **u orden** previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.

De dicho procedimiento deberá darse comunicación al fiscal inmediatamente terminado y levantarse un acta circunstanciada que será enviada a éste dentro de las doce horas siguientes. Copia de dicha acta se entregará al propietario o encargado del lugar.

Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, siempre

que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos.

El Ejecutivo propuso esta modificación, pero en otros términos.

Primero, estimó que para realizarla no había que modificar el Código Procesal Penal, por lo que la propusieron como parte del artículo 3° del proyecto de ley enviado al Congreso. Además, cambiaba la normativa existente en esta materia, ya que facultaba a las policías para ingresar en lugares cerrados, pudiendo registrarlos, cuando existiesen *antecedentes suficientes* de que en dicho lugar se estaría cometiendo un delito.¹⁶⁵ Por último, contemplaba este artículo la obligación de las policías de comunicar al fiscal y de levantar un acta de la diligencia, cuya copia debía ser entregada al propietario o encargado del lugar solamente si lo solicitaba.

Esta modificación del proyecto de ley fue bastante criticada, ya que se consideró más conveniente incluirla como parte del artículo 206 en análisis. Por este motivo, en el seno de la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, los Honorables estimaron complementar este artículo con la norma propuesta por el Ejecutivo. Además, se consideró esta opción debido a que la propuesta contenida en el mensaje fue considerada como inconstitucional por el Diputado Araya, quien recordó que los mismos representantes de las policías habían recomendado refundir el artículo propuesto por la Presidenta de la República en esta norma del Código Procesal Penal.¹⁶⁶

Esta comisión, acordó suprimir el artículo tercero del proyecto de ley e intercalar un nuevo inciso segundo en el artículo 206 del Código Procesal Penal, además de sustituir en el inciso primero de esta norma la expresión “judicial” por el término “u orden”. Esto último se propuso por una observación de la Diputada Turre, quien comparó ambas normas, señalando que una de sus diferencias era que la propuesta por el Ejecutivo autorizaba el ingreso de la fuerza pública, lo que podía hacerse sin autorización del juez o del fiscal y, en cambio, la del artículo 206, solamente se refería a la omisión del juez, por lo que se podría dar lugar a entender

¹⁶⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea] <http://www.bcn.cl> P. 19. [consulta: 14 de septiembre de 2008].

¹⁶⁶ *Ibidem*. P.99.

que sí se requería autorización del fiscal al no modificar el inciso primero de la norma del Código Procesal Penal.

Respecto al nuevo inciso que se intercaló, la redacción propuesta en esta comisión fue la que en definitiva se publicó en la Ley N° 20.253. Eso sí, con la salvedad que le fue suprimida la expresión “*si lo solicita*”, debido a una indicación realizada en el seno de la Comisión de Constitución del Senado durante el desarrollo del Segundo Trámite Constitucional. La indicación la realizaron los Senadores Espina y Horvath, quienes estimaron necesario hacer obligatorio la entrega del acta de la diligencia al propietario o encargado por parte de la policía, tal como se contemplaba con la remisión de dicha acta al fiscal.¹⁶⁷

Esta modificación es bastante útil, debido a que sujeta a las policías a un control de su actuar que con anterioridad no existía, puesto que no se contemplaba esta obligación de informar al fiscal, de levantar un acta y menos, de enviárselas a este funcionario y al propietario o encargado del lugar en que se llevó a cabo dicha diligencia.

El hecho que las policías deban informar al fiscal implica limitar su actuar al cumplimiento de las normas constitucionales y legales establecidas, ya que este funcionario controlará dicho actuar.

Por último, el levantamiento y la entrega del acta puede ser considerada como un medio probatorio que le permitirá excusarse al propietario o encargado del lugar del deterioro o destrucción de los bienes que estén dentro del lugar cerrado en que se llevó a cabo el procedimiento. Esto le permite obtener las indemnizaciones correspondientes en caso de existir alguna responsabilidad de la policía o de excusarse ante terceros por la pérdida o menoscabo de dichos bienes.

¹⁶⁷ *Ibidem*. P. 372.

12. Suspensión condicional del procedimiento

Con anterioridad a la modificación de la Ley N° 20.253, los requisitos establecidos por la ley para obtener la suspensión condicional del procedimiento eran dos:

- a) Que la pena que pudiese imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad.
- b) Que el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Lo anterior se desprendería del artículo 237 del Código Procesal Penal, el cual señalaba:

Artículo 237.- *Suspensión condicional del procedimiento.* El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento.

