

ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN

ANÁLISIS DE DIVERSOS ASPECTOS DE LA LEY N° 20.931 DE 'AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA'

- Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada 'ley de agenda corta'
- Aplicación de la ley penal y procesal en el tiempo
- De la constitucionalidad del nuevo control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la Ley N° 20.931

N° 11 • Octubre, 2017

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

ESTUDIOS Y CAPACITACIÓN

ANÁLISIS DE DIVERSOS ASPECTOS DE LA LEY N° 20.931 DE "AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA"

- Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada 'ley de agenda corta'. *Departamento de Estudios y Proyectos (DEP), Defensoría Nacional.*
- Aplicación de la ley penal y procesal en el tiempo. *Departamento de Estudios y Proyectos (DEP), Defensoría Nacional.*
- De la constitucionalidad del nuevo control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la Ley N° 20.931. *Departamento de Estudios y Proyectos (DEP), Defensoría Nacional.*

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

Santiago de Chile • octubre de 2017

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O'Higgins 1449, torre I, piso 8.

"Prohibida la reproducción, almacenamiento o transmisión,
de manera alguna y por cualquier medio sin autorización
previa del autor y los editores".

Registro de Propiedad Intelectual N° 284114

Santiago - Chile

I.S.B.N. N° 978-956-8349-09-7 (Obras Completas)

I.S.B.N. N° 978-956-8349-50-9 (Volumen 11)

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

ÍNDICE

Presentación	11
I. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada 'ley de agenda corta'	13
Introducción	13
1. Análisis de modificaciones a normas penales	15
A) Modificación al artículo 433 del Código Penal	15
Comentario de los nuevos N° 1 y 2, artículo 433.....	15
Comentario del nuevo N° 3, artículo 433	16
B) Nuevo artículo 449 del Código Penal: marco penal rígido y efecto extraordinario de la reincidencia	18
Antecedentes e historia de la ley	18
Ámbito de aplicación de las reglas del artículo 449	19
Forma de determinación de la pena en estos delitos. Regla del artículo 449 N° 1, "marco rígido".....	20
Consideraciones para la defensa.....	21
Forma de determinación de la pena en estos delitos. Regla del artículo 449 N° 2, tratamiento de la reincidencia	25
Consideraciones para la defensa.....	26
Consideraciones acerca de la constitucionalidad del artículo 449.....	28
C) Modificaciones a los artículos 395, 406 y 407 del Código Procesal Penal: rebaja de pena por reconocimiento de los hechos y admisión de responsabilidad y extensión de la aplicabilidad del juicio abreviado	33
Comentario	34
La suspensión condicional del procedimiento en los delitos del artículo 449 del Código Penal.....	39
Principales riesgos de la vigencia de las nuevas normas de los artículo 449 del Código Penal y 395, 406 y 407 del Código Procesal Penal	41

D) Introducción del artículo 449 bis, supresión del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal y modificaciones del artículo 456 bis A y de la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	41
Derogación de la agravante de pluralidad de malhechores.....	42
Antecedentes de la derogación del artículo 456 N° 3 del Código Penal.....	44
Ámbito de aplicación y requisitos.....	45
E) Nueva falta incorporada en el N° 3 del artículo 496 del Código Penal y su incorporación al artículo 134 del Código Procesal Penal.....	47
Comentario.....	47
F) Modificación al artículo 261 del Código Penal y aumento de penas por lesiones a carabineros, funcionarios de Investigaciones y gendarmes.....	49
Comentario.....	51
G) Modificaciones a la Ley N° 18.216 y a la Ley N° 19.970, sobre Registros de ADN.....	54
Comentario.....	54
Comentario.....	55
Comentario.....	58
2. Análisis de modificaciones a normas procesales penales.....	60
A) Control de identidad del artículo 85 del C.P.P. y nuevo control preventivo del artículo 12 de la nueva ley.....	60
Control de identidad investigativo del artículo 85.....	60
Control de identidad preventivo.....	62
Modificaciones al control de identidad del artículo 85.....	63
a) Basta un solo 'indicio' en lugar de multiplicidad de 'indicios'.....	63
b) El control procede cuando hay antecedentes de una orden de detención.....	67
c) Utilización de medios tecnológicos para el control.....	68
El nuevo control de identidad preventivo.....	69
Relación entre ambos tipos de control de identidad.....	72
De la constitucionalidad del nuevo control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la nueva ley.....	74
B) Ampliación de las facultades autónomas de las policías.....	79
Comentario relativo al resguardo del sitio del suceso.....	80
Comentario.....	81

Posibles argumentos para la defensa	81
Límites	82
Comentario relativo a la identificación y toma de declaración a testigos	84
Comentario	84
Modificación al inciso final del art. 129 del C.P.P.: facultad de las policías de registrar e incautar autónomamente en lugares cerrados en casos de persecución flagrante	87
Comentario	87
Consideraciones que debe tener presente la defensa	89
Modificación del art. 215 del C.P.P., en virtud de la cual se faculta a las policías para incautar objetos o documentos no relacionados con el hecho investigado sin autorización judicial	91
Comentario	91
Modificación al art. 206: nueva hipótesis de entrada y registro a lugares cerrados sin autorización judicial ni del propietario	92
Comentario	93
Consideraciones relevantes para la defensa	93
Facultad de registrar al detenido sin necesidad de nuevos indicios	96
Comentario	96
Nueva hipótesis de flagrancia: registros audiovisuales	97
Comentario	97
Análisis de la norma	97
C) Ampliación de las hipótesis en las cuales se puede dictar orden de detención y modificaciones en materia de medidas cautelares personales.....	98
Ampliación de las hipótesis en las cuales se puede dictar orden de detención sin citar previamente al imputado. La orden de detención como fundamento para imponer la prisión preventiva.....	98
Comentario	98
Consideraciones para la defensa.....	100
Orden de detención automática en caso de quebrantamiento (nuevo inc. 5° del art. 129.....)	103
Nueva medida cautelar personal del art. 155 del C.P.P.: la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado	104
D) Ampliación de las hipótesis en que puede apelar el Ministerio Público	105
Análisis de la norma.....	108
E) Ampliación de técnicas especiales de investigación en ciertos delitos	109
Comentario	110

F) Normas relativas al juicio oral y la rendición de prueba	114
El llamado “juicio en ausencia” del imputado	115
Historia de la ley: contexto de origen de las normas	115
Objetivos de la norma	116
Diferencias entre la norma aprobada originalmente por el Senado, que modificaba el art. 396, y la redacción definitiva aprobada por el Congreso	116
Problemas prácticos que presenta el nuevo inciso final del art. 396	117
Problemas prácticos que presenta el nuevo inciso final del art. 191	119
Reglas para rendición de prueba pericial y testimonial en caso de incapacidad para comparecer al juicio posterior a la audiencia de preparación de juicio oral: modificaciones a los art. 329 y 331 del C.P.P.....	120
Análisis de la norma.....	121
Análisis de la norma.....	121
Nuevas normas de protección de testigos	123
G) Normas que facilitan labor del Ministerio Público en caso de incomparecencias de sus representantes a ciertas audiencias o incumplimiento de plazos: modificaciones a los art. 132 y 247 del C.P.P.	124
H) Normas no comprendidas en los grupos anteriores	126
Ampliación del plazo del secreto absoluto de la investigación (reserva de la carpeta investigativa) no oponible al imputado ni a su defensa.....	126
Establecimiento de plazos para que el Ministerio Público resuelva las solicitudes de diligencias que le efectúan los intervinientes.....	126
Principio de oportunidad debe regularse por instrucciones generales del Ministerio Público	127
Modificaciones en materia de permiso de salida de imputados en prisión preventiva.....	127
Incorporación de nuevo art. 87 bis del C.P.P.	128
II. Aplicación de la ley penal y procesal en el tiempo	129
Introducción.....	129
Ley penal en el tiempo	131
Ley N° 20.931 y nueva redacción del artículo 433 del Código Penal	132
Ley procesal penal en el tiempo / planteamiento del problema	133
Normativa aplicable.....	135
Efectos procesales de la Ley N° 20.931	136
Concepto de “procedimientos ya iniciados”	136
Concepto de “disposición más favorable al imputado”.....	138

Algunas consideraciones relativas a la Ley N° 20.931	139
<i>Lex tertia</i> / planteamiento del problema.....	142
Posición favorable a aplicación de <i>lex tertia</i>	145
Jurisprudencia	146
<i>Lex tertia</i> y la Ley N° 20.931. Consideraciones generales.....	149
Nuevos artículos 449 y 449 bis del Código Penal.....	151
Conclusiones	154
III. De la constitucionalidad del nuevo control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la Ley N° 20.931	157
Antecedentes y propósito	157
El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual	159
i) El control preventivo de identidad constituye una restricción de la libertad personal.....	160
ii) El artículo 12 de la Ley N° 20.931 debe ajustarse al texto del artículo 19, número 7 letra b) de la Constitución	161
iii) El artículo 12 de la Ley N° 20.931 debe cumplir la exigencia constitucional de que la libertad personal puede ser restringida en forma determinada	163
iv) El artículo 12 de la Ley N° 20.931 debe cumplir la exigencia constitucional de que la libertad personal sólo puede ser restringida en casos determinados	164
v) Conclusión.....	172
El fallo del Tribunal Constitucional.....	172

Presentación

Uno de los principales desafíos que representa para la Defensoría Penal Pública hacerse cargo de la defensa de personas con altos estándares de calidad es la actualización de los conocimientos y la capacitación permanente a todos quienes prestan defensa pública. Ello se hace particularmente necesario cuando se enfrentan modificaciones legales constantes y de cierta envergadura en materias penales y procesales penales y se requiere que nuestra Institución garantice la existencia de una contraparte efectiva, que otorgue equilibrio e igualdad de condiciones para enfrentar un proceso penal para toda persona imputada.

En este contexto, nos permitimos presentar textos de análisis que han sido elaborados por profesionales de la Defensoría Nacional a propósito de la dictación de la ley N° 20.931, conocida como "Agenda Corta" y que han tenido como objetivo actualizar los conocimientos de todos los Defensores Penales Públicos sobre los temas en cuestión, además de ofrecer a los diversos actores del sistema nuestras posturas e interpretaciones acerca de la nueva normativa aprobada.

I. Minuta sobre las modificaciones introducidas por la denominada 'ley de agenda corta'

Introducción

El Departamento de Estudios y Proyectos (DEP) de la Defensoría Nacional ha elaborado la presente minuta, a efectos de aportar a los defensores penales públicos insumos de relevancia para los debates jurídicos que tendrán lugar con la publicación de la denominada 'agenda corta anti delincuencia'.

La nueva ley introduce 53 modificaciones a diversos cuerpos legales, además de establecer tres artículos autónomos y dos disposiciones transitorias. Contempla seis modificaciones al Código Penal, 30 modificaciones al Código Procesal Penal, dos modificaciones al Código de Justicia Militar, dos modificaciones al Decreto Ley N° 2.460, de 1979 -Ley Orgánica de Investigaciones-, dos modificaciones al Decreto Ley N° 2.859, de 1979 -Ley Orgánica de Gendarmería-, tres modificaciones a la Ley N° 18.216, una modificación al Decreto Ley N° 321, de 1925, sobre libertad condicional; una modificación a la Ley N° 19.970, sobre sistema de registro de ADN; una modificación a la Ley N° 18.290, sobre tránsito; una modificación a la Ley N° 18.287, sobre Policía Local; una modificación a la Ley N° 19.640, orgánica constitucional del Ministerio Público, una modificación a la Ley N° 19.665, sobre comisión interministerial de la reforma procesal penal, y dos modificaciones a la Ley N° 20.393, sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ello da una idea de la importancia, amplitud y magnitud de las modificaciones introducidas. Interesa, en consecuencia, reforzar y ajustar los argumentos de la defensa frente a la normativa introducida, obtener y difundir jurisprudencia favorable a nuestros planteamientos, desarrollar nuevos argumentos y compartirlos, sin olvidar que nuestros usuarios requieren de nuestro mejor esfuerzo y capacidad profesional y humana para salvaguardar sus derechos. Sin defensa no hay justicia.

1. ANÁLISIS DE MODIFICACIONES A NORMAS PENALES¹

A) Modificación al artículo 433 del Código Penal

Texto aprobado:

"Artículo 433: El culpable de robo con violencia o intimidación en las personas, sea que la violencia o la intimidación tenga lugar antes del robo para facilitar su ejecución, en el acto de cometerlo o después de cometido para favorecer su impunidad, será castigado:

"1°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo calificado cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere, además, homicidio o violación.

"2°. Con presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo cuando, con motivo u ocasión del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397, número 1.

"3°. Con presidio mayor en su grado medio a máximo cuando se cometieren lesiones de las que trata el número 2° del artículo 397 o cuando las víctimas fueren retenidas bajo rescate o por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito".

1. Comentario de los nuevos N° 1 y 2, artículo 433

El antiguo N° 1 del 433 contemplaba en un solo numeral y con una misma pena el robo con homicidio, la violación y las lesiones de los artículos 395, 396 y 397 N° 1 del Código Penal, esto es, castración, mutilaciones y lesiones graves gravísimas.

La modificación descompone ese numeral en dos. Por una parte, en el N° 1 quedan el robo con violencia o intimidación cuando con motivo u ocasión del robo se comete homicidio o violación y, por otra parte, el nuevo N° 2 sanciona el robo con violencia o intimidación cuando, con motivo u ocasión del robo, se comete castración, mutilaciones o lesiones graves gravísimas.

La diferencia radica en el rango máximo de pena posible de aplicar. En ambos numerales el rango mínimo de la pena se eleva desde el presidio mayor en su grado medio (10 años y un día) a presidio mayor en su grado máximo (15 años y un día). La diferencia es que en el caso del homicidio y la violación la pena puede

¹ Se incluye en esta parte el análisis de ciertas modificaciones a los procedimientos simplificado y abreviado, por estimarse pertinente su análisis en conjunto con las normas sustantivas.

llegar a presidio perpetuo calificado y en el caso de la castración, mutilaciones y lesiones graves gravísimas sólo puede llegar a presidio perpetuo simple.

Esta modificación introduce una nueva distorsión en el sistema de penas del Código Penal. Un robo con violencia con pérdida de un miembro menos importante, cometido por un imputado con irreprochable conducta anterior, tiene una pena mínima, en abstracto, de 15 años y un día de presidio. Un homicidio simple consumado, cometido por el mismo imputado, tiene una pena mínima, también en abstracto, de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio. El autor del robo con violencia referido no puede rebajar el grado mínimo de su pena, cualesquiera sean las atenuantes que le beneficien, en tanto que el autor del homicidio puede optar a dicha rebaja si cuenta con más atenuantes que la mera irreprochable conducta anterior.

2. Comentario del nuevo N° 3, artículo 433

La segunda modificación que se introduce en este artículo dice relación con el antiguo numeral segundo del artículo 433, que pasa a ser numeral tercero. Se mantiene la penalidad, pero se altera la tipificación del tiempo que deben permanecer las víctimas del delito de robo con violencia o intimidación para que se trate de un robo calificado. La norma antigua contenía la frase "por más de un día", pasando con la nueva norma a exigirse que la retención lo sea "por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito".

A partir de lo amplio y abierto de los términos usados por el legislador para definir el límite temporal², el dilema que llama a discusión es ¿cuál es la interpretación correcta que corresponde dar a este elemento normativo del tipo penal "tiempo necesario para la comisión del robo"?

La respuesta es relevante pues, dado el nuevo parámetro normativo del artículo 433 N° 2 del Código Penal, ahora la determinación de este elemento del tipo queda entregada al órgano jurisdiccional (tiempo necesario) y, en consecuencia, amplía el ámbito de interpretación para determinar la calificación jurídica del hecho como robo calificado.

² Queda abierta la opción de desarrollar un razonamiento destinado a sostener que estamos en presencia de un tipo penal que no se ajusta completamente al principio de legalidad.

Habida cuenta que este tipo del Código Penal carecerá de un elemento objetivo y apreciable a través de una simple acción del intelecto, el tiempo necesario se deberá determinar caso a caso, según las circunstancias fácticas del hecho materia de la acusación y, sobre todo, considerando cuál es la función concreta que cumple la retención de la víctima para efectos de la consumación del robo.

El sentido de esta modificación queda de manifiesto con la intervención del senador Hernán Larraín en la discusión legislativa, en orden a que *“la idea de privación de libertad como calificante es un poco vaga y puede prestarse para confusiones... el objetivo es más bien sancionar aquella privación de libertad que no es inherente al robo y, por ello, la redacción del número 2 despachado por la Cámara de Diputados parece más razonable”*³.

Dada la redacción final de la norma y el sentido de la modificación, no quedan comprendidos en este caso aquellas situaciones de los llamados “secuestros express”, esto es, aquellos casos en que la víctima es llevada a diversos cajeros automáticos para que realice giros de dinero, en la medida en que es liberada inmediatamente después de concluido el último giro de dinero. En ese caso existe claramente una situación de necesidad o inherencia de retención de la persona para cometer el delito.

Asimismo, se puede argumentar que la retención de la víctima que se produce -o continúa- una vez consumado el delito, y que tiene por objeto sólo evitar la denuncia del mismo, es también inherente al ilícito. Por ejemplo, si las víctimas son maniatadas durante el robo, es evidente que quien comete el ilícito no las liberará apenas consiga la sustracción de la cosa, pues no sería posible el agotamiento del delito -conservación o reducción de la especie-, dado que previsiblemente no alcanzaría a fugarse de la policía. Por ende, este tipo de retención constituye un robo con violencia o intimidación simple del 436 inciso 1°, y no un robo calificado del 433 N°3.

En síntesis, el robo con violencia o intimidación es calificado en el N° 3 cuando las víctimas son retenidas bajo rescate o son retenidas por un lapso mayor a aquel que resulte necesario para la comisión del delito. La penalidad y la tipificación de las lesiones graves gravísimas no fueron alteradas.

³ Intervención del senador Hernán Larraín en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, pág. 16.

B) Nuevo artículo 449 del Código Penal: marco penal rígido y efecto extraordinario de la reincidencia

Texto aprobado:

“Artículo 449: para determinar la pena de los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies, y del artículo 456 bis A, no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 y se aplicarán las reglas que a continuación se señalan:

“1ª. Dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito, el tribunal determinará la cuantía de la pena en atención al número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes, así como a la mayor o menor extensión del mal causado, fundamentándolo en su sentencia.

“2ª. Tratándose de condenados reincidentes en los términos de las circunstancias agravantes de los numerales 15 y 16 del artículo 12, el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior, excluir el grado mínimo de la pena si esta es compuesta, o el minimum si consta de un solo grado”.

1. Antecedentes e historia de la ley

Este nuevo artículo viene a modificar completamente el sistema de determinación de la pena respecto de los delitos contra la propiedad indicados -que representan aproximadamente el 50 por ciento de los ilícitos que se judicializan en nuestro sistema penal-, excluyéndolos del sistema de determinación de pena establecido en la parte general del Código Penal.