El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

- a) Si la pena que pudiese imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad, y
- b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

El numeral 17º del artículo 2 de la Ley N° 20.253 realizó cambios en la redacción del inciso tercero y agregó un nuevo requisito para llegar a ser beneficiario de esta salida alternativa, mediante la inserción de una nueva letra c), la cual establece que para obtener este beneficio procesal el imputado no debe tener vigente una suspensión condicional del procedimiento al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

Además, intercaló un nuevo inciso sexto, modificando la ordenación correlativa de los incisos siguientes, el cual establece que la decisión del fiscal de solicitar la suspensión condicional del procedimiento tiene que ser consultada al Fiscal Regional, respecto de los delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los artículos 361 a 366 bis, 367 y 367 bis del Código Penal, y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas.

En consecuencia, el nuevo artículo 237 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

Artículo 237.- *Suspensión condicional del procedimiento.* El fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía la suspensión condicional del procedimiento.

El juez podrá requerir del ministerio público los antecedentes que estimare necesarios para resolver.

La suspensión condicional del procedimiento podrá decretarse:

a) Si la pena que pudiere imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de tres años de privación de libertad;

b) Si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, y

c) Si el imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento, al momento de verificarse los hechos materia del nuevo proceso.

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se ventilare la solicitud de suspensión condicional del procedimiento constituirá un requisito de validez de la misma.

Si el querellante o la víctima asistieren a la audiencia en que se ventile la solicitud de suspensión condicional del procedimiento, deberán ser oídos por el tribunal.

Tratándose de imputados por delitos de homicidio, secuestro, robo con violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas, sustracción de menores, aborto, los contemplados en los artículos 361 a 366 bis, 367 y 367

bis del Código Penal y conducción en estado de ebriedad causando la muerte o lesiones graves o gravísimas, el fiscal deberá someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional.

Al decretar la suspensión condicional del procedimiento, el juez de garantía establecerá las condiciones a las que deberá someterse el imputado, por el plazo que determine, el que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres. Durante dicho período no se reanudará el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolongare la suspensión condicional del procedimiento se suspenderá el plazo previsto en el artículo 247.

La resolución que se pronunciare acerca de la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el ministerio público y por el querellante.

La suspensión condicional del procedimiento no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Esta modificación no fue parte original del proyecto de ley enviado al Congreso.

Dicha modificación se propuso en el Segundo Trámite Constitucional por el Senador Muñoz Aburto, en el seno de la Comisión de Constitución del Senado.¹⁶⁸ En dicha comisión se modificó esta indicación, aprobándose íntegramente el nuevo inciso sexto que posteriormente fue publicado, y se redactó tentativamente la nueva letra c), conservándose las ideas principales que aportó dicho Senador en su indicación en ambos casos.

La redacción de la letra c) posteriormente fue modificada debido a que en la Comisión Mixta, en el Tercer Trámite Constitucional, algunos parlamentarios la consideraron como ininteligible, realizándose una redacción más acorde con el espíritu de este código. En esta instancia tomó forma el nuevo artículo 237 que posteriormente fue publicado por la Ley N° 20.253.

La idea propuesta por el nuevo artículo 237, en el sentido de consultar al Fiscal Regional sobre la decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento respecto de determinados delitos es acorde a las normas y principios por las cuales fue dictado el Código Procesal Penal, aún cuando se mantenga el requisito que dicho acuerdo deba ser aprobado por parte del Juez de Garantía. Con esta modificación se pretende evitar que se concurra a acuerdos

¹⁶⁸ *Ibidem*. P. 247.

de suspensión con imputados que deben ser juzgados a juicio del Ministerio Público, impidiéndose que un fiscal irresponsablemente proponga la realización de esta salida alternativa con el único propósito de terminar causas pendientes. Aun más, cuando esta desidia implicase finalizar causas respecto de delitos graves, por cuanto no es normal que un fiscal proponga esta salida alternativa en delitos como el homicidio, aborto, secuestro, lesiones graves y gravísimas, etc.¹⁶⁹, siendo necesaria la autorización previa del Fiscal Regional. Además, con esta modificación se unificó una práctica habitual en varias fiscalías regionales,¹⁷⁰ práctica que implican un mayor control y un cumplimiento más eficiente de la ley procesal por parte del Ministerio Público.

¹⁶⁹PIEDRABUENA RICHARD, GULLERMO. Op. Cit. P. 75.

¹⁷⁰ *Ibidem*. P 374.

CAPÍTULO III: Función de Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones de Chile

El artículo 3 de la Ley N° 20.253 realizó una innovación bastante importante, la que consiste en obligar a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile a mantener un banco de datos unificado y actualizado de personas respecto de las cuales existan órdenes de detención pendientes.

El artículo recién aludido establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones de Chile deberán mantener un banco de datos unificado y actualizado de personas respecto de las cuales exista orden de detención pendiente. Dicho registro o banco de datos será de uso exclusivo de las policías para efecto de lo dispuesto en el artículo 85 del Código Procesal Penal, y sus datos sólo serán comunicados al Ministerio Público y a los tribunales, en el marco de una investigación o proceso judicial.

Los datos contenidos en el registro o banco estarán exentos de la obligación a que se refiere el artículo 22 de la ley N° 19.628, y podrán contener como antecedentes fotografías, huellas dactilares o características físicas de las personas cuya detención se encuentra pendiente.

Una vez ejecutada la detención de las personas, sus datos serán inmediatamente eliminados del registro. Lo mismo ocurrirá respecto de personas con órdenes de detención pendientes por delitos cuya acción penal haya sido declarada prescrita. Toda persona podrá solicitar a las policías certificado de dicho registro, el cual contendrá todos los antecedentes que constaren respecto al solicitante.

Un reglamento del ministerio del cual dependan las policías regulará la administración y funcionamiento de este banco de datos.

Originalmente este banco de datos unificado estaba contemplado en el mensaje enviado por el Ejecutivo al Congreso como artículo 4° de la ley en análisis.

En el Primer Trámite Constitucional el artículo 3° fue suprimido por la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputados, pasando la norma en análisis a ocupar su lugar. En esta etapa de la tramitación de la ley, se eliminaron una serie de expresiones que se consideraron como contrarias al espíritu de la norma, a tal punto que algunos Diputados estimaron que podían

presentar problemas de constitucionalidad.¹⁷¹ Todas estas observaciones realizadas por los Diputados de esta comisión llevó al Ejecutivo a sugerir un texto sustitutivo, el que a la postre, fue la base del texto que en definitiva se publicó.

En esta misma instancia, el Diputado Burgos sostuvo en la discusión en sala del proyecto, que no era deseable que se le comunicaran los datos del registro datos a la Defensoría Penal Pública, ya que ello podría significar que sus defensores comunicaran a la persona afectada la existencia de una orden en su contra, evitándose que ella se presentase ante la autoridad por estar en conocimiento de estos datos, situación que producía un grave entorpecimiento a la justicia. Además, estimó que la disposición discriminaba con los abogados particulares que representaban a las partes, pues ellos no tendrían acceso a tales antecedentes.¹⁷² Esta indicación fue aprobada, tomando definitivamente forma el texto que se publicó como el artículo 3° de la Ley N° 20.253, debido a que en los trámites constitucionales posteriores no fue objeto de indicación ni modificación alguna.

Este artículo es acorde a la Política Nacional de Seguridad Ciudadana elaborada por el Ministerio del Interior.

Dicha política trató este tema como una de las metas necesarias en el ítem de “Desarrollo de Información y Tecnologías”, al señalar que como necesario el *establecer una base de datos y registros históricos de información criminal*.

Para lograr aquello, se requería un cambio en la legislación respecto al tratamiento de bases de datos personales a cargo de instituciones policiales.

Esta política recomendaba que la ley que tratase este fin debía definir las clases de datos que iba a comprender, el momento en que se iba a utilizar y las instituciones facultadas para recoger dicha información.¹⁷³

¹⁷¹ *Ibidem*. P. 107.

¹⁷² *Ibidem*. P. 155.

¹⁷³ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.004. [en línea] Política Nacional de Seguridad Ciudadana <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 14 de septiembre de 2.008]. P.56.

La ley en análisis trata en profundidad esta situación, estableciendo el artículo 3° que esta base de datos podrá contener antecedentes como fotografías, huellas dactilares o características físicas de las personas cuya detención se encuentra vigente.

Respecto al momento en que se iba a utilizar, de acuerdo al inciso segundo del artículo 85 del Código Procesal Penal, ella debe realizarse durante el desarrollo del control de identidad, por lo que las policías en este procedimiento deberán *cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle* al controlado.

Por último, esta norma faculta y les impone a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile la labor de mantener un banco de datos unificado y actualizado de personas respecto de las cuales exista órdenes de detención pendientes.

Es tal el nivel de exclusividad de este banco de datos, que éstos se encuentran exentos de la obligación que establece el artículo 22 de la Ley N° 19.628, la cual dispone que el Servicio de Registro Civil e Identificación lleve un registro de los bancos de datos personales a cargo de organismos públicos.