El texto aprobado busca cumplir con dos de los objetivos del proyecto original, esto es “*modificar el sistema de determinación de penas para los delitos contra la propiedad (robos, hurtos, receptaciones), de forma tal que los responsables por dichos delitos reciban la pena prevista por la ley para el delito que se trate*”, e “*imponer a los reincidentes por esta clase de delitos sanciones algo más severas, que reduzcan las posibilidades de acceder a los beneficios de la Ley N° 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad y, tratándose de robos violentos y en lugar habitado, supongan un efectivo cumplimiento de las penas impuestas*”⁴.

⁴ Objetivos del Mensaje en Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados; pág. 7.

El proyecto original contemplaba, además, una disposición que señalaba, para estos mismos delitos, que en el caso de condena a una pena sustitutiva, la ejecución de ésta quedaba en suspenso por un año, tiempo durante el cual el condenado debía cumplir en forma efectiva la pena privativa de libertad, disposición que, finalmente, fue rechazada.

2. Ámbito de aplicación de las reglas del artículo 449

El encabezado del nuevo artículo fija su ámbito de aplicación, excluyendo de la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal y sometiendo a reglas especiales de determinación de penas a los delitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Código Penal y en el artículo 456 bis A del Código Penal, con excepción del hurto de hallazgo del primer inciso del artículo 448 del Código Penal y la apropiación de pelos o plumas (448 quinquies).

Por ende, no se aplica el artículo 449 a los delitos contra la propiedad no contemplados en la norma, tales como delitos de usurpación, delitos concursales, defraudaciones, estafas y otros engaños, incendio y otros estragos y daños, de los párrafos 6, 7, 8, 9 y 10 del Título IX del Código Penal.

Quedan, entonces, sometidos a este nuevo sistema especial de determinación de penas los siguientes delitos:

Delito	Artículo del Código Penal
Robo con homicidio o violación.	433 N° 1
Robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones graves gravísimas.	433 N° 2
Robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito.	433 N° 3
Piratería.	434
Robo con violencia o intimidación simple.	436 inciso 1°
Robo por sorpresa.	436 inciso 2°
Defraudación con violencia o intimidación (extorsión).	438
Robo con fuerza en lugar habitado.	440
Robo en lugar no habitado.	442
Robo en bienes nacionales.	443 inciso 1°

Delito	Artículo del Código Penal
Robo en bienes nacionales de vehículo motorizado.	443 inciso 2°
Robo de cables con interrupción o interferencia de suministro.	443 inciso 3°
Robo de cajeros automáticos o contenedores de dinero.	443 bis
Fabricar, expender o portar elementos conocidamente para efectuar robos.	445
Hurto de más de 400 UTM.	446 inciso final (*)
Hurto de más de 40 UTM hasta 400 UTM.	446 N° 1 (*)
Hurto de más de 4 UTM hasta 40 UTM.	446 N° 2 (*)
Hurto de más de media UTM hasta 4 UTM.	446 N° 3 (*)
Hurto agravado.	447
Hurto de redes de suministro.	447 bis inciso 1°
Hurto de redes de suministro con interrupción de suministro.	447 bis inciso 2°
Hurto de hallazgo de especies al parecer perdidas a consecuencia de catástrofes de más de una UTM.	448 inciso 2°
Abigeato cometido mediante robo calificado.	448 bis - 433
Abigeato cometido mediante robo simple.	448 bis - 436 inciso 1°
Abigeato cometido mediante hurto.	448 bis - 446
Receptación.	456 bis inciso 1°
Receptación de vehículo motorizado o redes de suministro.	456 bis inciso 2°

3. Forma de determinación de la pena en estos delitos. Regla del artículo 449 N° 1, “marco rígido”:

Las normas que quedan excluidas de aplicación en la determinación de la pena de estos delitos son los artículos 65 a 69 del Código Penal, que se refieren a la determinación de los rangos o grados de pena dependiendo del tipo de pena de que se trate (divisible o indivisible) y de la concurrencia de circunstancias atenuantes o agravantes.

Dichas normas incluyen la facultad del juez de rebajar la pena en un grado en presencia de una atenuante muy calificada, o de dos o más atenuantes sin agravantes, y la de graduar la pena por la mayor o menor extensión del mal causado. Esta última facultad judicial se establece expresamente en el nuevo texto del artículo 449 del Código Penal.

La regla general es que, para la determinación del quantum de la pena en estos delitos, el tribunal no puede salirse del marco legal establecido por la ley al delito, aun cuando se esté en presencia de dos o más circunstancias atenuantes o agravantes y ninguna contraria. El tribunal sólo puede moverse dentro del rango legal.

Ahora bien, dentro de ese rango legal, la pena concreta debe ser determinada por el tribunal considerando dos factores: el número y entidad de las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes y la mayor o menor extensión del mal causado. En todo caso, la forma como el tribunal razone para determinar la pena concreta, dentro del rango legal, en cada caso debe consignarse expresamente en el fallo, dado que la norma le exige fundamentarlo en su sentencia.

Es indispensable señalar que, en el afán de rigidizar el marco penal aplicable a estos delitos, y para que el tribunal no pueda rebajar la pena asignada por la ley en un grado por la concurrencia de atenuantes, el legislador ha renunciado a la posibilidad de que la pena concreta aumente en uno o más grados por sobre el marco legal abstracto, para estos mismos delitos, cuando estemos en presencia de ninguna atenuante y de dos o más agravantes distintas de la reincidencia, sean agravantes del artículo 12 del Código Penal o del artículo 456 bis del mismo Código.

Adicionalmente, tras la modificación, las agravantes que contempla el artículo 456 bis del Código Penal -aplicables a robos y hurtos- sólo podrían aumentar la pena por sobre el marco penal abstracto en delitos muy específicos, tales como hurto de hallazgo de especie que no exceda de una UTM, del primer inciso del artículo 448 del Código Penal; de apropiación de pelos o plumas del artículo 448 quinquies del Código Penal y otros delitos de robo y hurto que no estuvieran tipificados en los párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Código Penal, como por ejemplo el hurto o robo de material de guerra tipificado en el artículo 354 del Código de Justicia Militar.

Consideraciones para la defensa:

- a) Es posible la aplicación retroactiva del nuevo artículo 449 del Código Penal a hechos anteriores a su vigencia, por ser más favorable para el imputado/condenado, en conformidad con el artículo 18 del Código Penal. Ello sucederá en los casos en que el sujeto arriesgue una pena -o haya sido condenado a una pena- superior al marco abstracto, por estimarse concurrentes dos o más agravantes y ninguna atenuante.

Por ejemplo, frente a una sentencia por robo en lugar habitado cometido antes de la vigencia del nuevo artículo 449 del Código Penal, que acoge las agravantes del artículo 12 N° 12 (ejecutarlo de noche o en despoblado) y 456 bis N° 2 (ser la víctima de 85 años e inválido), sin reincidencia y sin ninguna atenuante que beneficie al imputado, el tribunal no podría imponer una pena de presidio mayor en su grado medio (10 años y un día a 15 años), ya que por aplicación retroactiva del nuevo artículo 449, su límite superior serían 10 años de presidio mayor en su grado mínimo.

Por último, en el caso de delitos contemplados en el artículo 449 del Código Penal cuya fecha de ejecución sea anterior a la vigencia de la nueva ley, pero el juzgamiento se verifique después de la vigencia de la nueva ley, al tratarse de normas de derecho sustantivo -determinación de la pena- rige la ley vigente al momento de la comisión del hecho, atendido lo prescrito en el artículo 19 N° 3, inciso penúltimo de la Constitución: “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”.

b) A nuestro parecer, la norma del artículo 449 sólo es aplicable al autor de delito consumado. Por ende, no se aplican las restricciones impuestas en dicha norma a los autores de delito frustrado o tentado ni a los cómplices o encubridores. Los argumentos que sostienen esta tesis son los siguientes:

- En primer lugar, durante toda la tramitación legislativa y discusión de esta modificación, jamás se mencionó el tema de la co-participación ni del *iter criminis*. Más aún, existen varios pasajes de la discusión legislativa que revelan que siempre se estaba pensando en legislar para el autor de delito consumado.

En efecto, durante la discusión particular de la nueva ley en la Cámara Alta, el senador Alberto Espina propuso una indicación que tenía por objeto que en los delitos de robo calificado, con violencia o intimidación y habitado, la concesión de pena sustitutiva de la Ley N° 18.216 estuviera condicionada a que el imputado cumpliera un año de cárcel efectiva (al igual que sucede con la ‘Ley Emilia’), tuviera o no irreprochable conducta anterior.

A raíz de ello, se discutió si era necesaria esta indicación o si, por el contrario, con el texto ya aprobado del artículo 449, ello era innecesario. En ese debate el ministro del Interior, Jorge Burgos, señaló que *“los efectos buscados por la indicación renovada están comprendidos en el artículo 449, propuesto por el Ejecutivo y aprobado por la Comisión, por cuanto los delitos*

incorporados en aquella parten su cómputo en cinco años y un día, con lo cual no es posible optar a penas sustitutivas".

En el mismo debate, el senador Felipe Harboe señaló que *"la indicación del colega Espina, que busca excluir del beneficio de pena sustitutiva a un conjunto de delitos, es probablemente adecuada. El problema es que se renovó antes de la aprobación del artículo 449, que, tal como señaló el señor ministro del Interior, incorporó el mismo objetivo. Es decir, ninguna de las personas que hayan cometido un delito de los establecidos en la indicación, aun siendo primerizas, podrá optar a penas sustitutivas, porque estas, de acuerdo a la Ley N° 18.216, se aplican hasta un límite máximo de sanción de cinco años, y los delitos que incorpora la indicación parten en cinco años y un día. Por lo tanto, sugiero pedirle al senador Espina que retire la indicación, porque su contenido se encuentra efectivamente subsumido en el artículo mencionado".*

A su vez, el senador Alfonso de Urresti afirmó que *"el artículo 449, que se aprobó ayer, efectivamente consagra el límite de los cinco años y un día a tales delitos, para los cuales, obviamente, no existirá la opción de obtener beneficios. Por añadidura, va a haber cárcel efectiva. Finalmente, el senador Espina afirmó que "si en la historia fidedigna de la ley queda constancia de que la indicación renovada está incluida en el artículo 449, que ya aprobamos, yo la retiro sin ningún problema"⁵.*

El objetivo inicial era que se aplicaran penas efectivas de al menos un año a los condenados por robo calificado, con violencia, intimidación o habitado. Luego, se retira esa indicación porque ese objetivo ya está cumplido en el artículo 449 del Código Penal que impide al juez bajar del grado mínimo asignado por la ley a esos delitos. En esa línea, se razona señalando que en esos delitos la pena mínima es superior a cinco años y que, por ende, no hay posibilidad de penas sustitutivas. La conclusión necesaria entonces es que los senadores están siempre entendiendo que el artículo 449 se aplica al autor consumado, por cuanto son los únicos casos en los cuales la pena mínima será siempre superior a cinco años.

El cómplice de robo en lugar habitado podría optar a una pena abstracta de presidio menor en su grado máximo y, eventualmente a pena sustitutiva.

⁵ Discusión particular del proyecto en el Senado; Segundo Trámite Constitucional; págs. 9 a 53 del debate.

Lo mismo ocurre con el encubridor de un robo con violencia simple, quien puede optar a una pena abstracta de presidio menor en su grado medio. Si los senadores y el ministro del Interior hubieran estado razonando sobre los co-partícipes y el desarrollo imperfecto del delito, no habrían argumentado de esta manera para que el senador Espina retirara su indicación.

- En segundo lugar, el N° 1 del artículo 449 comienza señalando que “*dentro del límite del grado o grados señalados por la ley como pena al delito*”. Por ende, el “marco rígido” que establece esta regla se aplica en ese ámbito: la pena señalada por la ley al delito. Ahora bien, ¿qué entiende el Código Penal por “*la pena señalada por la ley al delito*”? El art. 50 de dicho cuerpo legal prescribe que “*a los autores de delito se impondrá la pena que para éste se hallare señalada por la ley. Siempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado*”.

Por ende, se puede sostener que la regla del art. 449 N° 1 se aplica sólo en aquellos casos en que la pena a imponer es aquella señalada por la ley al delito, esto es la pena que corresponde al autor de delito consumado.

Por lo demás, cuando la ley ha querido crear una regla especial aplicable al grado de desarrollo de un delito o a un tipo particular de co-participación, lo ha dicho expresamente, como ocurre con los artículos 371 inciso primero y 450 del Código Penal, ejemplos ambos que constituyen modificaciones introducidas al texto original del Código Penal.

- En tercer lugar, no debe perderse de vista que el artículo 449 es un régimen especial y excepcional de determinación de pena, lo cual quedó de manifiesto durante toda la tramitación legislativa. La regla general del sistema de determinación de penas en Chile sigue siendo el contemplado en los artículos 50 a 77 del Código Penal. Continúan siendo excepcionales los regímenes contemplados en la ‘Ley Emilia’, la Ley de Control de Armas y este nuevo artículo 449 del Código Penal. En este contexto, parece obvio que la interpretación acerca del ámbito de aplicación del nuevo artículo 449 del Código Penal debe ser restrictiva, aplicando el principio *in dubio pro imputado*, más aún dadas las graves consecuencias que su aplicación indiscriminada tendría para los afectados.

En consecuencia, en los casos en que el *iter criminis* esté imperfecto (tentativa o frustración), o bien cuando el condenado es sólo co-partícipe (cómplice o encubridor), no es aplicable la regla 1° del artículo 449. Por tanto, el cómplice de un robo con intimidación, el autor de un hurto frustrado del art.

446 N° 3, o el cómplice de un hurto consumado del mismo monto, pueden acceder a penas menores, al serles aplicables las reglas de los art. 65 a 69 del Código Penal⁶.

- c) Por su parte, el nuevo artículo 449 no impide la aplicación general de los artículos 73 y 456 del Código Penal u otra regla de atenuación de pena diferente de las contempladas en los artículos 65 a 69 del Código Penal. De esta manera, si el imputado se ve beneficiado por la atenuante del artículo 11 N° 1 del Código Penal, o cualquiera otra eximente incompleta, siempre que concurra la mayoría de sus requisitos, la regla de rebaja contemplada en el artículo 73 rige plenamente.

4. Forma de determinación de la pena en estos delitos. Regla del artículo 449 N° 2, tratamiento de la reincidencia

Claramente la norma más compleja, desde el punto de vista del imputado, es aquella que determina que, en presencia de reincidencia, el tribunal estará obligado a excluir el grado mínimo de la aplicación de la pena concreta, si la pena es compuesta o el *mínimum* si la pena consta de un solo grado.

Las circunstancias que dan lugar a la aplicación de esta norma son las de los N° 15 y 16 del artículo 12 del Código Penal, conocidas como reincidencia genérica y específica.

Por ejemplo, el autor de un delito de robo con violencia simple arriesga una pena de 5 años y un día a 20 años de presidio mayor en sus grados mínimo a máximo. Si el tribunal acoge la agravante de reincidencia, genérica o específica, automáticamente la pena aplicable al imputado pasa a ser 10 años y un día a 20 años de presidio mayor en sus grados medio a máximo, ya que se excluye el grado mínimo.

Del mismo modo, el autor de un delito de robo en lugar habitado arriesga una pena de 5 años y un día a 10 años de presidio mayor en su grado mínimo. Si el tribunal acoge la agravante de reincidencia, genérica o específica, automáticamente la pena aplicable al imputado pasa a ser 7 años y seis meses a 10 años de presidio mayor en su grado mínimo, ya que se excluye el *mínimum* de la pena.

⁶ El problema se produce cuando en estos casos se estiman concurrentes dos o más agravantes y ninguna atenuante. En efecto, en ese caso al condenado por hurto frustrado le conviene la aplicación de la regla 1° del art. 449, a fin de que no se le imponga una pena por sobre el marco. En dichos casos, que son sumamente excepcionales, el defensor puede alegar que se utilice la interpretación más favorable al imputado.

Lo anterior es independiente del número y entidad de las atenuantes que concurran. Podrían existir varias atenuantes, pero de todas maneras, por el mero hecho de declararse la agravante de reincidencia, se debe aumentar la pena en la forma señalada, y solo dentro del “saldo disponible” podrán operar las restantes atenuantes y agravantes.

Atendido lo expuesto, adquiere mayor relevancia el oponerse a que se pretenda establecer la reincidencia sobre la base de condenas que registre el imputado como adolescente y, al mismo tiempo, se torna indispensable exigir una interpretación restrictiva de la reincidencia y de sus requisitos de procedencia.

Por último, es evidente un defecto de técnica legislativa en el texto del artículo 449 N° 2 del Código Penal, ya que sustrae los delitos que señala del ámbito del artículo 67 inciso tercero (entre otros) del Código Penal, pero en este número 2, a propósito de la reincidencia, hace referencia precisamente al *mínimum* y *máximum*, términos definidos en el inciso excluido⁷.

Consideraciones para la defensa:

- a) Este numeral 2° del artículo 449 sólo es aplicable al autor de delito consumado. En efecto, el N° 2 del artículo 449 se inicia señalando que *"tratándose de condenados reincidentes el tribunal deberá, para los efectos de lo señalado en la regla anterior"*. En consecuencia, la aplicación de esta regla presupone que estamos frente a una situación en la cual es procedente la aplicación del N° 1 del mismo artículo. Por ende, y bajo los mismos argumentos expuestos en el acápite anterior, si el N° 1 del artículo 449 sólo aplica en aquellos casos en que el imputado es autor de un delito consumado, entonces el N° 2 del mismo 449 tampoco aplica cuando el imputado es un mero co-partícipe (cómplice o encubridor), ni tampoco cuando, a pesar de ser autor, el *iter criminis* está en estado imperfecto (frustración o tentativa).
- b) Tampoco aplica el N° 2 del artículo 449 cuando estamos en presencia, al mismo tiempo, de la agravante de reincidencia y de la atenuante regulada en el artículo 73 del Código Penal (por ejemplo, un imputado condenado por un robo en lugar habitado que es reincidente y tiene imputabilidad disminuida). Ello porque, en virtud de lo dispuesto en el artículo 73 del Código Penal, la pena debe rebajarse en uno, dos o tres grados *al mínimo de los*

⁷ Este documento razona sobre la base de que los conceptos de *mínimum* y *máximum* son los definidos en el artículo 67 inciso tercero del Código Penal, sin perjuicio de lo que pueda señalar a futuro la jurisprudencia.

señalados por la ley, pero por aplicación del N° 2 del artículo 449, la pena a aplicar sería el *máximo* del grado de la pena del robo en lugar habitado.

Ambas normas son inaplicables en conjunto porque la rebaja del 73 se hace a partir del "mínimo señalado por la ley" y sobre este concepto deben repetirse los razonamientos expuestos a raíz del análisis del artículo 449 N° 1. Por otra parte, el 449 N° 2 parte de una pena superior al mínimo asignado por la ley. Esta regla solamente regula los efectos de estas agravantes para los delitos que indica, otorgándole un efecto extraordinario, pero ello no altera la pena abstracta asignada por la ley al delito.