El fin de la Ley N° 19.628 es proteger los datos de las personas y, principalmente, la garantía constitucional de la protección de la vida privada, consagrada en el artículo 19 N° 4 de la Constitución. Se podría decir que el artículo 3 de la Ley N° 20.253 es atentatorio de este derecho constitucional, pero lo anterior no es así. Esta norma, en su inciso tercero, se encarga en aclarar que una vez ejecutada la detención pendiente, los datos del banco serán inmediatamente eliminados del registro; ocurriendo lo mismo respecto de personas con órdenes de detención pendientes por delitos cuya acción penal haya sido declarada prescrita. Además, el inciso cuarto se preocupa de quitarle el carácter de secreto a este banco de datos, ya que señala que “toda persona podrá solicitar a las policías certificado de dicho registro, el cual contendrá todos los antecedentes que constaren respecto al solicitante”.

Es igual de importante señalar que al establecerse que el banco solamente podrá tener información sobre órdenes de detención pendientes, se está respetando el principio de presunción de inocencia. Al excluirse a las órdenes ya ejecutadas, se está evitando que quien

realiza el control de identidad esté predispuesto a registrar al controlado más de la cuenta por la existencia de órdenes de detención pasadas; incluso, el banco de datos ni siquiera revela si el controlado tiene el carácter de imputado o condenado, debido a que el fin que persigue es netamente preventivo.

Por último, el inciso final de la norma en análisis señala que el ministerio del cual dependan las policías (Ministerio de Defensa Nacional) regulará la administración y funcionamiento de este banco de datos. Esto quiere decir que mientras no se confeccione este reglamento podrá operar dicho banco de datos.

CAPÍTULO IV: Modificaciones a la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público

(Ley N° 19.640)

Las modificaciones a esta Ley Orgánica Constitucional están muy relacionadas con las nuevas facultades que la Ley N° 20.253 les otorgó a los abogados asistentes del fiscal, especialmente con las facultades otorgadas a estos funcionarios por el artículo 132 del Código Procesal Penal.

El artículo 4° de la ley objeto de esta memoria realizó dos modificaciones, las que serán tratadas a continuación:

1. Responsabilidad disciplinaria de los fiscales

Antes de la modificación por la Ley N° 20.253, solamente los actos de los fiscales realizados en el ejercicio de sus funciones estaban sujetos a ser sancionados disciplinariamente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley N° 19.640. Establecía dicho precepto:

Artículo 48.- La responsabilidad disciplinaria de los fiscales por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones podrá hacerse efectiva por la autoridad superior respectiva, de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos siguientes, según corresponda.

La letra a) del artículo 4° de la Ley N° 20.253 agregó un inciso segundo a la norma en análisis. Ella consistió en hacer aplicable a los abogados asistentes del fiscal de los fiscales las normas de responsabilidad de los fiscales en lo que se refiere a su responsabilidad disciplinaria por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, ya que con anterioridad no tenía razón de ser que se les aplicara esta norma en análisis.

Por consiguiente, el nuevo artículo 48 fue publicado en los siguientes términos:

Artículo 48.- La responsabilidad disciplinaria de los fiscales por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones podrá hacerse efectiva por la autoridad superior respectiva, de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos siguientes, según corresponda.

Para efecto de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero del artículo 132, de los artículos 132 bis y 190 y del inciso primero del artículo 191 del Código Procesal Penal, serán aplicables a los abogados asistentes del fiscal, en lo pertinente, las normas sobre responsabilidad de los fiscales. (Lo destacado corresponde al nuevo inciso agregado por la Ley N° 20.253).

Fue la Presidenta de la República, la señora Michelle Bachellet J., quien propuso la inclusión de esta norma, mediante una indicación propuesta a la Comisión de Constitución del Senado.

Dicha indicación tenía como fin primordial el hacer aplicable las normas sobre responsabilidad disciplinaria de los fiscales en lo que respecta a la actuación de los abogados asistentes del fiscal en la audiencia de control de la detención.

Dicha Comisión amplió su aplicación, ya que hizo aplicables las normas sobre responsabilidad disciplinaria a la actuación de los abogados asistentes del fiscal en lo que se refiere a sus actuaciones en la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, respecto a los testigos que comparezcan ante ellos y respecto a la anticipación de la prueba testimonial; además, de lo que se refiere a sus actuaciones en la audiencia de control de detención,¹⁷⁴ por lo que el texto propuesto por esta Comisión fue el que en definitiva se publicó en la Ley N° 20.253.

El nuevo artículo 48 es una consecuencia lógica de las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.253 a los artículos 132, 132 bis, 190 y 191 del Código Procesal Penal, ya que al igual que a los fiscales, los abogados asistentes del fiscal deben sujetar su actuar al principio de responsabilidad tanto de sus actos jurisdiccionales como los administrativos que realice en el ejercicio de sus funciones.

2. Planta del personal del Ministerio Público

La letra b) del artículo 4° de la Ley N° 20.253 aumentó en noventa y cinco plazas el número de cargos de profesionales establecidos en la planta de personal.

¹⁷⁴ *Ibidem*. P. 382 y ss.

Este aumento de personal se realizó con el fin de descargar el exceso de trabajo que tenían los fiscales.

La norma recién individualizada señaló:

b) Incrementase en noventa y cinco plazas el número de cargos de Profesionales establecido en la planta de personal contenida en el artículo 72.

Fue la Presidenta de la República, la señora Michelle Bachellet J., quien la propuso como una indicación a la Comisión de Constitución del Senado, en el segundo trámite constitucional de la creación de la ley.¹⁷⁵

El texto definitivo de esta disposición fue propuesto en esta instancia por la Comisión de Constitución del Senado, el cual realizó correcciones formales al texto propuesto por el Ejecutivo.¹⁷⁶

Hay que tener presente que estos funcionarios pueden realizar las funciones que la Ley N° 20.253 les ha encomendado, pero es necesario considerar que se tuvo en cuenta un criterio económico para solucionar el problema del exceso de trabajo de los fiscales, por lo que es aconsejable aumentar las plazas para los fiscales, ya que esa sería la solución definitiva al problema y la más acorde al sistema que trata imponer el sistema de justicia criminal.

¹⁷⁵ *Ibíd.* P. 248.

¹⁷⁶ *Ibíd.* P. 382.

CONCLUSIÓN

La Ley N° 20.253 busca tratar el tema de la seguridad ciudadana modificando las falencias que presentan los tribunales de justicia respecto al aumento de la sensación de inseguridad por parte de la ciudadanía, realizándolo sin tener en cuenta los principios que informan el sistema procesal penal y la existencia de datos empíricos que avalen los cambios propuestos.

Con esta ley se ha intentado terminar con el fenómeno denominado “la puerta giratoria”, implicando un aumento de la población penal reclusa, la cual ha ido creciendo constantemente desde la vuelta a la democracia en nuestro país. Este fenómeno ha creado serios problemas de hacinamiento, convirtiendo a los centros de reclusión penal en las grandes escuelas delictuales del país, fomentando de paso, la reincidencia de los reclusos.

La Política Nacional de Seguridad Ciudadana propuesta el año 2.004 por el Ministerio del Interior, intentó *desarrollar estrategias de persecución penal focalizadas en tipos de delitos, lugares o hechos reiterados, modernizar las policías, crear e instalar el sistema de justicia penal adolescente, perfeccionar el sistema de penas privativas y no privativas de libertad, atender y proteger a las víctimas, entre otras*,¹⁷⁷, para así solucionar el problema del control a la delincuencia, metas distintas a *perfeccionar el sistema procesal penal*, que igualmente se relaciona con dicho problema.

Solamente algunas de esas medidas han sido desarrolladas, pero no han estado exentas de críticas, tal como sucede con la creación del sistema de justicia penal adolescente. Entre los problemas que esta política señala se encuentran la legitimación del nuevo sistema ante la opinión pública y el control de las medidas cautelares, los que se han visto totalmente dejados de lado con la dictación de esta ley y que son de gran importancia.

¹⁷⁷ DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.004. [en línea] Política Nacional de Seguridad Ciudadana <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 11 de septiembre de 2.008]. P.42 y ss.

Cuando esta política trató el tema de “perfeccionar el sistema procesal penal” se señaló como principal tarea a la generación de información que permitiese conocer el funcionamiento de este nuevo sistema en detalle, para así desarrollar indicadores de gestión y mejorar su eficacia.¹⁷⁸

Como ha quedado en evidencia, la Ley N° 20.253 busca “perfeccionar” el sistema, siendo ella bastante pobre en datos empíricos, basando sus modificaciones en cuestiones marginales, pero que tienen gran repercusión en la opinión pública por la labor realizada por los medios de comunicación masiva.

Es posible concluir que la ley en cuestión va en el sentido contrario de otra tarea propuesta por la misma política, la que consiste en *profundizar la capacitación de los diversos actores en los nuevos conocimientos y técnicas que deben manejar y corregir cuanto antes los problemas prácticos que su implementación en el país ha permitido detectar.*¹⁷⁹

Esto queda en evidencia puesto que varias de las modificaciones realizadas por ella no tiene mayor injerencia práctica y son contrarias a la Constitución, como aquellas modificaciones que establece la apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, los requisitos para ordenar la prisión preventiva y lo referente a los recursos relacionados con la medida de prisión preventiva, mediante a la inclusión del nuevo artículo 132 bis y con la modificación de los artículos 140 y 149 del Código Procesal Penal respectivamente.

En lo que respecta al establecimiento de la apelación en la audiencia de control de detención, ella es doblemente poco práctica, por cuanto son muy pocas las detenciones declaradas ilegales, ocurriendo que el problema que se trataba de evitar fue solucionado con la continuidad de la audiencia mediante la modificación del artículo 132 del mismo cuerpo legal.