Una interpretación armónica del artículo 449 debe concluir que el N° 2 se aplica a los delitos que se indica sólo cuando no procede una rebaja de grado por causa distinta de los artículos 65 a 69 del Código Penal. De lo contrario, el artículo 449 también habría contemplado entre las normas no aplicables al artículo 73 del Código Penal. Frente a la incompatibilidad de aplicar ambas normas, debe preferirse la interpretación más favorable al imputado.

La historia de la tramitación confirma esta postura. En efecto, durante su tramitación, el profesor Acosta *"recordó que durante la discusión en general sostuvo la necesidad de mantener para estos casos la limitación de responsabilidad que plantea el número 1º del artículo 11 del Código Penal, pero limitado a lo que exige el artículo 73, o sea que se configure el mayor número de los presu- puestos requeridos"*⁸.

- c) El mismo razonamiento anterior puede efectuarse cuando estemos en presencia, *al mismo tiempo*, de la agravante de reincidencia y de la atenuante privilegiada del artículo 456 del Código Penal, con la única diferencia que el artículo 456 utiliza la frase "se le aplicará la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada para el delito" y que la rebaja se limita, en este caso, a un solo grado, a diferencia de lo que ocurre con el artículo 73 del Código Penal.
- d) Con todo, en el evento de que un tribunal estimare aplicable la regla del artículo 449 N° 2 conjuntamente con las atenuantes del artículo 73 o 456 del Código Penal, cabe preguntarse cómo se debería efectuar la operación que determine la pena final concreta a aplicar.

Tomando como ejemplo la atenuante del 456 en un delito de robo con intimidación simple con agravante de reincidencia, hay dos opciones para determinar la pena concreta:

⁸ Intervención del profesor Juan Domingo Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 29.

- Si se aplica primero la reincidencia, el marco penal comenzaría en 10 años y un día y luego, al aplicarse la rebaja por la atenuante del 456, llegamos a una pena mínima de 5 años y un día.
- En cambio, si se aplica primero la rebaja por la atenuante del 456, llegamos a una pena de 3 años y un día a 5 años de presidio menor en su grado máximo. Y si, posteriormente, opera la agravante del 449 N° 2, entonces, debemos aplicarla en el *máximo*, arribando a una pena mínima de 4 años y un día. Obviamente, por *in dubio pro imputado*, la segunda opción debería preferirse⁹.

5. Consideraciones acerca de la constitucionalidad del artículo 449

El texto aprobado vulnera la igualdad ante la ley, al dar un efecto de exasperación a la reincidencia para delitos contra la propiedad y no otorgar el mismo efecto a la reincidencia en otros delitos de mucha mayor gravedad. Al respecto, la Corte Suprema ha señalado (Informe Proyecto de Ley Boletín N° 9885-07, 5 de marzo de 2015), “*a reincidencia deja de ser en estos casos una circunstancia agravante genérica, que pueda eventualmente compensarse con alguna atenuante y pasa a ser un factor influyente -a priori- de modo imperativo en la determinación judicial de la pena, que constituye un ámbito soberano en que los jueces ejercen sus atribuciones*”.

Cabe además reflexionar, desde la perspectiva de la razonabilidad de la norma, que esta situación privilegiada de la agravante no tiene como contrapartida la de dotar de un efecto extraordinario similar a la irreprochable conducta anterior. En efecto, ambas circunstancias modificatorias se fundan ulteriormente en la misma circunstancia fáctica: la conducta del sujeto con anterioridad a la comisión del hecho punible. De esta forma se contraviene el aforismo legal de “misma razón, misma disposición”, con una norma que parece contraria a lo que indica la lógica más elemental.

⁹ Es importante tener en consideración que en los delitos con pena de un solo grado sucede justamente lo contrario. Tómese como ejemplo un robo en lugar habitado con las mismas circunstancias modificatorias del ejemplo citado:

- Si se sigue la primera alternativa, la reincidencia no tendría mayor efecto y la pena a imponer sería de 3 años y un día a 5.

- Si se sigue la segunda alternativa, tras rebajarse la pena, la reincidencia excluiría el *mínimum*, siendo la pena a imponer de 4 años y un día a 5.

Así, en este caso, por principio *pro imputado*, debe optarse por la segunda alternativa.

El problema surge del carácter parcial de esta reforma, que se remite únicamente a parte de los delitos contra la propiedad, sin distinguir su gravedad y sin revisar las penas que se imponen a cada delito.

La regla primera del artículo 449 nuevo establece un trato diferenciado respecto de las personas que cometen un delito contra la propiedad por apropiación material. Un trato distinto al sistema establecido por el Código Penal en su Parte General, que viene a ser el tercer sistema de determinación de penas de nuestro ordenamiento con "marco rígido", tras aquellos establecidos por la Ley de Control de Armas y la 'Ley Emilia'.

Tal como está planteada, la inaplicabilidad de las reglas generales sobre determinación de pena a los delitos contra la propiedad constituye una grave infracción al principio de igualdad contemplado en la Constitución (artículo 19 N°2 de la Constitución). Dicha disposición asegura a todas las personas la igualdad ante la ley, agregando que en Chile no hay persona ni grupo privilegiado.

Existen diversos precedentes en cuanto a la forma en que la jurisprudencia constitucional y la doctrina tratan las contravenciones al principio de igualdad en el establecimiento de tratos punitivos diferenciados.

En su sentencia Rol 787-2007-INA, de 18 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional chileno establece que *"la existencia de un trato diferente para una cierta categoría de delitos no es suficiente para concluir que ello es contrario a la Carta Fundamental, pues ésta no prohíbe establecer diferencias. Sino que hacerlo arbitrariamente, esto es careciendo de fundamento razonable que pueda justificarlas"*.

En la sentencia Rol 509-2007, agrega que *"una limitación a un derecho fundamental es justificable cuando dicho mecanismo es el estrictamente necesario o conveniente para lograr un objetivo constitucionalmente válido, debiendo consecuentemente el legislador elegir aquellas limitaciones que impliquen gravar en menor forma los derechos fundamentales"*. En la misma sentencia establece que *"debe razonarse si el trato más gravoso que se aplica a los responsables de sólo algunos delitos resulta proporcionado al beneficio que se espera obtener con el establecimiento de la diferencia"*, señalando así la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad.

Con mayor claridad, en sentencia 1133, el Tribunal Constitucional ha señalado que un criterio elemental que determina si se ha infringido esta garantía constitucional es la "razonabilidad" del tratamiento diferenciado: *"La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas"*

las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y que no deben concederse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien o graven a otros que se hallen en condiciones similares. Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador”.

Por otra parte, el fallo dictado por el Tribunal Constitucional con fecha 14 de junio de 2016, en Rol N° 3081-2016, en que efectúa el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley en análisis, consideró que este artículo no era materia de ley orgánica constitucional, sino de ley simple, por lo que no debía emitir pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma¹⁰.

Por la misma razón, el tribunal omitió pronunciarse sobre la constitucionalidad de la gran mayoría de las normas penales y procesales penales contenidas en el proyecto¹¹. De esta manera, no existiendo un pronunciamiento formal del tribunal sobre la constitucionalidad de la norma, es posible solicitar su inaplicabilidad conforme al artículo 93 N° 6 de la Constitución.

Es necesario, entonces, preguntarse si el trato diferenciado respecto de los delitos contra la propiedad por apropiación material que establece el artículo 449 del Código Penal está o no justificado y si resulta razonable. Se trata, en definitiva, de establecer el cumplimiento del principio constitucional de proporcionalidad respecto de la reacción punitiva del Estado, considerando que *“la afectación de un derecho en ningún caso puede ir más allá de lo necesario para justificar la obtención de un objetivo constitucionalmente protegido”* y que *“una medida que establece un trato diferenciado entre las personas titulares de derechos constitucionalmente protegidos, como lo es la libertad personal*

¹⁰ El tribunal razonó “que consideramos que estas materias no son propias de ley orgánica, toda vez que el establecimiento de los delitos y sus penas es materia de ley simple de conformidad al artículo 19 N° 3 de la Constitución. Cuando la Constitución ha querido que sea una ley de distinto tipo, lo ha señalado. Así, respecto de las conductas antiterroristas, esta ley debe ser de quórum calificado (artículo 9)”. Sentencia N°3081-2016-CPR, página 34-35.

¹¹ Ver pág. 60, numeral 5°, de la Sentencia N°3081-2016-CPR, página 34-35.

consagrada en el art. 19 N° 7 de la Constitución, no puede materializarse en un sacrificio desmedido del derecho en cuestión, con la finalidad de lograr una protección más intensa de un interés social justificado" (Claudio Nash, Informe en Derecho para Tribunal Constitucional, diciembre 2005, p.13).

Durante la tramitación legislativa esta contravención al principio de igualdad ha sido señalada por la Corte Suprema, que ha dicho que *" en cuanto a la propuesta de que para determinar la pena de los delitos de hurto, robo con violencia o intimidación en las personas, robo con fuerza en las cosas, abigeato y receptación no se considerará lo establecido en los artículos 65 a 69 del Código citado y el tribunal determinará la pena dentro del límite del grado o grados señalados por la ley, el propósito de la iniciativa es que el culpable no reciba una sanción inferior al mínimo señalado por la ley en el tipo respectivo merced al juego de las circunstancias atenuantes Esta norma resulta objetable por varias razones:*

"En primer lugar, contraría el principio básico de igualdad ante la ley, ya que el autor de un delito mucho más grave, como p.ej. un homicidio, podrá obtener una rebaja de la pena legalmente establecida, merced al juego de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. En cambio, el autor de un simple hurto –p.ej. del artículo 446 N°2, presidio menor en su grado medio y multa" no podría recibir un castigo menor a ese grado de presidio, aunque tenga a su favor más de una minorante y no le perjudique agravante alguna (Informe de la Corte Suprema de 5 de marzo de 2015)".

Agrega la Corte que *"la propuesta implica el cercenamiento de las atribuciones concedidas a los jueces penales por los artículos 65 y siguientes del estatuto punitivo, sobre todo en cuanto permiten graduar la magnitud de la sanción aplicable, tomando en cuenta, amén de otros factores, las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, en particular las que autorizan a rebajar la pena prevista en la ley desde el mínimo de ella", explicando que "por tanto, la exclusión de la aplicación de los artículos 65 a 69 del Código Penal a los delitos ya mencionados –todos contra la propiedad-, introduce un impedimento serio al ejercicio de la función autónoma del juez penal y pone en entredicho la cúspide de su actividad resolutoria, cual es la individualización judicial de la pena".*

En un segundo informe de la Corte Suprema, de fecha 14 de septiembre de 2015, el presidente subrogante Milton Juica y los ministros Künsemüller, Brito Cerda y Miranda (suplente) reiteraron estas consideraciones, afirmando que la norma propuesta continuaba siendo "desproporcionada e ineficaz": *"En primer lugar, resulta desproporcionada, por cuanto establece un sistema de excep-*

ción respecto de esta clase de delitos, lo que involucrará que, en los hechos, éstos sean más gravemente sancionados que, incluso, algunos delitos contra la vida, la probidad funcionaria, la integridad física o la libertad sexual. De este modo, el culpable de hurto de un celular que exceda las 4 UTM, pero que no pase de 40 UTM (art. 446 N°2 Código Penal, que prevé la pena de presidio menor en su grado medio) será, en todo caso e independientemente de sus atenuantes, condenado a una pena a lo menos de 541 días de privación de libertad; mientras que la pena del empleado público que acepte un beneficio económico de 3000 UTM por omitir un acto debido propio de su cargo (art. 248 bis Código Penal, que prevé la pena de reclusión menor en su grado medio) que cuenta con dos atenuantes, podrá fácilmente ser inferior a 60 días”.

Ahondando en la razonabilidad de la iniciativa, el informe agrega que la medida no considera el estado actual de las penas privativas de libertad en Chile, ya que la mayor causa de privación de libertad es la condena por delitos contra la propiedad (58,5 por ciento), por lo que la reforma propuesta significaría un impacto muy elevado en la población penitenciaria, con inesperados efectos en torno a la reincidencia, aumento del gasto fiscal y desmedro de las condiciones carcelarias. En opinión de los ministros, “*el principal cambio que probablemente implicará la reforma será la mayor encarcelación por hurtos y robos no violentos*”.

La inconstitucionalidad del nuevo artículo 449 fue señalada incluso por el profesor Jean Pierre Matus Acuña, impulsor e ideólogo de las modificaciones efectuadas a la Ley de Tránsito y a la Ley de Control de Armas, y como él mismo señala en su informe a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, participó “*de la elaboración de los insumos que sirvieron de base para la preparación del texto en definitiva presentado al Congreso a fines de enero recién pasado*”.

En el mencionado informe, de fecha 16 de noviembre de 2015, Matus previene que “*el establecimiento de esta regulación del efecto de las circunstancias agravantes y atenuantes sólo para esta clase de delitos contra la propiedad carece de justificación técnica y es muy previsible que la litigación con base a la garantía de la igualdad ante la ley mine sus efectos esperados. Ello, por cuanto si en leyes especiales podría aceptarse el carácter particular de disposiciones similares (leyes de tránsito y armas, por ejemplo), en la reforma propuesta al Código Penal por este proyecto no parece haber una mayor justificación constitucional: ¿por qué lo que es bueno para racionalizar la imposición de penas en*

los delitos de hurto y robo no lo es respecto de las lesiones y los homicidios, las estafas, las falsificaciones, los atentados contra la autoridad, etc.?"

Agrega que *"este problema se ha hecho presente en las últimas modificaciones y propuestas de modificaciones a las leyes del tránsito, armas, terrorismo, conductas monopólicas, sobre delitos sexuales y sobre maltrato de personas, entre otras, pero al llegar ya al corazón del Código Penal, parece no existir justificación de especialidad para imponer un tratamiento diferenciado en las reglas de determinación de penas"*.

No deja de llamar la atención la afirmación del profesor Matus, quien fue el principal impulsor académico de las modificaciones a la Ley de Tránsito y a la Ley de Armas y que, en su informe sobre la modificación a la segunda de estas leyes –publicada como Ley N° 20.813– señalaba el motivo general de estas restricciones a la facultad de determinación judicial de las penas: *"esta proposición ofrece una solución a la situación que se produce a raíz de que los delitos contemplados en la ley de armas presentan también el problema común del régimen actual de determinación de penas, que se traduce en el hecho de que, por regla general, incluso penas de hasta quince años previstas por la ley para ciertos crímenes pueden terminar sufriendo importantes rebajas judiciales y sustituyéndose por sanciones de la ley N° 18.216"*.

Estas restricciones aplicadas en los casos recién señalados le parecían razonables al profesor Matus por el carácter de leyes especiales de esas leyes, pero considera que no es aceptable, por no existir justificación de especialidad, para estos delitos contra la propiedad, ya que *"no parece haber una mayor justificación constitucional"* para *"imponer un tratamiento diferenciado en las reglas de determinación de penas"* al *"llegar ya al corazón del Código Penal"*.

C) Modificaciones a los artículos 395, 406 y 407 del Código Procesal Penal: rebaja de pena por reconocimiento de los hechos y admisión de responsabilidad y extensión de la aplicabilidad del juicio abreviado

Texto aprobado

Nuevo inciso segundo del artículo 395 del Código Procesal Penal:

"En los casos de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, el fiscal podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a y 2a del artículo 449 del mismo cuerpo legal".

Se modifica el artículo 406 del Código Procesal Penal, cuyo texto actualizado es el siguiente:

“Presupuestos del procedimiento abreviado. Se aplicará el procedimiento abreviado para conocer y fallar los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, no superior a diez años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de los ilícitos comprendidos en los párrafos 1 a 4 bis del título IX del Libro Segundo del Código Penal y en el artículo 456 bis A del mismo Código, con excepción de las figuras sancionadas en los artículos 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal; o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas”.

Nuevo inciso cuarto del artículo 407 del Código “Procesal Penal (pasando el actual a ser quinto):

“Sin perjuicio de lo establecido en los incisos anteriores, respecto de los delitos señalados en el artículo 449 del Código Penal, si el imputado acepta expresamente los hechos y los antecedentes de la investigación en que se fundare un procedimiento abreviado, el fiscal o el querellante, según sea el caso, podrá solicitar una pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley, debiendo considerar previamente lo establecido en las reglas 1a o 2a de ese artículo”.

1. Comentario:

La aplicación de estas dos reglas se circunscribe a los delitos consignados en el nuevo artículo 449 del Código Penal y que han sido detallados en el cuadro anterior de este documento. En consecuencia, a partir de la nueva ley existen dos sistemas de aplicación para el procedimiento abreviado: el régimen general, que contempla un tope de pena de 5 años, y el sistema aplicable a los delitos contemplados en el artículo 449 del Código penal, que contempla un máximo de pena de 10 años.

El legislador previó que la imposición de un “marco rígido” en los delitos contra la propiedad generaría, entre otros efectos, un desincentivo de la defensa para negociar y, con ello, un importante aumento del número efectivo de juicios. Por ello, durante la tramitación del proyecto se introdujeron estas normas, con el objeto de moderar los efectos del marco rígido ya indicado.

Salvo el máximo de la pena, no se consignan requisitos diferentes de los que se contemplaban antes de la modificación para hacer procedentes el procedimiento simplificado con aceptación de responsabilidad y el procedimiento abreviado. En el simplificado el imputado debe admitir responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento y en el procedimiento abreviado debe aceptar expresamente los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundaren.

Como se señaló, la diferencia, en cuanto a la procedencia del procedimiento abreviado es que, tratándose de los delitos contemplados en el artículo 449 del Código Penal, el fiscal puede requerir la aplicación de una pena de hasta diez años de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo.

Para poder arribar a esta pena (no mayor a diez años en abreviado o no mayor a 540 días en simplificado), el fiscal puede solicitar la aplicación de una pena inferior en un grado al mínimo establecido por la ley, considerando previamente las circunstancias primera y segunda del artículo 449. En la práctica, esta norma exige que se considere, para el cálculo de la pena abstracta al delito, la concurrencia de la reincidencia, genérica o específica y, sólo después de efectuar esta consideración, se permite al fiscal ofrecer una pena inferior en un grado al mínimo.