Por su parte, el establecimiento de nuevos requisitos para poder aplicar la prisión preventiva vulneran tanto la Constitución como los Tratados Internacionales en la materia,

¹⁷⁸ *Ibidem.* P. 45.

¹⁷⁹ *Ibidem.* P. 45.

quitándole fuerza al principio de presunción de inocencia, situación que se repite en lo que respecta a la apelación de la prisión preventiva. Además, en estos tres casos no es posible determinar cómo dichas modificaciones pueden incrementar la sensación de seguridad en la ciudadanía.

El mismo efecto indeseado produce las modificaciones al artículo 83, 85 y 130 de este cuerpo legal, los que se refieren a las actuaciones de la policía sin orden previa, al control de identidad y a la situación de flagrancia, respectivamente. En estos casos se cambian criterios objetivos establecidos con anterioridad por la ley para justificar la actuación de las policías por criterios subjetivos, lo que va contra de la garantía constitucional consistente en la consagración por el legislador de una investigación racional y justa, relacionado con el derecho constitucional a la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos.

No es posible determinar la manera en que estas modificaciones pueden propender a disminuir la percepción de inseguridad ciudadana. Ellas sólo producen un fenómeno distinto, el cual es incrementar la incertidumbre jurídica en el ejercicio de los derechos ciudadanos, por cuanto se intenta evitar el rol de contralor que cumple el Juez de Garantía dentro del procedimiento penal respecto de ellas, especialmente en los dos últimos casos.

En lo que respecta a la modificación del artículo 83, se vulnera el mandato constitucional consistente en la exclusividad de la dirección de la investigación por parte del Ministerio Público, poniéndose en riesgo el valor de la prueba encontrada por el personal policial inexperto.

La revocación de la medida sobre prisión preventiva, establecida en el artículo 144 del Código Procesal Penal no vulnera derechos fundamentales, pero sí normas establecidas en dicho Código, puesto que deja a los Jueces de Garantía un margen de discrecionalidad sin ningún tipo de control al poder decidir de plano, sin tener que justificar en mayor medida su decisión de mantención o revocación de dicha medida.

Igualmente existen modificaciones que no producen ningún efecto práctico en el Código Procesal Penal, como la que se refiere a la solución de la continuidad de la audiencia de control

de la detención establecida por el artículo 132 del Código Procesal Penal, esta solución es la mejor manera de evitar que la declaración de ilegalidad de la detención no impida que el fiscal o su abogado asistente puedan formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedente, pero ella va a traer pocos efectos beneficiosos al sistema procesal penal, por cuanto el problema de las declaraciones de ilegalidad por parte de los Jueces de Garantía es estadísticamente marginal, sin conocerse el impacto que producirá en la percepción de inseguridad de la ciudadanía.

El mismo fenómeno se produce respecto a la citación, registro y detención en casos de flagrancia, señalada en el artículo 134 de este cuerpo legal, puesto que la facultad que se les otorga a las policías para poder cotejar las órdenes de detención pendientes respecto de aquellos que fuesen sorprendidos *in fraganti* cometiendo alguna falta o delito que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad ya les había sido otorgada, según lo establecido en el artículo 129 de este Código.

También, la modificación al artículo 150, el cual se refiere a la ejecución de la medida de prisión preventiva, no es de mucha utilidad por cuanto según lo dispuesto por el artículo 36 de este Código, siempre será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite, por lo que la obligación de fundamentación respecto de los delitos del inciso sexto del artículo 150 está de más, aunque es importante hacer presente la importancia que actualmente los permisos de salidas solamente por períodos determinados y no indefinidos, lo que conlleva a una mejor fundamentación por parte de los jueces.

Son interesantes las modificaciones realizadas al Código Procesal Penal en lo que respecta a las nuevas facultades de los abogados asistentes del fiscal, las que son de carácter jurisdiccional y administrativos, realizadas en los artículos 132, 190, 191, 332 de este cuerpo legal, y en los artículos 48 y 72 de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Dichas modificaciones son necesarias debido a que liberan de carga laboral a los fiscales, pudiendo avocarse con mayor celo a realizar una investigación más eficaz. Eso sí, es necesario hacer presente que estas modificaciones se realizaron teniendo en cuenta un criterio

económico, porque siempre será mejor que dichas labores las realice el fiscal que su abogado asistente, por lo que a futuro sería recomendable aumentar el número de fiscales de acuerdo a las necesidades de cada fiscalía del país.

Las modificaciones propuestas por la Ley N° 20.253 que son de una utilidad innegable son las que se refieren a la prueba anticipada, realizadas en el nuevo artículo 191 bis y en el artículo 280 del Código Procesal Penal.

El nuevo artículo 191 bis protege a las víctimas menores de edad respecto a los delitos de connotación sexual, al otorgarles la oportunidad de rendir prueba anticipada y así evitar presiones indebidas hacia ellos.

En lo que respecta al artículo 280, se evita que todos los intervinientes en el procedimiento queden en situación de indefensión en lo que se refiere a la rendición de prueba anticipada posterior a la audiencia de preparación del juicio oral.

La modificación al artículo 206 es igualmente útil, por cuanto limita el actuar de las policías al cumplimiento de las normas constitucionales y legales establecidas, puesto que deberán informar al fiscal en los casos que entren y registren lugares cerrados sin autorización judicial; además, la entrega del acta de dicha diligencia al propietario o encargado del lugar lo puede proteger de posibles abusos por parte de la policía y de acciones contra él por parte de terceros.

Por último, en lo que respecta a la modificación del artículo 237, referente a la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, ella igualmente es loable, por cuanto es acorde a las normas y principios por los cuales fue dictado este Código, evitándose así que se concurra a estos acuerdos con imputados que deben ser juzgados según el criterio del Ministerio Público, al establecerse que en caso de delitos graves esta decisión por parte del fiscal adjunto debe ser autorizada previamente por el Fiscal Regional.

Mención aparte merece la modificación realizada por el artículo 3° de la Ley N° 20.253, la que obliga a las policías a mantener un banco de datos unificado y actualizado de personas

respecto de las cuales existan órdenes de detención pendientes. Ella es acorde con la Política Nacional de Seguridad Ciudadana del Ministerio del Interior y busca evitar el aumento de la delincuencia, ya que les facilita a las policías su labor en el cumplimiento de sus obligaciones legales. Eso sí es necesario que el Ministerio de Defensa Nacional agilice la confección del reglamento que regula la administración y funcionamiento de este banco de datos, por cuanto mientras ello no ocurra no entrará en operación dicho banco. Esto genera un gran perjuicio a la efectividad de la labor preventiva que realizan las policías, por cuanto en la actualidad ellas realizan esta labor en base a una base de datos que es administrada por el Registro Civil y que se caracteriza por su falta de actualización, lo que obliga a las policías a recurrir a sus propias bases de datos institucionales.

El problema de la seguridad ciudadana no se centra exclusivamente en el rol que debe cumplir el sistema procesal penal, al igual que la percepción de inseguridad por parte de la ciudadanía, ella tiene muchas aristas que son de carácter sociológico, por lo que no será necesario realizar modificaciones legales innecesarias para hacer ir ganando la lucha contra la delincuencia.

Entre esos aspectos resulta fundamental analizar la forma en que los medios de comunicación tratan el problema de la seguridad ciudadana; dedicar mayores recursos al problema de la rehabilitación y reinserción social por parte de Gendarmería; que las policías utilice métodos analíticos en la persecución criminal¹⁸⁰; y en especial, que en dichas tareas se respeten los derechos de las víctimas, imputados y del resto de la ciudadanía en el ejercicio de la pretensión punitiva por parte del Estado.

¹⁸⁰ Por ejemplo en América del Norte las policías y fiscales enfocan la persecución del delito mediante el análisis delictual, el cual busca patrones comunes y ataca sus causas directas e inmediatas, para encontrar información significativa que les permitan esclarecer delitos y prevenirlos.

BIBLIOGRAFÍA

I. LIBROS:

1. CERDA SAN MARTIN, RODRIGO y HERMOSILLA IRIARTE, FRANCISCO. 2.004. El Código Procesal Penal: Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia, Librotecnia, 1ª Edición, Santiago.
2. CHAHUÁN SARRAS, SABAS. 2.002. Manual del Nuevo Procedimiento Penal, Lexis Nexis, 2ª Edición, Santiago.
3. DAMMERT, LUCIA y LUNECKE, ALEJANDRA. 2.002. Victimización y Temor en Chile: Revisión Teórico-Empírica en doce comunas del país. Serie de Estudio, Centro de Estudios Seguridad Ciudadana, (CESC), IAP, Universidad de Chile, Santiago.
4. HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASLE, Julián. 2.002. Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago.
5. KAPLAN H. y SADOCK B. 2.001. Sinopsis de Psiquiatría, Ed. Médica Panamericana S.A., 8ª Edición, Madrid.
6. MATURANA MIQUEL, Cristian. 2.004. Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Procesal, Santiago.
7. NUÑEZ VASQUEZ, CRISTOBAL. 2.003. Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, 1ª Edición, Santiago.
8. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. 2.006. Código Procesal Penal: Anotado y Concordado. Ed. Jurídica de Chile, 2ª Edición, Santiago.
9. PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO. 2.008. Ley 20.253: Agenda Corta Antidelincuencia. Editorial Legis Chile S.A.