La aplicación práctica de esta normativa en conjunto se procura sintetizar en el siguiente cuadro resumen:

Delito	Artículo	Pena	Con agravante reincidencia	Pena mínima en abreviado	Pena mínima simplificada
Robo con homicidio o violación	433 N° 1	15 años y un día a perpetua calificada	Perpetua simple a perpetua calificada	No procede	No procede
Robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones grave - gravísimas	433 N° 2	15 años y un día a perpetua simple	Perpetua simple	No procede	No procede
Robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito	433 N° 3	10 años y un día a 20 años	15 años y un día a 20 años	5 años y un día (sin reincidencia)	No procede
Piratería	434	5 años y un día a perpetua	10 años y un día a perpetua	3 años y un día (sin reincidencia) o 5 años y un día (con reincidencia)	No procede
Robo con violencia o intimidación simple	436 inciso 1°	5 años y un día a 20 años	10 años y un día a 20 años	3 años y un día (sin reincidencia) o 5 años y un día (con reincidencia)	No procede
Robo con sorpresa	436 inciso 2°	541 días a 5 años	3 años y un día a 5 años	541 días (con reincidencia)	61 días (sin reincidencia)
Robo con fuerza en lugar habitado	440	5 años y un día a 10 años	7 años y 6 meses a 10 años	3 años y un día	No procede
Robo en lugar no habitado	442	541 días a 5 años	3 años y un día a 5 años	541 días (con reincidencia)	61 días (sin reincidencia)
Robo en bienes nacionales	443 inciso 1°	541 días a 5 años	3 años y un día a 5 años	541 días (con reincidencia)	61 días (sin reincidencia)
Robo en bienes nacionales de vehículo motorizado	443 inciso 2°	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede
Robo de cables con interrupción o interferencia de suministro	443 inciso 3°	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede
Robo de cajeros automáticos	443 bis	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede
Portar elementos conocidamente destinados a efectuar robo	445	61 días a 540 días	301 días a 540 días	No procede	41 días
Hurto de más de 400 UTM	446 inciso final	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede
Hurto de más de 40 UTM hasta 400 UTM	446 N° 1	541 días a 5 años	3 años y un día a 5 años	541 días (con reincidencia)	61 días (sin reincidencia)
Hurto de más de 4 UTM hasta 40 UTM	446 N° 2	541 días a 3 años	818 días a 3 años	No procede	61 días

Hurto de más de media UTM hasta 4 UTM	446 N° 3	61 días a 540 días	301 días a 540 días	No procede	41 días
Hurto de redes de suministro	447 bis inciso 1°	541 a 5 años	3 años y un día a 5 años	541 días (con reincidencia)	61 días (sin reincidencia)
Hurto de redes de suministro con interrupción de suministro	447 bis inciso 2°	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	3 años y un día	No procede
Hurto de hallazgo de especies al parecer perdida a consecuencia de catástrofes de más de una UTM	448 inciso 2°	61 días a 540 días	301 días a 540 días	No procede	41 días
Abigeato cometido mediante robo con homicidio o violación	448 bis - 433 N° 1	Perpetua simple a perpetua calificada	Perpetua calificada	No procede	No procede
Abigeato cometido mediante robo con castración, mutilación de miembro importante o miembros importantes, lesiones graves - gravísimas	448 bis - 433 N° 2	Perpetua simple	Perpetua simple	No procede	No procede
Abigeato cometido mediante robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para comisión del delito	448 bis - 433 N° 3	15 años y un día a 20 años	17 años y 6 meses a 20 años	No procede	No procede
Abigeato cometido mediante robo con violencia o intimidación simple	448 bis - 436 inciso 1°	10 años y un día a 20 años	15 años y un día a 20 años	No procede	No procede
Abigeato cometido mediante hurto en animal de más de 400 UTM	448 bis - 446 inciso final	5 años y un día a 10 años	7 años y 6 meses a 10 años	3 años y un día	No procede
Abigeato cometido mediante hurto en animal más 40 UTM hasta 400 UTM	448 bis - 446 N° 1	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede
Abigeato cometido mediante hurto de animal más 4 hasta 40 UTM	448 bis - 446 N° 2	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede
Abigeato cometido mediante hurto de animal más de media hasta 4 UTM	448 bis - 446 N° 3	541 días a 3 años	818 días a 3 años	No procede	61 días
Receptación	456 bis inciso 1°	61 días a 5 años	541 días a 5 años	61 días (con reincidencia)	41 días (sin reincidencia)
Receptación de vehículo motorizado o redes de suministro	456 bis inciso 2°	3 años y un día a 5 años	4 años y un día a 5 años	541 días	No procede

Del análisis de las normas consolidadas precedentemente, podemos concluir que, en principio, la posibilidad que se dé un procedimiento abreviado con un rango de pena de presidio mayor en su grado mínimo, es decir 5 años y un día a 10 años, debiera reducirse a:

- Robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito del artículo 433 N° 3 del Código Penal, cometido por imputado no reincidente.
- Piratería del artículo 434 del Código Penal, cometido por imputado reincidente.
- Robo con violencia o intimidación simple del artículo 436 inciso primero, cometido por imputado reincidente.

Por otra parte, como consecuencia de las modificaciones introducidas por la nueva ley, se puede concluir que el delito más grave que contempla nuestro ordenamiento jurídico hoy es el de abigeato cometido mediante robo con homicidio o violación, del artículo 448 bis con relación al artículo 433 N° 1 del Código Penal, cometido por imputado reincidente, pues la única pena posible a aplicar en este caso es de presidio perpetuo calificado.

Llama la atención que, como consecuencia de la modificación introducida en el artículo 407 del Código Procesal Penal, tratándose de los delitos del artículo 449 del Código Penal, no se requiere la concurrencia de atenuantes o, en el peor de los casos, se requiere sólo del reconocimiento de la atenuante del artículo 11 N° 9 del Código Penal, para rebajar la pena en un grado y hacer posible y aplicable el procedimiento abreviado, a diferencia de lo que ocurre con los delitos no contemplados en el artículo 449.

Así, por vía de ejemplo, un imputado por robo en lugar habitado, sea reincidente o no, antes de la introducción del nuevo artículo 449 del Código Penal necesitaba contar con dos atenuantes y ninguna agravante o que se le calificara una atenuante para optar a la rebaja en un grado de la pena aplicable y hacer procedente un procedimiento abreviado. A partir de la vigencia del nuevo artículo 449 del Código Penal bastaría la mera propuesta de abreviado del fiscal para que se produjera la rebaja en un grado de la pena legal.

Ello trae de manera inevitable la posibilidad de que se aplique el nuevo 449 del Código Penal a aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley para obtener tal rebaja, cuando sólo milite una atenuante en favor del imputado (11 N° 9), ya que en este caso la nueva ley sería más favorable para el imputado y ello sería aplicable o bien en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, o –si alguien estimara que la naturaleza de estas

normas es procesal penal- en virtud de lo dispuesto en el artículo 11 del Código Procesal Penal.

Con todo, hay que recordar que este efecto se restringe sólo a los delitos contemplados en el artículo 449 del Código Penal. Así, por ejemplo, un imputado por tráfico ilícito de estupefacientes del artículo 3° de la Ley N° 20.000, para optar a un procedimiento abreviado seguirá requiriendo que concurren dos atenuantes a su favor y ninguna agravante.

2. La suspensión condicional del procedimiento en los delitos del artículo 449 del Código Penal

El inciso sexto del artículo 237 del Código Procesal Penal exige que la solicitud de suspensión condicional del procedimiento por parte del Fiscal adjunto sea sometida a la decisión del Fiscal Regional en los casos de robo con violencia, o intimidación en las personas o robo con fuerza en las cosas, entre otros delitos.

Recordemos que es requisito de toda suspensión condicional que la pena que pudiese imponerse al imputado, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no exceda de tres años. Ahora bien, tratándose de los delitos de robo con fuerza en las cosas en lugar habitado y robo con violencia o intimidación simple, la pena mínima se inicia en el presidio mayor en su grado mínimo, es decir en cinco años y día.

En la práctica, lo que ha ocurrido en algunos tribunales y casos es que, contando el imputado con irreprochable conducta anterior y aprobada la suspensión condicional por el Fiscal Regional, se señala que para llegar a la pena en cuestión se consideran concurrentes las atenuantes del 11 N° 6 y 11 N° 9, con lo cual se podría rebajar la pena en dos grados al mínimo y, por esa vía, sostener que la pena aplicable no excederá de tres años de privación de libertad. Esta fórmula, en principio, terminaría con la redacción del nuevo artículo 449 del Código Penal, ya que por no poderse rebajar la pena del mínimo asignado por la ley, jamás podría arribarse a una pena inferior a tres años de presidio. Ello también afectaría al robo de vehículo motorizado, al robo de cajeros automáticos y al robo hurto de cable o redes de suministro que provoquen interrupción del servicio.

Algunos argumentos en virtud de los cuales es posible señalar que la suspensión condicional es procedente respecto de estos delitos son los siguientes:

- El inciso sexto del artículo 237 contempla, entre otros, explícitamente el robo con violencia o intimidación y el robo con fuerza, y esta disposición no fue

modificada por la nueva ley, siendo la suspensión aún procedente respecto de estos delitos.

- Se podría razonar en el sentido de que la disposición del artículo 449 del Código Penal sólo se aplica al momento de calcular la pena a aplicar en una sentencia pero que, para el cálculo de la pena posible para efectos de determinar la procedencia de una suspensión condicional del procedimiento, no debería considerarse el artículo 449 del Código Penal, en virtud del *in dubio pro imputado*. En tal sentido, existen casos de suspensión condicional por delitos de la ley de control de armas (también contemplada en el inciso sexto del artículo 237 del CPP) que también están sujetos a marco rígido (art. 17 B Ley N° 17.798), a pesar de que el delito tiene una pena legal mínima de 3 años y 1 día, como es el caso del porte de arma ilegal (art. 9 inc. 1°), incluso en casos de portes de armas prohibidas del art. 13 (cuya pena abstracta es de presidio mayor en su grado mínimo), sin que haya existido objeción a su concesión.
- En el caso de que se desestime el argumento anterior, considerando que sí se debe considerar el art. 449 para evaluar la procedencia de la suspensión, entonces también deberían considerarse otras normas que tienen influencia en el pronóstico de la pena, tales como los art. 395 y 407 del Código Procesal Penal. Así, en aquellos delitos cuyo marco abstracto comienza en 3 años y un día -como el hurto de más de 400 UTM o el robo de cajeros automáticos-, atendido que el imputado puede acceder a una pena mínima de 541 días en el marco de un proceso abreviado o de aceptación de responsabilidad en simplificado, la suspensión condicional sería procedente en estos casos.
- El mismo razonamiento debe aplicarse cuando se trate de delitos frustrados o tentados y de cómplices o encubridores, conforme a lo expuesto precedentemente, a propósito del análisis del artículo 449 del Código Penal.

En el evento de que los argumentos anteriores fueren desestimados, sólo las opciones de que concurra una atenuante no contemplada en los artículos 65 a 69, que estemos en presencia de una institución como la media prescripción o de un imputado adolescente, permitirían en estos delitos arribar a una pena que no excediera de tres años y que permitiera hacer procedente la suspensión condicional del procedimiento¹².

¹² Obviamente, también procede la suspensión en caso de que la pena no sea superior a 3 años, al considerar las rebajas procedentes por no tratarse de un autor consumado, es decir se trata de un delito no consumado o el imputado es un mero partícipe.

3. Principales riesgos de la vigencia de las nuevas normas de los artículo 449 del Código Penal y 395, 406 y 407 del Código Procesal Penal

En primer lugar, es posible que aumenten los procedimientos abreviados -y, por tanto, la aplicación de la justicia negociada- en desmedro de los juicios orales, con el consecuente daño a la imagen del funcionamiento del sistema de justicia penal.

En segundo lugar, es posible que aumente el riesgo de condena de inocentes, por preferir un acuerdo -para obtener rebaja de pena- antes que enfrentar un juicio en que pueden ser condenados a una pena mayor (especialmente considerando la imposibilidad de rebajar la pena por el marco rígido).

En tercer lugar, el hecho de que el reconocimiento de responsabilidad en el marco de un procedimiento simplificado o abreviado tenga un impacto muchísimo mayor en la determinación de la pena que la concurrencia conjunta de múltiples atenuantes es una presión para que el imputado evite el juicio y facilite el trabajo de la parte acusadora.

Así, por ejemplo, si a un imputado por robo en lugar habitado se le reconocen las atenuantes de 11 N°6, 11 N°7 y 11 N°9 en el juicio oral, en caso de condena arriesga una pena efectiva de al menos 5 años y 1 día. En cambio, si renuncia al juicio y acepta responsabilidad en abreviado, puede optar eventualmente a una pena de 3 años y 1 día con pena sustitutiva de libertad vigilada intensiva. Esto hace indispensable reforzar la información a los imputados, la determinación de estrategias contundentes de defensa y el análisis pormenorizado de los antecedentes de investigación para la adopción de la mejor decisión en cada caso.

D) Introducción del artículo 449 bis, supresión del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal y modificaciones del artículo 456 bis A y de la Ley N° 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Texto aprobado:

"Artículo 449 bis: Será circunstancia agravante de los delitos contemplados en los Párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis de este Título, y del descrito en el artículo 456 bis A, el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer dicho hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita de que trata el Párrafo 10 del Título VI del Libro Segundo".

"Artículo 456 bis: En los delitos de robo y hurto serán circunstancias agravantes las siguientes:

3.- *Derogada (ser dos o más los malhechores)*”.

“Artículo 456 bis A:

Inciso final nuevo: Si el valor de lo receptado excediere de cuatrocientas unidades tributarias mensuales, se impondrá el grado máximo de la pena o el máximum de la pena que corresponda en cada caso”.

“Artículo 1° Ley 20.393: Contenido de la ley. La presente ley regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los delitos previstos en el artículo 27 de la ley N° 19.913, en el artículo 8° de la ley N° 18.314 y en los artículos 250, 251 bis y 456 bis A; el procedimiento para la investigación y establecimiento de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas”.

“Artículo 15 Ley 20.393: Determinación legal de la pena aplicable al delito. A los delitos sancionados en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal, y en el artículo 8° de la ley N° 18.314, se les aplicarán las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior”.

“Al delito contemplado en el artículo 27 de la ley N° 19.913 le serán aplicables las penas de crímenes, según lo dispuesto en el artículo precedente”.

“Tratándose del delito contemplado en el artículo 456 bis A del Código Penal, le serán aplicables las penas previstas en esta ley para los simples delitos, de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior. En caso de reincidencia configurada en los términos del artículo 7°, se podrá imponer, además, la pena de disolución de la persona jurídica, regulada en el artículo 9°”.

1. Derogación de la agravante de pluralidad de malhechores

La derogación de la agravante de pluralidad de malhechores contenida en el N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal es, probablemente, una de las modificaciones de mayores consecuencias prácticas que contempla la nueva ley.

En efecto, baste considerar la gran cantidad de sentencias dictadas en juicio oral en que el tribunal reconoce a el o los imputados dos circunstancias atenuantes (típicamente 11 N° 6 y 11 N° 9) y, al mismo tiempo, concede la agravante del artículo 456 bis N° 3 de pluralidad de malhechores, con la consecuente imposibilidad de acceder a la rebaja en un grado al mínimo de la pena establecida por la ley al delito y, en muchas ocasiones, la imposibilidad adicional de optar a penas sustitutivas, cuando la pena mínima del delito juzgado era presidio mayor en su grado mínimo.

La supresión introducida supone un arduo trabajo para los defensores penales públicos: identificar todos aquellos casos que cumplan con la situación descrita en el párrafo anterior y solicitar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, la adecuación de la pena impuesta a la nueva modificación.

En estos casos, de acuerdo al texto de la sentencia, se mantendrían dos circunstancias atenuantes, pero ya no concurriría la circunstancia agravante de pluralidad de malhechores (por haber sido derogada). En ese escenario, debería generarse el debate acerca de si la rebaja que contemplan los artículos 67 inciso cuarto y 68 inciso tercero del Código Penal obligan al tribunal a rebajar la pena al menos en un grado, o si es facultativa para el tribunal dicha rebaja, pero cualquiera sea la postura del tribunal, el nuevo escenario (dos circunstancias atenuantes y ninguna agravante) lo obliga a emitir un pronunciamiento acerca de si efectúa la rebaja o no y, en el evento de dar lugar a la rebaja, definir cuál sería la nueva pena a aplicar.

A lo anterior se agrega el debate, cuando proceda, acerca de la concesión de beneficios o pena sustitutiva, dependiendo de la fecha del hecho y la normativa de la Ley N° 18.216 que sea más favorable al imputado en el caso concreto.

Es posible que el tribunal sentenciador intente eludir resolver una solicitud como la señalada por vía de sostener que no existe influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, desde el momento en que -para la doctrina mayoritaria- la rebaja de la pena por bajo del mínimo de la pena abstracta es facultativa y no obligatoria para el tribunal.

Sin embargo, el punto es diferente. Si el tribunal determinó que había dos atenuantes y una agravante de reincidencia, y compensó una atenuante con la reincidencia, al permanecer sólo una atenuante no tenía opción de considerar si rebajaba o no la pena. Pero la petición que se realiza es precisamente que, eliminada la reincidencia en virtud del artículo 18 del Código Penal, sobreviven dos atenuantes y ninguna agravante y, en este nuevo escenario, el tribunal está obligado a pronunciarse -y, por ende, a fundamentar- si decide efectuar o no una rebaja de pena bajo el mínimo legal y, en su caso, cuánto decide rebajar.

Es esta decisión -de si rebaja o no rebaja- la que el tribunal debe adoptar tras la derogación de la pluralidad de malhechores. Para quienes sostienen la doctrina mayoritaria de que la rebaja es enteramente facultativa, el tribunal podría decidir tras el debate que, concurriendo dos atenuantes y ninguna agravante, decide no rebajar, pero de lo que se trata es que el tribunal debe adoptar una decisión que, con el fallo original, no tuvo necesidad de adoptar.

Podría discutirse, además, la pertinencia de solicitar la adecuación de la sentencia definitiva que reconoció la agravante de pluralidad de malhechores y estableció la existencia de una sola atenuante en favor del imputado, solicitándose que la única minorante sobreviviente se estime como muy calificada conforme al artículo 68 bis del Código Penal y, por esa vía, en el nuevo escenario de derogación del artículo 456 bis N° 3, optar a la rebaja en un grado al mínimo de la pena establecida por la ley al delito en cuestión.

En este caso no procedería el debate acerca de la obligatoriedad del tribunal de efectuar la rebaja, ya que conforme al artículo 68 bis es facultativo para el tribunal hacerlo, pero éste estaría obligado a pronunciarse acerca de si hace uso de esa facultad o no. En su caso, también sería procedente el debate acerca de la concesión del beneficio o la aplicación de pena sustitutiva de la Ley N° 18.216.

2. Antecedentes de la derogación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal

El artículo 449 bis aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados establecía una disposición que facultaba al juez a aumentar la pena de la receptación en un grado, “si el delito fuere cometido por una agrupación u organización, la que se calificará en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo”.

Durante la discusión de esta disposición en el Senado se propuso reemplazar la agravante por la de “si el imputado forma parte de una agrupación o reunión de delincuentes”, asimilando el texto a la disposición contemplada en la Ley N° 20.000.

En este contexto, el profesor Acosta *“puntualizó que si se quiere establecer una agravación focalizada en la comisión de los delitos de este párrafo, facilitada por la concurrencia de una agrupación sin requerir que se constituya la figura de la asociación ilícita, es necesario derogar el número 3º del artículo 456 bis, que justamente agrava por esa misma causa la responsabilidad de los participantes del robo y hurto”*¹³.

A raíz de esta discusión, en sesión posterior se propuso una indicación parecida al texto final, que incorporaba además la norma relativa a las personas jurídicas y que derogaba el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. En esta

¹³ Intervención del profesor Juan Domingo Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 39.

discusión, nuevamente el profesor Acosta *“planteó que la disposición signada como nuevo artículo 449 bis parece bien formulada a la luz de la discusión que tuvo lugar en la sesión anterior, especialmente en lo relativo a establecer una agravante para el caso de comisión plural de delitos contra la propiedad que no alcancen a configurar una asociación ilícita...”*¹⁴.

En ese contexto, el Fiscal Nacional subrogante, Andrés Montes, *“manifestó que la disposición propuesta soluciona varios problemas prácticos. En primer lugar, supera los inconvenientes que existen para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis, pues los tribunales han interpretado que la palabra “malhechores” se refiere a personas que han hecho del delito su ocupación, es decir que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole. En cambio, si se trata de primerizos no opera la agravación, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo. Por otro lado, planteó que es muy difícil configurar una asociación ilícita, porque se exige la acreditación de una estructura interna estable, que imponga cierta separación de funciones y que tenga un centro de decisión común. En razón de ello, no resulta fácil que ese tipo penal se dé, aunque el delito haya sido cometido con el auxilio de dos o más personas”*¹⁵.

En esa sesión se sancionó el texto derogatorio y en sesiones posteriores sólo se introdujeron mejoras de redacción en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas. En consecuencia, no existe ninguna duda de que durante la tramitación legislativa se acordó sustituir la agravante de pluralidad de malhechores por la nueva agravante contemplada en el artículo 449 bis del Código Penal.

3. Ámbito de aplicación y requisitos

El ámbito de aplicación de esta nueva agravante no es exactamente el mismo que el nuevo artículo 449 del Código Penal, ya que también se aplica al hurto de hallazgo del primer inciso del artículo 448 del Código Penal y la apropiación de pelos o plumas (448 quinquies).

Los requisitos de esta nueva agravante son más exigentes que los que contemplaba la pluralidad de malhechores. Se exige que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer los otros delitos contra la propiedad no contemplados en los

¹⁴ Intervención del profesor Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 41.

¹⁵ Intervención del Fiscal Nacional subrogante en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 41.

párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título, y de la receptación del artículo 456 bis A, siempre que ello no constituya el delito de asociación ilícita.

El artículo 19 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico de estupefacientes, dispone que *“tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de organización del artículo 16”*.

Si bien la fuente de inspiración del nuevo artículo 449 claramente es el artículo 19 a) de la Ley N° 20.000, existen diferencias en su tipificación. El tiempo verbal utilizado en el nuevo artículo 449 bis es diferente del utilizado en el artículo 19 de la Ley N° 20.000. Mientras ésta se refiere a que el imputado formó parte (pretérito), el artículo 449 bis habla de que el imputado *“haya actuado formando parte”*. Pareciera, en una primera lectura, que en el caso de la Ley N° 20.000 bastara que el imputado en algún momento haya formado parte de la entidad, y que en el caso del artículo 449 bis el imputado, al momento de la comisión del delito (no antes, ni después), haya estado formando parte de la entidad.

Un primer examen parece hacer plausible la tesis de que se exige algo más que la *“agrupación o reunión de delincuentes”* del artículo 19 a) de la Ley N° 20.000, ya que el artículo 449 bis habla de *“agrupación u organización”*. La referencia a *“organización”* en lugar de una mera *“reunión de delincuentes”* hace exigible un requisito de permanencia de mayor entidad que el exigido por la Ley N° 20.000.

Más allá de estas reflexiones, los requisitos de esta nueva *“agrupación u organización”*, distintos de la asociación ilícita, deberán ser determinados por la jurisprudencia a partir de las propuestas de los intervinientes.

En concomitancia con la discusión legislativa del artículo 449 bis y de la derogación del 456 bis N° 3, se adoptó la norma de incorporar como delito posible de ser cometido por las personas jurídicas la receptación del artículo 456 bis A del Código Penal, el que se acordó sancionar con las penas que la Ley N° 20.393 contempla para los simples delitos, pero con la salvedad de que, en caso de que la persona jurídica sea reincidente en el delito de receptación, podrá aplicarse la sanción de su disolución.

Finalmente, en esta parte, se aumenta la sanción de la receptación cuando lo receptado exceda las 400 unidades tributarias mensuales, algo más de 18 millones de pesos (\$M18.000). En este caso, la norma dispone que si la pena

de la receptación consta de un solo grado, se impondrá en su *máximum* y si consta de varios grados, se impondrá en su grado máximo.

La principal aplicación práctica de esta norma será en aquellos casos de receptación de vehículos motorizados de más de 400 UTM, caso en el cual la pena aplicable partiría en 4 años y un día de presidio menor en su grado máximo.

E) Nueva falta incorporada en el N° 3 del artículo 496 del Código Penal y su incorporación al artículo 134 del Código Procesal Penal

Texto aprobado;

"Artículo 496. Sufrirán la pena de multa de una a cuatro unidades tributarias mensuales: 3. El que impidiere el ejercicio de las funciones fiscalizadoras de los inspectores municipales.

"Art. 134 inciso 4: 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. 3, 5 y 26".

1. Comentario

Esta norma fue incorporada por el Senado en segundo trámite constitucional, a solicitud de la Municipalidad de Santiago, y fue rechazada por la Cámara de Diputados en tercer trámite constitucional, siendo su texto y aprobación finalmente zanjados en Comisión Mixta.

Resumiendo las objeciones a la norma, los diputados Ceroni y Soto "*observaron que la ley orgánica constitucional sobre Municipalidades no contempla dentro de la planta de funcionarios de estas instituciones a los inspectores municipales y que tampoco considera facultades específicas para ellos, razón por la cual cualquier funcionario edilicio, incluso aquellos que tienen nombramiento de carácter político, podrían ocupar estos cargos. En segundo término, señalaron que la proposición en estudio sanciona a quienes obstaculicen de cualquier forma la labor de esos inspectores, lo que constituye un tipo penal abierto impropio, que debería ser interpretado por el juez caso a caso, infringiendo el principio constitucional de la tipicidad*".

Además, expresaron que "*hay otras disposiciones vigentes que garantizan el adecuado ejercicio de las atribuciones que ejercen los inspectores municipales, como es el caso del número 1) del artículo 495 del Código Penal, que castiga con multa de una unidad tributaria mensual al que contraviniere las reglas*

que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya por sí mismo un crimen o simple delito. Finalmente, hicieron notar que la nueva falta introducida por el Senado se agrega de manera injustificada al reducido número de figuras de esas características que permiten la detención del infractor flagrante”¹⁶.

Finalmente se aprobó la incorporación de esta falta con modificaciones al texto aprobado originalmente y dejando constancia de que *“la proposición no importa, en ningún caso, conferir facultades intrusivas ni permitir que el funcionario municipal cuya labor de fiscalización sea resistida pueda arrestar al infractor. Lo que se establece es que ese entorpecimiento constituirá una falta y que el infractor que sea sorprendido cometiéndola en forma flagrante, pueda ser arrestado con el solo propósito de pasar ante el tribunal para responder por ella”¹⁷; “ya se ha precisado sobradamente que el precepto en análisis no habilita a los inspectores municipales para detener personas ni para realizar ningún tipo de diligencia intrusiva, ni menos para ejercer funciones que son propias de la policía”¹⁸.*

Como corolario de lo anterior se habilita a la práctica de la detención por flagrancia a quien comete esta nueva falta. Es importante señalar que se eliminó del tipo penal de la falta el verbo rector “obstaculizar”, manteniéndose sólo “impedir”. Así, no cualquier acto que demore el ejercicio de la función del inspector constituye la falta, sino que debe tratarse derechamente de un acto que imposibilite su función.

Asimismo, esta falta se propuso y aprobó -como consta en la discusión legislativa- para el caso de que el fiscalizado se niegue a identificarse ante el inspector, impidiendo que le cursen una multa administrativa. De esta manera, para que se configure la falta debemos estar frente a impedimentos de una gravedad análoga al señalado.

¹⁶ En Informe de Comisión Mixta; pág. 7.

¹⁷ Intervención del senador Harboe en Comisión Mixta; pág. 9

¹⁸ Intervención del diputado Fuenzalida en Comisión Mixta; pág. 10

F) Modificación al artículo 261 del Código Penal y aumento de penas por lesiones a carabineros, funcionarios de investigaciones y gendarmes

Texto aprobado

"Artículo 261 del Código Penal (Cometen atentado contra la autoridad):

"1° Los que sin alzarse públicamente emplean fuerza o intimidación para algunos de los objetos señalados en los artículos 121 y 126.

"2° Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, carabineros, funcionarios de la Policía de Investigaciones o Gendarmería de Chile, cuando aquélla o éstos ejercieren funciones de su cargo".

"Artículo 416 bis del Código de Justicia Militar:

"El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un carabinero que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, será castigado:

"1°. Con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

"2°. Con presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

"3°. Con presidio menor en grado medio a máximo, si le causare lesiones menos graves.

"4°. Con presidio menor en su grado mínimo si le ocasionare lesiones leves".

"Artículo 416 ter del Código de Justicia Militar:

"Cuando la víctima de los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal sea un carabinero en el ejercicio de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen:

"1° Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395.

"2° Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito establecido en el inciso primero del artículo 396.

"3° Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396".

"Artículo 17 del Decreto Ley N° 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile:

“El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un miembro de la Policía de Investigaciones de Chile que se encontrare en el ejercicio de sus funciones, será castigado:

“1º.- Con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, si de resultas de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

“2º. Con presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

“3º. Con presidio menor en su grado medio a máximo, si le causare lesiones menos graves.

“4º. Con presidio menor en su grado mínimo, si le ocasionare lesiones leves”.

“Artículo 17 ter del Decreto Ley N° 2.460, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile:

“Cuando la víctima de los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal sea un funcionario de la Policía de Investigaciones en el ejercicio de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen:

“1º Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395.

“2º Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito consignado en el inciso primero del artículo 396.

“3º Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396”.

“Artículo 15 B del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile:

“El que hiriere, golpeare o maltratare de obra a un miembro de Gendarmería de Chile durante el desempeño de sus funciones o en razón de ellas, será castigado:

“1. Con la pena de presidio mayor en su grado medio a máximo, si del resultado de las lesiones quedare el ofendido demente, inútil para el trabajo, impotente, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme.

“2. Con presidio mayor en su grado mínimo, si las lesiones produjeran al ofendido enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días.

“3. Con presidio menor en su grado medio a máximo, si le causare lesiones menos graves.

"4. Con presidio menor en su grado mínimo, si le ocasionare lesiones leves".

"Artículo 15 C del Decreto Ley N° 2.859 de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile:

"Cuando la víctima de los delitos establecidos en los artículos 395 y 396 del Código Penal sea un miembro de Gendarmería de Chile en el ejercicio de sus funciones, se aplicarán las penas que siguen:

"1° Con presidio mayor en su grado máximo, cuando fuere víctima del delito establecido en el artículo 395.

"2° Con presidio mayor en su grado medio, cuando fuere víctima del delito establecido en el inciso primero del artículo 396.

"3° Con presidio menor en su grado máximo, cuando lo fuere del delito establecido en el inciso segundo del artículo 396".

1. Comentario

Como se ve, el aspecto central de la modificación consistió en el aumento de la penalidad para aquellos delitos que afectan la integridad física de carabineros, funcionarios de Investigaciones y de Gendarmería cuando estos delitos han sido cometidos, en términos generales, mientras los funcionarios se encuentran en el ejercicio de sus funciones.

Las modificaciones no afectan en nada al tipo penal específico de cada caso, sino que se refieren exclusivamente a la penalidad aplicable. El siguiente cuadro resume los principales cambios y el resultado de las modificaciones efectuadas.

Herir, golpear o maltratar de obra a un carabnero de servicio o a un funcionario de Investigaciones en el ejercicio de sus funciones o a un miembro de Gendarmería de Chile durante el desempeño de sus funciones o en razón de ellas, causando: (Artículos 416 bis y 416 ter del Código de Justicia Militar, 17 bis y 17 ter del Decreto Ley N° 2.460, de 1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile y 15 B y 15 C del Decreto Ley N° 2.859, de 1979, Ley Orgánica de Gendarmería de Chile)				
Tipo de lesión	Nueva pena	En tiempo	Antigua pena	En tiempo
Castración.	Presidio mayor en su grado máximo.	15 años y un día a 20 años.	Presidio mayor en su grado medio a máximo.	10 años y un día a 20 años.
Mutilación de miembro importante.	Presidio mayor en su grado medio.	10 años y un día a 15 años.	Presidio mayor en su grado mínimo a medio.	5 años y un día a 15 años.

Tipo de lesión	Nueva pena	En tiempo	Antigua pena	En tiempo
Mutilación de miembro menos importante.	Presidio menor en su grado máximo.	3 años y un día a 5 años.	Presidio menor en su grado medio a máximo.	541 días a 5 años.
Lesiones graves – gravísimas.	Presidio mayor en su grado medio a máximo.	10 años y un día a 20 años.	Presidio mayor en su grado medio.	10 años y un día a 15 años.
Lesiones graves.	Presidio mayor en su grado mínimo.	5 años y un día a 10 años.	Presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.	3 años y un día a 10 años.
Lesiones menos graves.	Presidio menor en su grado medio a máximo.	541 días a 5 años	Presidio menor en su grado medio a máximo.	541 días a 5 años.
Lesiones leves.	Presidio menor en su grado mínimo.	61 días a 540 días.	Presidio menor en su grado mínimo o multa de 6 a 11 UTM.	61 días a 540 días o multa de \$ 273.000 a 501.000 app.

En esta materia, el elemento central de la discusión y debate legislativo fue la forma o manera de sancionar el maltrato a policías y gendarmes en que no se causa lesión. En efecto, en el segundo trámite constitucional, el Senado había aprobado una disposición que, para cada tipo de funcionario (Carabineros, Investigaciones, Gendarmería) sancionaba con presidio menor en su grado mínimo cuando al respectivo funcionario se le ocasionaban lesiones leves *o maltrato físico, aun cuando este último no dejare señales visibles*. La Cámara de Diputados rechazó esta última norma y la controversia se resolvió en Comisión Mixta.

El sentido de introducir esta norma fue expuesto por el senador Espina, quien *“planteó que ella aborda un problema que se suscita a raíz de situaciones verdaderamente enojosas, que a menudo afectan a funcionarios policiales que se encuentran en servicio, como son recibir bofetadas o zamarreos violentos por parte de varias personas. Explicó que ninguna de estas hipótesis permite apreciar el delito de lesiones, porque no arrojan un resultado medible. Por ello, quedan impunes aunque se trate de atentados alevosos contra la autoridad, que en otras latitudes son severamente castigados”*¹⁹.

¹⁹ Intervención del senador Espina en Comisión Mixta en Informe de la Comisión Mixta; pág. 24.

La argumentación contraria fue expuesta por el diputado Ceroni, quien *"puntualizó que en el ordenamiento penal chileno no se contemplan lesiones sin resultados, agregando que el hecho de sancionarlas únicamente cuando hay un funcionario uniformado involucrado representa una desigualdad ante la ley muy vistosa... agregó, el resto de la población que es víctima de esos mismos maltratos, incluso a manos de funcionarios policiales, debe proceder privadamente por el delito de injurias"*²⁰.

La solución de compromiso fue planteada por el diputado Squella, quien *"expresó que el segundo dilema es el que señala el Honorable Senador señor Espina, que se refiere a los maltratos de obra sin resultados. Indicó que es problemático enfrentar esta situación por medio de la figura de las lesiones, tal como lo ha indicado el Honorable Diputado señor Ceroni. Con todo, expuso que no se ha tenido en vista que el artículo 261 del Código Penal sanciona los atentados contra la autoridad, que se configuran cuando se acomete o se resiste con violencia la intervención de los funcionarios o se emplea contra ellos fuerza o intimidación. Explicó que esta descripción ampara la inquietud del señor Senador antes mencionado, pues se tipifica un maltrato que va más allá de las meras palabras e implica vías violentas de hecho. Por otra parte, dijo estar consciente de la observación hecha por el Honorable Diputado señor Ceroni, pues a diferencia de las lesiones, la figura base del atentado contra la autoridad no requiere un resultado"*²¹.

Fue de esta manera como se concretó la modificación al artículo 261 del Código Penal, la que no había sido discutida previamente durante la tramitación de la ley, y que sólo tiene el mérito de incorporar explícitamente a carabineros, funcionarios de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile como sujetos pasivos del delito contemplado en el artículo 261 del Código Penal.

La modificación en comento ahorra cualquier discusión en torno a si los policías y gendarmes podían ser considerados "autoridad" en los términos del artículo 261 del Código Penal. Por otra parte, de la discusión legislativa queda claro que el sentido de la modificación es contemplar aquellos casos en que se acomete o se resiste con violencia la intervención de los funcionarios señalados o se emplea contra ellos fuerza o intimidación.

²⁰ Intervención del diputado Ceroni en Comisión Mixta en Informe de la Comisión Mixta; pág. 24.

²¹ Intervención del diputado Squella en Comisión Mixta en Informe de la Comisión Mixta; pág. 25.

G) Modificaciones a la Ley 18.216 y a la Ley N° 19.970, sobre Registros de ADN**Texto aprobado**

“Artículo 1° inciso final: Igualmente, si una misma sentencia impusiere a la persona dos o más penas privativas de libertad, se sumará su duración y el total que así resulte se considerará como la pena impuesta a efectos de su eventual sustitución y para la aplicación de la pena mixta del artículo 33”.

1. Comentario

Esta modificación no ofreció gran debate durante su tramitación legislativa y tiene como fundamento que *“se busca un cumplimiento efectivo de las penas privativas de libertad, limitando la aplicación de las sanciones sustitutivas de la ley N° 18.216. Con este propósito, se elimina la posibilidad de que dos o más penas impuestas al mismo sujeto en la misma sentencia se consideren separadamente a efectos de determinar la procedencia de las medidas sustitutivas y, en cambio, se opta porque en ese caso las penas correspondientes se sumen”*²².

En el mismo sentido se argumentó que esta modificación *“es urgente, porque pone atajo a un verdadero fraude a la ley, consistente en apreciar de manera separada un mismo hecho sometido a un único proceso y fallado en la misma sentencia, para el solo efecto de hacer procedentes las penas sustitutivas”*²³.

Desde el punto de vista de la defensa, y dado en tenor de la norma en comento, podría ser conveniente para esta parte instar por la separación de acusaciones, en conformidad con lo dispuesto en el art. 274.