II. SENTENCIAS:

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2.005. Rol N° 458-2.005. Santiago.
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2.007. Rol N° 736 -2.007. Santiago.
3. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2.008. Rol N° 1.001-2.007, Santiago.
4. Tribunal Constitucional. 2005. Rol N° 1.065-2.008. Santiago. P. 21.

III. TEXTOS LEGALES:

1. Constitución Política de la República de Chile. Nuevo texto refundido con la reforma constitucional de la ley N°20.050, Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 22 de septiembre de 2.005.
2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 29 de abril de 1.989.
3. Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 05 de enero de 1.991.
4. Ley N° 19.628, “Sobre la protección de la Vida Privada”. Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 29 de agosto de 1.999.
5. Ley N° 19.640, “Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público”. Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 15 de octubre de 1.999.
6. Ley N° 19.696, “Código Procesal Penal”. Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 12 de octubre de 2.000.
7. Ley N° 20.227. Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 15 de noviembre de 2.007.
8. Ley N° 20.253. Santiago Chile, Diario Oficial de la República de Chile, 14 de marzo de 2.008.

IV. DOCUMENTOS ELECTRONICOS:

A. MONOGRAFÍAS ELECTRONICAS:

1. AJENJO, FELIPE y SALAZAR, FELIPE. 2.006 [en línea] Inseguridad y delincuencia en Chile: hacia una caracterización del temor. En Fundación Paz Ciudadana y Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. 2.007. Tercer Simposio Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia. Santiago. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 07 de julio de 2.008]
2. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.227 [en línea]. <http://www.bcn.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008].
3. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2.008. Historia de la Ley N° 20.253 [en línea]. <http://www.bcn.cl> [consulta: 01 de octubre de 2.008].
4. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [en línea]. <http://www.bcn.cl/guias/las-funciones-que-ya-no-hara-carabineros> [consulta: 02 de julio de 2.008].

5. DUCE, MAURICIO y OTROS. 2.006. [en línea] Seguridad Ciudadana y Reforma Procesal Penal. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 03 de julio de 2.008].
6. HARBOE BASCUÑAN, FELIPE. 2.008. [en línea] Encuesta de Victimización 2.007: Los Frutos del Trabajo Coordinado. Ministerio del Interior, Gobierno de Chile. <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008].
7. MINISTERIO PUBLICO. 2.000. Instructivo 19. [en línea]. <http://www.ministeriopublico.cl> [consulta: 06 de agosto de 2.008].
8. VALDIVIA RIVAS, CLAUDIO. 2.006 [en línea] Estudio empírico de penas en Chile 2.006. En Fundación Paz Ciudadana y Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. 2.007. Tercer Simposio Nacional de Investigación sobre Violencia y Delincuencia. Santiago. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 14 de agosto de 2.008]
9. VILLAGRA, RODRIGO. 2.008. [en línea] La Agenda Corta contra la Delincuencia. <http://www.iurisprudencia.cl> [consulta: 05 de mayo de 2.008].

B. BASE DE DATOS:

1. CENTRO DE ESTUDIOS PUBLICOS. 2.008. Estudio Nacional De Opinión Pública, Junio 2.008 [en línea]. http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/doc_4140.html [consulta: 09 de octubre de 2.008].
2. DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.007. [en línea] Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENSUC): Resultados 2.006 <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008].
3. DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.004. [en línea] Política Nacional de Seguridad Ciudadana <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 14 de septiembre de 2.008].
4. DIVISION DE SEGURIDAD PUBLICA, MINISTERIO DEL INTERIOR, GOBIERNO DE CHILE. 2.008. [en línea] Resultados IV Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana (ENUSC 2.007) <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 02 de julio de 2.008].
5. FUNDACION PAZ CIUDADANA y ADIMARK GfK. 2.007. [en línea] Índice de Paz Ciudadana Junio de 2.007. <http://www.pazciudadana.cl> [consulta: 09 de octubre de 2.008].GOBIERNO DE CHILE. 2.008. [en línea] Informe Estadísticas Nacionales sobre denuncias y detenciones por Delitos de Mayor Connotación Social y Violencia Intrafamiliar. <http://www.seguridadpublica.gov.cl> [consulta: 14 de agosto de 2.008].

6. SUBDEPARTAMENTO DE ESTADÍSTICA Y CONTROL PENITENCIARIO, GENDARMERIA DE CHILE. 2.008. [en línea] Población Penal según Sistema, Mayo 2.008. <http://www.gendarmeria.cl/estadisticas/main-estadis.htm> [consulta: 07 de julio de 2.008].