Resulta de suma relevancia que los defensores penales públicos, incluidos por cierto los defensores penitenciarios, examinen casos de personas que -previo a la entrada en vigencia de esta ley- hayan sido condenadas por más de una pena y en que el tribunal respectivo haya negado la concesión de penas sustitutivas por considerar que ambas penas debieran sumarse para analizar la procedencia de la Ley N° 18.216. Si la modificación actual establece que las penas deberán sumarse, es perfectamente posible sostener que antes de su entrada en vigencia el criterio era exactamente el contrario, esto es que las penas debían considerarse aisladamente para efectos de las penas sustituti-

²² Intervención del ministro del Interior Jorge Burgos, en Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 27.

²³ Intervención del profesor Jean Pierre Matus, en Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 81.

vas. Mediante el artículo 18 del Código Penal deberá reabrirse el debate en los casos detectados.

Texto aprobado

“Artículo 8. La reclusión parcial podrá disponerse:

“a) Si la pena privativa o restrictiva de libertad que impusiere la sentencia no excediere de tres años;

“b) Si el penado no hubiese sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, o lo hubiese sido a una pena privativa o restrictiva de libertad que no excediere de dos años, o a más de una, siempre que en total no superaren de dicho límite. En todo caso, no se considerarán para estos efectos las condenas cumplidas diez o cinco años antes, respectivamente, de la comisión del nuevo ilícito. No obstante lo anterior, si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubieren sido impuestas dos reclusiones parciales, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva. Respecto de los delitos comprendidos en los Párrafos 1 a 4 bis del Título IX del Libro Segundo y en el artículo 456 bis A, todos del Código Penal, con excepción de aquellos contemplados en los artículos 438; 448, inciso primero, y 448 quinquies de ese cuerpo legal, no será procedente la aplicación de esta pena sustitutiva si dentro de los diez o cinco años anteriores, según corresponda, a la comisión del nuevo crimen o simple delito, le hubiere sido impuesta al condenado una reclusión parcial, y

“c) Si existieren antecedentes laborales, educacionales o de otra naturaleza similar que justificaren la pena, así como si los antecedentes personales del condenado, su conducta anterior y posterior al hecho punible y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, permitieren presumir que la pena de reclusión parcial lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos”.

2. Comentario

La modificación introducida distingue dos grupos de delitos: aquellos que habilitan la imposición de una segunda reclusión parcial y los que limitan la reclusión parcial a una sola vez.

Lo primero que llama la atención es que el listado de delitos incluidos en el nuevo párrafo final de la letra b) del 8° de la Ley N° 18.216 no es exactamente el mismo listado del nuevo artículo 449 del Código Penal, ya que de la aplicación de la señalada letra b) se excluye la defraudación con violencia o intimidación del artículo 438 del Código Penal (extorsión). No se entiende la razón de la di-

ferencia entre el texto aprobado en esta modificación, respecto del texto aprobado en el nuevo artículo 449 del Código Penal. En consecuencia, el listado de delitos a los que es aplicable esta norma es el siguiente:

Delito	Artículo del Código Penal
Robo con homicidio o violación.	433 N° 1
Robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones graves – gravísimas	433 N° 2
Robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito.	433 N° 3
Piratería.	434
Robo con violencia o intimidación simple.	436 inciso 1°
Robo con sorpresa.	436 inciso 2°
Robo con fuerza en lugar habitado.	440
Robo en lugar no habitado.	442
Robo en bienes nacionales.	443 inciso 1°
Robo en bienes nacionales de vehículo motorizado.	443 inciso 2°
Robo de cables con interrupción o interferencia de suministro.	443 inciso 3°
Robo de cajeros automáticos.	443 bis
Fabricar, expender o portar elementos conocidamente destinados a efectuar robo.	445
Hurto de más de 400 UTM.	446 inciso final (*)
Hurto de más de 40 UTM hasta 400 UTM.	446 N° 1 (*)
Hurto de más de 4 UTM hasta 40 UTM.	446 N° 2 (*)
Hurto de más de media UTM hasta 4 UTM.	446 N° 3 (*)
Hurto agravado.	447
Hurto de redes de suministro.	447 bis inciso 1°
Hurto de redes de suministro con interrupción de suministro.	447 bis inciso 2°
Hurto de hallazgo de especies al parecer perdidas a consecuencia de catástrofes de más de una UTM.	448 inciso 2°
Abigeato.	448 bis

Tratándose de los delitos contemplados en el cuadro precedente, para que se pueda imponer la pena sustitutiva de reclusión parcial, además de los requisitos ya exigidos en la misma Ley N° 18.216, se exige que a ese imputado no se le haya impuesto anteriormente otra pena sustitutiva de reclusión parcial. La excepción es que la anterior reclusión parcial le haya sido impuesta hace más de cinco años, contados hacia atrás desde la fecha de la comisión del actual simple delito, o más de diez años, contados hacia atrás desde la fecha de la comisión del actual crimen.

Debe tenerse en cuenta que el plazo de prescripción para estos efectos se cuenta desde la imposición de la reclusión previa y no desde su cumplimiento. En términos simples, lo que busca esta modificación es que respecto de los imputados condenados por estos delitos sólo exista una reclusión parcial y no dos, como ocurre aun con el resto de los delitos contemplados en la ley, siempre con la misma excepción consignada precedentemente.

Indudablemente, esta disposición afecta principalmente a los imputados que cometen delitos menores, típicamente hurtos en forma reiterada, ya que a partir de ahora sus penas sustitutivas se agotan con la primera reclusión parcial que se les conceda. Deberá tenerse muy presente que la ley se refiere a la pena sustitutiva de "reclusión parcial" y no al beneficio de 'reclusión nocturna'. La reclusión parcial se inicia con la modificación de la Ley N° 20.603, de diciembre de 2012. Por ende, los beneficios de reclusión nocturna no debieran ser considerados.

Texto aprobado

"Nuevo artículo 2 bis:

"Las penas del artículo 1° y el régimen del artículo 33 sólo serán aplicables por los delitos previstos en los artículos 433, 436 inciso primero, 440, 443, 443 bis y 448 bis del Código Penal, a aquellos condenados respecto de quienes se tome la muestra biológica para la obtención de la huella genética, de acuerdo a las previsiones de la ley N° 19.970, sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos que, para cada una de las penas sustitutivas o para el régimen intensivo del artículo 33, establecen esta ley y su reglamento.

"Para el cumplimiento de lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal deberá ordenar la diligencia señalada en la respectiva sentencia. En aquellos casos en que el condenado, debidamente notificado, no compareciere para tales efectos, el tribunal podrá revocar la pena sustitutiva y ordenar que se cumpla la pena efectiva".

“Artículo 8° de la Ley N° 19.970:

“Incorporación de huellas genéticas de imputados al Registro de Condenados. Cuando, por sentencia ejecutoriada, se condenare por alguno de los delitos previstos en el inciso siguiente a un imputado cuya huella genética hubiere sido determinada durante el procedimiento criminal, se procederá a incluir la huella genética en el Registro de Condenados, eliminándola del Registro de Imputados.

“Si no se hubiere determinado la huella genética del imputado durante el procedimiento criminal, en la sentencia condenatoria el tribunal ordenará que se determine, previa toma de muestras biológicas si fuere necesario, y se incluya en el Registro de Condenados. Lo anterior sólo tendrá lugar cuando se condenare al imputado por alguno de los siguientes delitos:

“a) los previstos en los artículos 141, 142, 150 A, 150 B, 296 N°s. 1 y 2, 313 d, 315, 316, 348, 352, 395, 396, 397 N° 1, 401, 403 bis, 433, 436 inciso primero, 440, 443, 443 bis, 448 bis, 474, 475, 476, y 480 del Código Penal;

“b) los previstos en los Párrafos 1°, 5°, 6° y 7° del Título VII y 1° y 2° del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, y

“c) elaboración o tráfico ilícitos de estupefacientes o delito terrorista.

“En todo caso, el tribunal competente, de oficio o a petición del fiscal, y en consideración a los antecedentes personales del condenado, así como a la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito, podrá ordenar en la sentencia la práctica de las mismas diligencias de toma de muestras biológicas y determinación y registro de huellas genéticas respecto de un condenado a pena de crimen que no se encontrare en las situaciones previstas en el inciso precedente”.

3. Comentario

Esta modificación busca explicitar que cuando se conceda una pena sustitutiva para el cumplimiento de una condena por ciertos delitos o se dé lugar a la aplicación de la pena mixta para los mismos delitos, el tribunal deberá ordenar la toma de muestra biológica para la obtención de huella genética del imputado en la sentencia, cuestión que parece reiterativa, desde el momento en que esta ha sido práctica constante de los tribunales. Además, en caso que el condenado, debidamente notificado, no cumpla su obligación de concurrir a la toma de muestra biológica, arriesga la revocación de la pena sustitutiva y el cumplimiento efectivo de la condena.

Los delitos que habilitan, por ende, la revocación de la pena sustitutiva por incumplimiento del condenado de concurrir a la toma de muestra biológica son los siguientes:

Delito	Artículo del Código Penal
Robo con homicidio o violación.	433 N° 1
Robo con castración, mutilación de miembro importante, mutilación de miembro menos importante, lesiones graves – gravísimas.	433 N° 2
Robo con lesiones graves o retención de personas bajo rescate por lapso mayor al necesario para la comisión del delito.	433 N° 3
Robo con violencia o intimidación simple.	436 inciso 1°
Defraudación con violencia o intimidación.	438
Robo con fuerza en lugar habitado.	440
Robo en bienes nacionales.	443 inciso 1°
Robo en bienes nacionales de vehículo motorizado.	443 inciso 2°
Robo de cables con interrupción o interferencia de suministro.	443 inciso 3°
Robo de cajeros automáticos.	443 bis
Abigeato.	448 bis

Es mala la redacción de la modificación, porque bastaría señalar, por la vía de *contrario sensu*, que, cuando el condenado, debidamente notificado, incumple su obligación de concurrir a la toma de muestra biológica, si ha sido condenado por un delito distinto de los mencionados previamente, no se podría revocar la pena sustitutiva sobre la base de ese incumplimiento, ya que la ley contempla esta opción exclusivamente respecto de los delitos incluidos en el cuadro precedente.

Como corolario de esta disposición se incorporan como delitos en que se impone la toma de muestra biológica al imputado los delitos de robo en bienes nacionales de uso público, robo en lugar no habitado, robo de vehículo motorizado, robo de cables con interrupción o interferencia de suministro, robo de cajeros automáticos y abigeato propio.

2. ANÁLISIS DE MODIFICACIONES A NORMAS PROCESALES PENALES

Las modificaciones, en materia procesal penal se agrupan por categorías, según su naturaleza:

- A) Control de identidad del artículo 85 del C.P.P. y nuevo control de identidad preventivo.
- B) Ampliación de las facultades autónomas de las policías.
- C) Ampliación de los presupuestos en que se puede dictar orden de detención y modificaciones en materias de medidas cautelares personales.
- D) Ampliación de las hipótesis en que el Ministerio Público puede apelar en el proceso penal.
- E) Ampliación de técnicas especiales de investigación en ciertos delitos.
- F) Normas relativas al juicio oral y la rendición de prueba.
- G) Normas que facilitan la labor del Ministerio Público en caso de incomparecencias de sus representantes a ciertas audiencias o incumplimientos de plazos.
- H) Normas no comprendidas en los grupos anteriores.

A) Control de identidad del artículo 85 del C.P.P. y nuevo control de identidad preventivo del artículo 12 de la nueva ley

Control de identidad investigativo del artículo 85

Texto aprobado

“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 exista algún indicio 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. “Procederá también tal solicitud cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente. “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 nuevo indicio, 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. "Si no pudiere lograrse la identificación por los documentos expedidos por la autoridad pública, las policías podrán utilizar medios tecnológicos de identificación para concluir con el procedimiento de identificación de que se trata".

Control de identidad preventivo

“Artículo 12. En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.

“El procedimiento descrito anteriormente deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para los fines antes señalados. En ningún caso podrá extenderse más allá de una hora. No obstante lo anterior, en aquellos casos en que no fuere posible verificar la identidad de la persona en el mismo lugar en que se encontrare, el funcionario policial deberá poner término de manera inmediata al procedimiento.

“Si la persona se negare a acreditar su identidad, ocultare su verdadera identidad o proporcionare una identidad falsa, se sancionará según lo dispuesto en el número 5 del artículo 496 del Código Penal en relación al artículo 134 del Código Procesal Penal.

“En caso de que la persona sometida a este trámite mantuviere una o más órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

“En el ejercicio de esta facultad, los funcionarios policiales deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación, respetando siempre la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria.

“Constituirá una falta administrativa ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se verifica la identidad. Lo anterior tendrá lugar, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

“Las policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo destinado a aquellas personas que estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de la facultad señalada en el presente artículo.

“Las policías informarán trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido esta facultad. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a su vez, publicará en su página web la estadística trimestral de la aplicación de la misma.

1. Modificaciones al control de identidad del artículo 85

La primera conclusión que surge del examen de las normas aprobadas por la nueva ley es que, a partir de su vigencia, existen dos tipos de controles de identidad en nuestra legislación: el del artículo 85 del Código Procesal Penal y el del artículo 12 de la nueva ley. En cuanto al control de identidad tradicional, del artículo 85, las modificaciones introducidas por la ley son relativamente menores. A saber:

a) Basta un solo 'indicio' en lugar de multiplicidad de 'indicios'

En primer lugar, se singulariza el número de indicios con que debe contar el funcionario policial para habilitar un control de identidad. En efecto, desde que “la policía deberá 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” se pasa a señalar que “la policía deberá solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados en que, según las circunstancias, estimaren que **exista algún indicio** de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta”.

Similar modificación se introduce en el inciso segundo del artículo 85 (que pasa a ser inciso cuarto, el cual actualmente prescribe que “*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 se pasa a un texto que se modifica por “*durante este procedimiento, sin necesidad de **nuevo indicio**, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla*”.

Sin lugar a dudas, la motivación de esta modificación viene dada por la reiterada y constante jurisprudencia de la Excelentísima Corte Suprema en orden a que el control de identidad requiere de una pluralidad de indicios y no de un indicio singular para habilitar al control de identidad. Tal tesis fue desarrollada, de manera extensa, por la Sala Penal de la Corte Suprema en la causa Rol N° 14.275-2016, de fecha 31 de marzo de 2016, en que los ministros Brito, Dahm, Künsemüller y Juica (voto disidente del ministro Cisternas) sostuvieron que (los

destacados son nuestros) “con posterioridad a la Ley N° 20.253, el caso fundado que habilita para el control de identidad, **pasó de requerir 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, **a exigir que los policías, según las circunstancias, “estimaren que existen indicios”** de dichas circunstancias.... Que, como se colige del cotejo de los textos del inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal, antes y después de la Ley N° 20.253, **para que el policía pueda realizar la diligencia de control de identidad, el legislador pasó de requerir la existencia de un indicio” a “indicios”,** de que la persona 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...

“Que, por otra parte, **la exigencia de pluralidad de indicios es concordante con el resto de las disposiciones del Código Procesal Penal que autorizan la actuación autónoma de las policías en presencia de los mismos...** De ese modo, **una interpretación sistemática confirma que para el legislador, en aquellos casos en que se autoriza la afectación de derechos o garantías del imputado o terceros en base a la existencia de meros indicios, dada la precariedad intrínseca de éstos, como la misma afectación que la diligencia conlleva, se requiere pluralidad de indicios o sospechas,**...

“Que, corolario de lo anterior es que **el control judicial que posteriormente pueda recaer sobre la legitimidad de esta actuación de control de identidad, debe limitarse a resolver si en la especie se presentaron o no dos o más indicios objetivos de la comisión o intento de comisión de un delito,** sin que pueda ir más allá dicho examen del órgano jurisdiccional”.

En el mismo sentido se puede consultar el fallo en el Rol N° 17.552-2016, de la Corte Suprema, misma integración de la Sala Penal y mismo voto disidente. En conclusión, la modificación produce el efecto de anular el razonamiento esgrimido por la Corte Suprema, bastando, en el futuro, un indicio singular para habilitar el control de identidad particular.

Con todo, debe destacarse que el razonamiento sostenido en los fallos citados precedentemente es plenamente aplicable a los hechos ocurridos antes de la vigencia de la nueva ley.

Por otra parte, aunque tras la modificación se pase a exigir un solo indicio, singular, como suficiente para habilitar la práctica de un control de identi-

dad, no debe olvidarse que las exigencias de seriedad y objetividad de ese indicio siguen plenamente vigentes y no se han modificado. Vale decir, el indicio debe ser de una entidad y claridad suficiente que justifique la realización de un control de identidad.

Así lo ha sostenido la Sala Penal de la Excelentísima Corte Suprema en reiteradas oportunidades: **“El control de identidad, al ser una diligencia que afecta las garantías constitucionales de los ciudadanos, no puede fundarse en apreciaciones subjetivas o interpretaciones de los policías respecto de las motivaciones que habría detrás del estado de ánimo que presentan los individuos, sino que debe sostenerse en circunstancias objetivas y verificables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a la luz de los derechos de los justiciables, a una actuación de carácter excepcional como la de la especie”**²⁴.

En el mismo fallo, el ministro Cisternas previno que *“concorre a la decisión teniendo especialmente presente que, en este caso, tomando en cuenta las especiales circunstancias que rodearon el procedimiento policial, no resulta posible advertir la presencia de antecedentes de una entidad y claridad suficientes que justificaran la realización de un control de identidad al imputado por parte de los funcionarios de Carabineros”*.

Así, la Corte Suprema ha resuelto que no reúnen los caracteres de seriedad, entidad, claridad u objetividad suficientes para constituir indicios que habiliten la práctica de un control de identidad, entre otros:

- La sola existencia de una investigación previa que involucraba en el ilícito al acusado. *“No es posible estimar como indicio propio del control de identidad la existencia de una investigación previa, pues, por el contrario, constituye parte de una averiguación del Ministerio Público ya iniciada que debió proseguir conforme a las reglas que a estos efectos previene el Código Procesal Penal, esto es, sin derivar a una situación de flagrancia -más aún en un delito como el de la especie (Ley N° 20.000), cuya legislación especial contempla diversos mecanismos facilitadores de las indagaciones-, toda vez que las acciones precedentes, a cargo del órgano persecutor, descartan el uso de una institución concebida para operar ante lo imprevisto. Así, ante los nuevos antecedentes debió solicitarse una orden de detención al juez de garantía que estuviere a cargo del control de la pesquisa. Entenderlo de otra forma llevaría a permitir la práctica de un control de identidad cada vez que una investigación desformalizada entregue las características*

²⁴ Rol 17.554-2016, de fecha 26 de abril de 2016. Integración Ministros Brito, Cisternas, Dahm, Juica y Künsemüller. Fallo unánime

de los probables autores de distintos delitos, limitando indebidamente la utilización de fórmulas previstas en la legislación general que resguardan de mejor manera las garantías constitucionales, siendo la más relevante en este ámbito la mencionada intervención judicial”²⁵.

- La existencia de una llamada o denuncia anónima cuya existencia no puede ser verificada. *“En estas circunstancias, y en cuanto al llamado anónimo como indicio que justifica el control de identidad, importa señalar que la información que proporcionó es poco precisa y carente de especificaciones. En efecto, se entrega un apodo que no tiene indicaciones concretas de alguna característica del sujeto, y los rasgos físicos son los propios de una gran parte de la población. Así, para dotar de validez a este antecedente investigativo, se hacía indispensable tener algún conocimiento sobre la fuente de la información; sin embargo, ella proviene de una persona desconocida de sexo masculino, que no consta haya sido identificada por la policía ni por el Ministerio Público y que, por cierto, no prestó declaración en el juicio, de modo que no se ha demostrado la real existencia de esa delación, y por ende no resulta posible verificar si cumple con las características exigidas por la ley”*²⁶.

*“Que conforme lo expresado, resulta que en la especie sólo de los datos provenientes de una persona desconocida, que no ha sido identificada, no prestó declaración en el juicio, no fue individualizada por los funcionarios policiales en sus declaraciones ni se demostró el registro de su denuncia, habría surgido la información sobre la presunta actividad constitutiva de delito por parte del acusado, sin que tal comportamiento fuera apreciado por los policías, por lo que una visión objetiva del asunto permite concluir que al momento de practicarse el referido control de identidad no existía certeza alguna ni un caso fundado en que concurrieran los indicios a que se refiere el artículo 85 del Código Procesal Penal, toda vez que no apreciaron elementos precisos referidos a la comisión del hecho aludido en la denuncia”*²⁷.

- La estimación subjetiva de la policía respecto de la conducta de un sujeto: *“En cuanto a la conducta evidenciada por el sujeto vigilado (nerviosismo, caminar de un lado para otro, mirar el reloj), es pertinente tener en cuenta que tal aserto no pasa de ser la estimación subjetiva de los deponentes*

²⁵ Rol 17554 - 2016

²⁶ Rol 17554 - 2016

²⁷ Rol 17552 – 2016 de fecha 25 de abril de 2016. Integración ministros Brito, Cisternas, Dahm, Juica y Künsemüller. Voto disidente del ministro Cisternas.

que, si bien tienen experiencia en situaciones como ésta, no es vinculante para los juzgadores a la hora de resolver la legalidad o ilegalidad de la actuación policial. El control de identidad, al ser una diligencia que afecta las garantías constitucionales de los ciudadanos, no puede fundarse en apreciaciones subjetivas o interpretaciones de los policías respecto de las motivaciones que habría detrás del estado de ánimo que presentan los individuos, sino que debe sostenerse en circunstancias objetivas y verificables, puesto que sólo de esa manera es posible dotar de validez, a luz de los derechos de los justiciables, a una actuación de carácter excepcional como la de la especie²⁸.

- *La fuga de las personas que acompañaban al sujeto controlado cuando arriba la policía al lugar: "El solo hecho que al ver la llegada de los representantes de Carabineros el acusado haya permanecido en el lugar en circunstancias que otros de los presentes se dieron a la fuga, desvirtúa la sospecha de su intervención en la riña denunciada, de manera que no resulta lógica ni lícita la conjetura referida a su eventual participación en ella. Por el contrario, la huida de los referidos terceros sí la constituye, pero respecto de los fugitivos; de manera que la permanencia del controlado en un lugar de libre tránsito no puede constituir un indicio que valide el proceder policial, de manera que la diligencia practicada deviene en ilícita²⁹.*

b) El control procede cuando hay antecedentes de una orden de detención

Se agrega un nuevo inciso, que hace procedente el control de identidad tradicional cuando la policía tenga algún antecedente que le permita inferir que una determinada persona tiene alguna orden de detención pendiente.

De la discusión legislativa parece deducirse que, pese a que se estimó que, en estricto rigor, una orden de detención no puede ser considerada un indicio, ya que es un mandato judicial para que la policía detenga a una persona y la lleve ante el estrado judicial, la razón de la inclusión de esta norma fue una razón práctica, en orden a que *"el principal escollo práctico es que para detener a una persona que tiene orden de detención pendiente es necesario identificarla previamente, lo que se produce habitualmente por medio de un control de identidad"*³⁰.

²⁸ Rol 17554 - 2016

²⁹ Rol 19990 – 2016, de fecha 16 de mayo de 2016. Integración ministros Brito, Cisternas, Juica, Künsemüller y Valderrama. Fallo unánime.

³⁰ Intervención del Fiscal Nacional (S) ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 95.

Sobre este aspecto, el senador Espina *“connotó que entonces el problema se limita a establecer alguna forma de apreciar un indicio que faculte al policía para hacer el control de identidad necesario para cotejar la existencia de una orden de detención pendiente. Explicó que si no se configura ese indicio, el juez de la causa declarará ilegal la detención, por mucho que el involucrado haya tenido una orden de detención pendiente, ya que se concluirá que el policía que hizo la diligencia no tenía en primer lugar el derecho a requerir la indicación de la persona”*³¹. Por su parte, la ministra de Justicia *“subrayó que el término “antecedente” utilizado por el nuevo inciso segundo que propone el texto aprobado en general, apunta naturalmente a exigir la presencia de un elemento objetivo y concreto para justificar el control de identidad de una persona determinada a causa de una orden judicial de detención, que permita inferir que dicha persona es la que señala aquella resolución del tribunal”*³².

c) Utilización de medios tecnológicos para el control

Se agrega un inciso final al artículo 85, que habilita a la policía para utilizar medios tecnológicos de identificación para concluir con el procedimiento de identificación de que se trata, si no pudiere lograrse la identificación de la persona por los documentos expedidos por la autoridad pública.

El fundamento de este nuevo inciso es que, *“en la actualidad, muchas patrullas de carabineros cuentan con un sistema biométrico móvil, agregando que en el futuro podrían considerarse nuevos aparatos para lograr la identificación en línea de un sospechoso, lo que evitaría tener que conducir a la unidad policial más cercana a quien no quiere o no puede identificarse”*³³. La ministra añadió que es mejor utilizar la expresión *‘medios tecnológicos’*, porque *semánticamente abarca más que la expresión ‘tecnologías móviles’*.

La posición de la Defensoría Penal Pública en esta materia fue que *“los medios tecnológicos posibilitan que la policía verifique la identidad de la persona controlada en el mismo lugar donde se efectúa la diligencia, sin conducirla a una*

³¹ Intervención del senador Alberto Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 95.

³² Intervención de la ministra de Justicia ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 97.

³³ Intervención de la ministra de Justicia ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 98.

*unidad policial. Por esa razón, sostuvo que la proposición añade un elemento de garantía al control de identidad*³⁴.

Sobre este particular parece interesante explorar la viabilidad de sostener si sería ilegal el traslado de una persona sometida a control de identidad a un recinto policial, si los policías que efectúan el control de identidad contaban, *in situ*, con medios tecnológicos para la comprobación de la identidad de la persona por extenderse la privación de libertad más allá del tiempo necesario. Este razonamiento podría adquirir particular fuerza en aquellos casos en que la persona sometida a control señala su nombre y apellidos, pero no cuenta con los documentos de identidad que lo comprueben.

2. El nuevo control de identidad preventivo

La nueva ley incorpora un nuevo control de identidad, diferente del consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, autónomo, contenido directamente en el artículo 12 de la referida ley, que se ha dado en llamar 'control de identidad preventivo'.

Originalmente el proyecto de ley enviado por el gobierno no contemplaba un nuevo control de identidad. Fue en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados donde varios diputados propusieron, mediante una indicación, incorporar al Código Procesal Penal un artículo 85 bis, que establecía el control de identidad preventivo, indicación que fue aprobada por la Comisión de Seguridad Ciudadana.

Posteriormente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados rechazó la indicación y, en su lugar, los diputados Andrade, Carmona, Ceroni, Chahin, Farcas, Saffirio y Walker propusieron incorporar a la nueva ley un artículo 12, nuevo, que incorporaba el control preventivo de identidad y que podía verificarse respecto de cualquier persona y en el lugar donde se encontrare. Esta disposición fue aprobada por la Cámara de Diputados y, luego, modificada y aprobada por el Senado. Luego, durante el tercer trámite legislativo, la Cámara de Diputados rechazó la norma relativa al control de identidad, siendo, finalmente, adoptado en la Comisión Mixta el texto definitivo.

³⁴ Intervención del abogado Francisco Geisse, de la Defensoría Penal Pública, ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 98.

- a)** En el análisis de esta nueva disposición, hay que señalar que:

Habilita para verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años. Excluye explícitamente a las personas menores de 18 años y establece, de manera similar a la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, que en caso de duda acerca de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.

- b)** El control preventivo de identidad sólo puede verificarse cuando la persona menor de 18 años se encuentre en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público.

Durante la tramitación legislativa este fue un punto de discusión, ya que se señaló que *“la redacción original que hablaba de lugares ‘de libre acceso al público’ con el que se denota a los lugares privados que se quieren controlar, puede generar complicaciones, porque en estricto rigor cualquier recinto privado que cobre entrada a las personas que quieran ingresar no es de libre acceso al público en este sentido, asunto que fue destacado por los académicos penalistas que asistieron a las sesiones de la Comisión de Constitución del Senado cuando se trató la norma, razón por la cual es preferible hablar, derechamente, de recintos de acceso al público, sin otro calificativo”*³⁵. De ahí que el texto aprobado contempla tres tipos de lugares para la aplicación de la norma: a) vías públicas; b) otros lugares públicos, y c) lugares privados de acceso al público. Nunca este control preventivo de identidad puede ser realizado en un lugar privado, aun cuando el propietario o encargado del lugar privado lo autorice o lo requiera.

- c)** El control de identidad sólo puede ser realizado por los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile. Se descarta, así, la posibilidad de que este control preventivo de identidad pudiera ser realizado por guardias privados o funcionarios municipales.

- d)** La persona controlada puede verificar su identidad por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil, o bien utilizando el funcionario policial o la persona requerida cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto.

En este punto es interesante la incorporación expresa de la ‘tarjeta estudiantil’ como medio habilitado para verificar la identidad, así como la mención a la utilización de cualquier medio tecnológico idóneo, tanto por la policía como por la persona identificada. Desde este punto de vista, sería posible que una

³⁵ Intervención del senador Alberto Espina en la Comisión Mixta; Informe Comisión Mixta; pág. 36.

persona requerida para verificar su identidad bajo las normas de este artículo, y que no porta un documento de identidad, pudiera él mismo, utilizando por ejemplo su teléfono celular, acceder a alguna página web que le permita comprobar su identidad, como una del Registro Civil o de una universidad, su empresa o lugar de trabajo, u otro, o bien exhibir una fotografía de su propio carnet archivada o un pasaporte digital. Y el funcionario policial que practica el control de identidad preventivo no podría impedirse, ya que la propia norma dispone que deberá siempre otorgarse las facilidades necesarias para el adecuado cumplimiento de este control preventivo.

Desde otro punto de vista, parece interesante que, vía analogía en *bonam parte*, la tarjeta estudiantil pudiera incorporarse como parte de las formas de identificación que contempla el control de identidad tradicional del artículo 85 del Código Procesal Penal.

- e) La duración del procedimiento de control preventivo de identidad es sólo por el tiempo estrictamente necesario para cumplir sus fines, es decir para que la persona se identifique, tiempo total que, con todo, no podrá exceder más allá de una hora.
- f) En cuanto a las **facultades** de la policía en el control preventivo de identidad, éstas se limitan a dos: **identificar a la persona controlada y verificar si la persona controlada, que ya se ha identificado, mantiene una o más órdenes de detención vigentes**, caso este último en que habilita para su detención, con todas las consecuencias que ello implica.

A diferencia de lo que ocurre con el control de identidad tradicional del artículo 85 del C.P.P., **en el control preventivo de identidad la policía no puede proceder al registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona y tampoco puede conducirla a la unidad policial más cercana para fines de identificación, ya que el control preventivo debe realizarse en el mismo lugar en que se encontrare el funcionario policial. Tampoco puede interrogar al imputado sobre hechos ajenos a los estrictamente necesarios para lograr su individualización.**

- g) ¿Qué ocurre si, al cabo de transcurrida una hora desde el inicio del control de identidad preventivo, la persona no logra acreditar su identidad? En ese caso, la policía simplemente debe poner término de manera inmediata al procedimiento.

En la práctica, se trata del caso en que una persona que proporcionó su identidad al funcionario policial cuando le fue requerida, pero que no portaba documento identificatorio ni existían medios tecnológicos idóneos dis-

ponibles para su comprobación, o bien del caso en que, comprobada la identificación de la persona, transcurre una hora sin que la policía haya podido determinar, mediante sus comunicaciones y medios de verificación propios, si esa persona mantenía o no, orden de detención vigente.

Esto, porque si la persona controlada se niega a acreditar su identidad, oculta su verdadera identidad o proporciona una identidad falsa, cometerá la falta del artículo 496 N° 5 del Código Penal, lo cual, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 134 inciso cuarto del Código Procesal Penal, habilita su detención.

- h)** Los funcionarios policiales que practiquen un control preventivo de identidad deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación. Esto no es facultativo para el policía, sino que obligatorio, sea que el funcionario vista uniforme o vista de civil. Más aún, constituye una falta administrativa practicar un control de identidad preventivo de manera abusiva, aplicando un trato denigrante a la persona controlada. La policía siempre debe respetar la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria. Todo ello, sin perjuicio de la responsabilidad penal si procediere.
- i)** Finalmente, dentro de los resguardos que contempla la norma, se establece la existencia de un procedimiento estandarizado de reclamo para quienes hayan sido objeto de un control de identidad preventivo que estimen abusivo o denigratorio. Además, se establece la obligación de Carabineros e Investigaciones de informar trimestralmente al Ministerio del Interior sobre los antecedentes que les sean requeridos acerca de la aplicación práctica de los controles de identidad preventivos, estadística trimestral que el Ministerio del Interior debe publicar en su página web.

3. Relación entre ambos tipos de control de identidad

Otro tema que debe considerarse es la relación entre el control de identidad tradicional del artículo 85 del C.P.P. con el nuevo control preventivo de identidad, y la detención por flagrancia u orden.

Existen dos hipótesis en que el control preventivo de identidad pasará directamente a la detención. El primer caso lo constituyen aquellas personas que, sometidas a un control de identidad preventivo, se verifique que tienen una orden de detención vigente, ya que deben ser detenidas por el funcionario policial. El segundo caso es el de aquella persona a quien se requiere su identidad y ésta se niega a acreditar su identidad, oculta su verdadera identidad o proporciona una identidad falsa, ya que cometerá la falta del artículo 496 N° 5 del Código

Penal, lo cual, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 134 inciso cuarto del Código Procesal Penal, habilita su detención. En ambos casos, emergen todas las facultades propias de la policía cuando están frente a una detención.

Con todo, **si se respeta el texto legal, en cualquier otra hipótesis fuera de las ya referidas, el control preventivo de identidad no debiera dar lugar a un control de identidad del artículo 85 o a una detención por flagrancia.** Ello, por cuanto el funcionario policial que practica el control preventivo de identidad carece de facultades para revisar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona controlada, de manera tal que la evidencia, solidez y objetividad de un indicio que habilite un control de identidad del artículo 85 o de la situación de flagrancia deberán ser tan ostensibles, que no debiera haberse requerido de un registro de vestimentas, equipaje o vehículo para detectarlo.

Más aún, aquellas hipótesis más evidentes que se pueden imaginar no deberían dar lugar a un control preventivo de identidad, sino que directamente a un control de identidad del artículo 85. En hipótesis tales como una persona que camina por la calle portando un cuchillo en su mano sin ningún afán de ocultarlo o quien está en la vía pública consumiendo marihuana y otros casos similares, lo que procede es la detención por flagrancia o la práctica de un control de identidad del artículo 85, según sea el caso. Por ende, en situaciones similares, el funcionario policial no requeriría iniciar su actividad con un control preventivo de identidad, ya que el indicio (único) sería tal, que habilitaría a iniciar inmediatamente un control de identidad del artículo 85.

Sin embargo, la aprehensión manifestada por diversos actores durante la tramitación legislativa de la ley, fue que la policía, aprovechándose del texto del artículo 12, inicie un verdadero control de identidad del artículo 85 bajo el pretexto de estar efectuado un control preventivo de identidad. Esta aprehensión podría extenderse a la hipótesis de que, detenido el individuo y pasado a audiencia de control de la detención, ni el parte policial ni las declaraciones de los policías consignen que se efectuó un control preventivo de identidad infringiendo las limitaciones que tiene este estatuto.

En este sentido, es altamente recomendable que los defensores que asisten a los imputados que enfrentan una audiencia de control de la detención procuran, en el examen de los antecedentes de la carpeta del fiscal y en la entrevista previa con el imputado pesquisar signos, síntomas o indicios de que hubo un control de identidad preventivo irregular. Consultar al imputado si el policía le dijo que tenía que quedarse una hora en el lugar; si andaba con carnet u otro documento identificador; si tenía teléfono celular con acceso a internet; si el

policía le permitió utilizar dicho teléfono; si le revisaron los bolsillos, su equipaje o su automóvil; si lo trasladaron al cuartel policial o a otro lugar distintos de aquel donde se inició el procedimiento policial, etc.

Incluso, si el imputado efectivamente portaba su carnet, puede requerirse tal documento a Gendarmería para exhibirlo en la audiencia como demostración de que un control de identidad preventivo devino, indebidamente, en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal y, luego, en detención.

Lo esencial para distinguir un control de identidad del artículo 85 de un control preventivo de identidad, finalmente, serán las facultades que ejerció el funcionario policial en el caso concreto. Determinado, a partir de los signos, síntomas o indicios recopilados sobre las facultades que ejerció el policía, podrá determinarse frente a qué tipo de control de identidad nos encontramos. Determinado esto último, y cotejado con lo que sostiene la Fiscalía y los antecedentes policiales, se podrá determinar si nos encontramos o no frente a las hipótesis que habilitan el control de identidad del artículo 85 y, consecuentemente, cuáles son las opciones de alegar y sostener una solicitud de ilegalidad de la detención en la audiencia respectiva.

4. De la constitucionalidad del nuevo control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la nueva ley

La cuestión a examinar es si existen argumentos jurídicos que permitan sostener que el referido artículo 12 es inconstitucional. Una línea de argumentación que parece conducir a sostener la inconstitucionalidad de este nuevo artículo es la que sostuvieron en una carta, dirigida al diario electrónico El Mostrador, seis académicos del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, publicada el 23 de mayo de 2016³⁶.

Básicamente, esta línea argumental se sostiene en lo prescrito en el artículo 19, número 7 letra b) de nuestra Constitución Política, que señala (los destacados son nuestros): “La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: b) Nadie puede

³⁶ Profesores Fabiola Girado Monteconrado, Laura Mayer Lux, Raúl Núñez Ojeda, Guillermo Oliver Calderón, Luis Rodríguez Collao y Jaime Vera Vega; sitio web <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/05/23/opinion-academicos-de-la-pucv-resaltan-inconstitucionalidad-del-control-preventivo-de-identidad/>, visitado por última vez el 07 de junio de 2016.

ser privado de su libertad personal ni ésta **restringida** sino **en los casos** y en la forma determinados por la Constitución y la leyes”.

Analizado el control preventivo de identidad del artículo 12 a la luz de esta disposición constitucional, **en primer lugar, cabe determinar si este nuevo control de identidad constituye o no una restricción de la libertad personal.**

En este sentido, cabe recordar que la letra a) del número 7 del artículo 19 de nuestra Constitución Política dispone que: *“La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: a) Toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro, y entrar y salir de su territorio a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”.*

Indudablemente, aquí se alude a la libertad de locomoción, lo que se traduce en residir en cualquier lugar de la república, permanecer en cualquier lugar de la república, trasladarse de un lugar a otro lugar de la república, y entrar y salir del territorio de la república. Se puede sostener que, si se siguiera esta línea argumentativa, el artículo 12 entraría en conflicto particularmente con el derecho de trasladarse de un lugar a otro de la república, porque el control preventivo de identidad faculta a la policía a retener en un punto específico de la república a un individuo hasta por una hora, aún en contra de su voluntad, con el solo propósito de verificar su identidad.

Específicamente afecta -como se dijo anteriormente- a la libertad de locomoción y, particularmente, al derecho de toda persona de trasladarse de un lugar a otro de la república. Podrá argumentarse que se trata de una restricción de baja intensidad, desde el momento en que su mayor afectación consiste en mantener a esa persona en un punto específico de la república por un tiempo máximo de una hora, pero no merece dudas de que constituye una restricción de libertad personal.

Establecido que el artículo 12 establece una nueva forma de restricción de la libertad personal, **la segunda cuestión a determinar es si esta nueva legislación debe o no ajustarse a la norma del artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución.**

En tal sentido, no sólo la supremacía de la norma constitucional por sobre la legal responden esta pregunta, sino que, además, un elemento de interpretación histórico confirma que la norma constitucional adoptada buscaba que

cualquier forma de privación o restricción de libertad que se adoptara en el futuro debía ajustarse a esta disposición.

En efecto, durante la discusión del texto de la Constitución de 1980, la comisión redactora, conocida como Comisión Ortúzar, en su sesión N° 112 del martes 8 de abril de 1975, discutió el texto del actual artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución³⁷.

El debate se generó debido a que la redacción original de la norma se refería a que nadie puede ser detenido, arrestado o preso sino en los casos y forma determinados por la Constitución y las leyes. A partir de ello, los comisionados debatieron acerca de la inclusión de otras categorías en el artículo, debido a la existencia de otras instituciones que generan efectos de privación o restricción de libertad, como el ‘procesado’, el ‘relegado’, ‘confinado’ o ‘desterrado’, entre otras categorías. Frente a este estado de la discusión, el comisionado Sr. Guzmán señaló que *“le parece que lo que ha escuchado en el curso del debate se desprende que este precepto procura impedir que una persona sea privada o restringida en su libertad, y sólo lo será en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes tal vez fuese mejor remitirse a una expresión genérica, que “nadie puede ser privado ni restringido en el ejercicio de su libertad personal, sino en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes”*.

En la misma sesión, el presidente de la comisión, Sr. Ortúzar expresó que *“cada vez está más convencido de la necesidad de hacer una referencia genérica a la privación o restricción de la libertad, porque pueden haber formas distintas de las que se han señalado en el número 6° **que el día de mañana pudieran emplearse**, por ejemplo, la reclusión en un sanatorio, en un hospital, etcétera, que sería una forma de privación de libertad que no estaría comprendida dentro de este precepto”*.

Entonces, no parece haber duda de que la norma adoptada por el artículo 12, por tratarse de una forma de restricción de la libertad personal, debe ajustarse a las exigencias previstas en el artículo 19 N° 7 letra b). Por ende, si la libertad personal sólo puede ser restringida en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, **cabe preguntarse, en tercer lugar, si el artículo 12 cumple con las exigencias de forma determinadas.**

³⁷ Sesión N° 112 de la Comisión Ortúzar, de 8 de abril de 1975; en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente; link en pág. web https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980; pág 871 y sgts.

En cuanto a la forma, parece que el artículo 12 cumple a cabalidad con el mandato constitucional. Tal como se señaló precedentemente, la forma en que debe practicarse el control preventivo de identidad prácticamente agota el texto del artículo 12. La norma define el lugar en que puede practicarse: a) vías públicas; b) otros lugares públicos, y c) lugares privados de acceso al público, y agrega que debe practicarse *in situ*; define la duración máxima del procedimiento, de una hora, y las consecuencias del agotamiento del tiempo estipulado; define los medios para acreditar identidad, ciertos documentos identificatorios y cualquier dispositivo tecnológico idóneo; define las facultades de la policía durante su realización, básicamente identificación y verificación de órdenes de detención vigentes; establece la prohibición de arbitrariedad y discriminación en su ejecución, y define las posibilidades y facilidades de reclamo por parte de los afectados, entre otros aspectos formales.

En consecuencia, puede afirmarse que el mentado artículo 12 cumple la exigencia constitucional de la letra b) del N° 7 del artículo 19 en cuanto a definir la forma en que se restringe la libertad personal. Parece ser este un ámbito pacífico del análisis.

Finalmente, **cabe preguntarse si el artículo 12 cumple con las exigencias de caso determinado que exige el mentado artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Constitución.** La respuesta es negativa. El artículo 12 no cumple con la exigencia constitucional de que esta nueva forma de restricción de libertad personal defina los casos en que ella procede.

En primer lugar, la Constitución utiliza la expresión 'sino en los casos y en la forma'. Esta expresión, en nuestra opinión, es asimilable a la expresión "en caso de" o "en el caso", similares a la utilizada por la Constitución, pero expresada en singular y no en plural. Según la Real Academia Española de la Lengua, la expresión "en caso de" significa "si se presenta el hecho o la posibilidad de"³⁸.

Es decir, la expresión gramatical de "sino en los casos determinados por la Constitución y la leyes", debe entenderse como "sólo si se presenta el hecho o la posibilidad determinados por la Constitución y las leyes". Es decir, toda ley que establezca una privación o restricción de la libertad personal debe definir el o los supuestos que habilitan para privar o restringir la libertad de una persona. En definitiva, los 'casos' son las hipótesis en las cuales es aplicable el nuevo control preventivo de identidad.

³⁸ Búsqueda de la palabra caso en <http://www.rae.es/>; genera página <http://dle.rae.es/?id=7pG16he>; consultada por última vez el 07 de junio de 2016.

Lo anterior adquiere mayor sentido si razonamos lo que pasaría si la Constitución no exigiera a la ley definir cuáles son los ‘casos’, los supuestos o las hipótesis que autorizan la privación o restricción de libertad.

Si el legislador no estuviera compelido a definir tales casos, supuestos o hipótesis, estaríamos en presencia de una “ley procesal en blanco”, es decir una ley que autoriza la privación o restricción de libertad a criterio de la autoridad policial, administrativa o de otra índole a quien compete ejecutar dicha ley. Y, por esta vía, nos encontraríamos con una ley que, al dejar a la libre elección de la autoridad llamada a aplicarla definir a quiénes y en qué casos se aplica, se abriría a la discriminación arbitraria.

Obviamente una ley que no contenga los casos, supuestos o hipótesis que habilitan la privación o restricción de libertad es una ley que permite a los funcionarios a quienes corresponde aplicarla seleccionar esos casos, supuestos o hipótesis, con lo cual abre, inevitablemente, el camino de la aplicación arbitraria de la norma legal. De ahí la importancia que la propia Constitución ha reconocido de que, cuando una ley establezca una privación o restricción de libertad, debe definir, en su texto, los casos, supuestos o hipótesis a las que tal privación o restricción de libertad se aplica.

En el texto del artículo 12, lo más cercano a la definición de “caso” parece ser la referencia a “cualquier persona mayor de 18 años”. No parece que la mera exclusión de personas menores de 18 años del universo de personas que pueden objeto de un control preventivo de identidad pueda cumplir con la exigencia de definir los supuestos en que se puede aplicar.

La determinación de los lugares donde puede encontrarse la persona que va a ser objeto del control de identidad preventivo, en nuestra opinión, responde más bien al modo o forma en que puede tener lugar (dónde) y no al supuesto en que es procedente (caso). Y lo mismo puede señalarse de las demás disposiciones contenidas en el artículo 12.

Bajo este análisis, la conclusión que se propone es que el artículo 12 de la nueva ley, que establece el control preventivo de identidad, no cumple la exigencia de definir los casos a que se aplica esta nueva forma de restricción de la libertad personal y, por ende, es inconstitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Constitución Política. El Tribunal Constitucional, al momento de revisar la constitucionalidad de la nueva ley, señaló que el artículo 12, que incorpora el control preventivo de identidad, no era norma orgánica constitucional y, por ende, no era materia de control preventivo de constitucionalidad. Ello habilita a intentar un re-

curso de inaplicabilidad ante el propio Tribunal Constitucional en el futuro. Esta decisión fue adoptada por 5 votos contra 5, dirimiendo el empate a favor de que no era materia de control preventivo de identidad el presidente del tribunal. Los ministros Aróstica, Brahm, Letelier, Pozo y Vásquez estuvieron por declarar propio de ley orgánica constitucional el citado artículo 12.

Además, cuatro de estos ministros -Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez- estuvieron por declarar inconstitucional parcialmente el texto del artículo 12 sólo respecto de la frase "*en ningún caso podrá extenderse más allá de una hora*". Finalmente, en cuanto al fallo del Tribunal Constitucional, el ministro Pozo estuvo por declarar inconstitucional todo el artículo 12. En resumen, está abierta la vía de recurrir al Tribunal Constitucional vía inaplicabilidad para que se declare inconstitucional en un caso concreto el control preventivo de identidad del artículo 12. Además, el razonamiento que hemos ofrecido en el acápite B) de esta parte no ha sido sometido a la consideración formal del Tribunal Constitucional.

B) Ampliación de las facultades autónomas de las policías

Del contenido del proyecto se aprecia claramente que uno de sus principales propósitos es aumentar el ámbito de las facultades autónomas de las policías, entendiendo por éstas no sólo aquellas previstas en el art. 83, sino que todas aquellas actuaciones que la policía podrá realizar en el proceso penal sin necesidad de instrucción fiscal u orden judicial previa. Algunas de estas facultades presuponen la privación -o al menos la perturbación- de garantías constitucionales, vulnerándose así lo dispuesto en el art. 19 N° 26³⁹ de la Constitución y el art. 9° del C.P.P.⁴⁰.

Naturalmente, todas estas normas tienden a disminuir el control de la investigación por parte de los tribunales e incluso del Ministerio Público. De esta forma, se debilita el rol que le asigna la Constitución al Ministerio Público, en cuanto a dirigir exclusivamente la investigación de delitos, aminorándose a su vez la garantía de una investigación objetiva. En concreto, las normas que amplían las facultades de las policías en diversos ámbitos son las siguientes:

³⁹ El art. 19 N°26 de la C.P.R. dispone que "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

⁴⁰ El art. 9° del C.P.P. prescribe: "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".

1. Comentario relativo al resguardo del sitio del suceso

Texto aprobado

“Artículo 83 del C.P.P.: 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. Deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su comisión, fueren estos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento; impedirán, además, el acceso a toda persona ajena a la investigación y evitarán que se alteren, modifiquen o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho, o que se remuevan o trasladen los instrumentos usados para llevarlo a cabo.

“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 levantare, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaren 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. Asimismo, el personal policial realizará siempre las diligencias señaladas en la presente letra cuando reciba denuncias conforme a lo señalado en la letra e) de este artículo y dará cuenta al fiscal que corresponda inmediatamente después de realizarlas. Lo anterior tendrá lugar sólo respecto de los delitos que determine el Ministerio Público a través de las instrucciones generales a que se refiere el artículo 87. En dichas instrucciones podrá limitarse esta facultad cuando se tratare de denuncias relativas a hechos lejanos en el tiempo”.

Comentario

- En el inciso primero de la letra c) del artículo, se refuerza **“siempre”**. Ello es innecesario, atendido que el resguardo del sitio del suceso no requería una situación de flagrancia antes de la modificación. El objetivo del legislador fue hacer saber a las policías que podían efectuar este resguardo incluso cuando el agente sabe que no se trata de un delito flagrante⁴¹.
- ¿Aplicable a lugares distintos del sitio del suceso? Se agregan lugares en los cuales se encontraren evidencias o señales de la comisión, aparentemente como lugares distintos al mismo sitio del suceso. Ello abre la posibilidad de que se interprete que la policía puede desplegar actuaciones autónomas de investigación fuera del sitio del suceso, en cualquier lugar en que estime que hay evidencia de un delito. Por supuesto, tampoco se requiere que se trate de una situación de flagrancia, ya que es un presupuesto diferente de actuación autónoma (83 letra c, y no 83 letra b).

Posibles argumentos para la defensa:

- **Esta norma, según su mismo encabezado esclarece, regula el resguardo del sitio del suceso**, es decir del lugar en que efectivamente se cometió el delito. Así, la frase añadida *“o se encontraren señales o evidencias de su comisión”* no puede entenderse en un sentido que desnaturalice el encabezado, sino que, en aquellos casos en que la policía encuentre señales o evidencias sin saber si se trata del lugar en que se cometió efectivamente el delito, podrá proceder a aplicar el procedimiento regulado en el art. 83 c).

Sin embargo, de saber ya la policía que el delito fue cometido en un lugar diferente -lo cual puede constar en la carpeta investigativa, por ejemplo en declaraciones de testigos-, no puede actuar autónomamente incautando cualquier objeto que estime que es 'señal o evidencia' de un ilícito, y que esté ubicado en sitios distintos del lugar en que se perpetró. Una interpretación contraria implicaría que la policía pasaría a dirigir autónomamente la investigación en lo que a incautación de objetos y documentos se refiere, lo cual infringe el principio constitucional de que el Ministerio Público tiene la dirección exclusiva de la investigación (art. 83 de la Constitución).

⁴¹ Así, el senador Espina "señaló que la práctica demuestra que las policías requieren mejorar su trabajo en el sitio del suceso, considerando que las pruebas más vitales son aquellas que se logran recoger en los instantes más cercanos a la comisión del delito. En razón de ello, la indicación utiliza la expresión 'siempre'. Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82.

- La historia de la ley ratifica lo señalado en el argumento previo. En efecto, el senador Espina indicó que *“el objetivo de la indicación 21 es zanjar la antigua disputa que se da entre las fiscalías y las policías respecto a qué atribuciones tienen estas últimas cuando llegan a un sitio del suceso. Explicó que la primera idea es que la obligación de resguardo del sitio del suceso proceda no solo cuando se trata de un delito flagrante con un delincuente detenido, sino también cada vez que se encontraren señales o evidencias de la comisión del ilícito”*⁴². Así, la frase analizada pretende explicitar que procede el resguardo del sitio del suceso incluso cuando no hubo una persona detenida en flagrancia, pero no tiene por objeto extender esta facultad autónoma a sitios distintos de aquél en que el ilícito efectivamente fue cometido.

Por otra parte, se agrega una frase final al párrafo cuarto de la misma letra c) del artículo 83, que tiene varias consecuencias:

- Espíritu de la norma: aclarar que examen del sitio del suceso procede no sólo en caso de delitos flagrantes, sino que frente a cualquier denuncia que reciba la policía.

Límites:

En primer lugar, esta facultad es sólo para los delitos que determine el Ministerio Público por instrucciones generales. Por ende, para que sea procedente el resguardo autónomo del sitio del suceso, fundado en la recepción de una denuncia, deben cumplirse los siguientes requisitos:

- i) Las instrucciones generales que autorizan la diligencia respecto del delito investigado deben ser previas a que ésta se lleve a cabo.
- ii) No se cumple este requisito si es que, por ejemplo, se efectúa la diligencia debido a que la policía consideró que se trataba de un delito comprendido en las instrucciones generales del Ministerio Público, sin embargo posteriormente cambió la calificación jurídica del mismo, tratándose de un delito que no está en las instrucciones o requiere un procedimiento diverso.
- iii) La diligencia debe cumplir expresamente con todos los requisitos expresados en las instrucciones generales, incluidos los límites temporales. Si no se cumplen los requisitos señalados, el resguardo del sitio del suceso es ilegal, siendo también ilícita la evidencia en él recolectada o que proviene de dicha diligencia.

⁴² Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82.

En segundo lugar, existe un límite temporal, que se puso para resguardar los problemas que generará el resguardo y clausura de sitios del suceso correspondientes a lugares privados, cuando se trate de delitos cometidos meses antes. No obstante, este límite no salva el problema, puesto que es muy difuso "*hechos lejanos en el tiempo*"- además de ser facultativo para el Ministerio Público limitarla en dichos casos.

En tercer lugar, existe un límite espacial, relativo al resguardo del sitio del suceso en lugares cerrados. La entrada y registro de lugares cerrados, cuya regla general está prevista en el art. 205 del C.P.P., requiere de autorización del propietario o, en su defecto, de orden judicial. ¿Puede entonces la policía invocar el art. 83 c) del C.P.P. para ingresar autónomamente a un lugar cerrado?

La primacía del art. 205 se evidencia en que, en relación con el control preventivo de identidad, la misma modificación estableció que éste sólo puede efectuarse "*en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público*", excluyendo así los domicilios y otros lugares privados sin acceso al público.

Ello no es casualidad, puesto que la inviolabilidad del hogar es una garantía constitucional (art. 19 N° 5 de la Constitución), y por lo mismo, cuando el legislador ha instaurado excepciones, lo hace en hipótesis muy calificadas. Por ejemplo, persecución flagrante en el caso del art. 129 C.P.P., o el ingreso por llamadas de auxilio desde el interior de un lugar cerrado del art. 206.

Como se observa, el resguardo del sitio del suceso no presenta la misma urgencia que las situaciones que habilitan el ingreso autónomo de la policía. Quizás la excepción sea el caso en que existan antecedentes de que se está destruyendo evidencia al interior de un recinto cerrado. Por ello, la 'agenda corta' agregó en el art. 206 del C.P.P. -que regula las entradas y registros autónomos de la policía- precisamente dicha hipótesis, que se analiza más adelante.

Así, a *contrario sensu*, todas las demás hipótesis -aquéllas en que el resguardo del sitio del suceso no es urgente- de entrada a lugares cerrados para efectos de ejercer la facultad del art. 83 c) requieren necesariamente adecuarse a la regla general del art. 205 del C.P.P..

Una interpretación del art. 83 c) que facultara a los policías para ingresar a un lugar cerrado autónomamente con el objeto de resguardar un sitio del suceso implicaría afectar la esencia del derecho constitucional citado, vulnerando así también el art. 19 N°26 de la Constitución.

2. Comentario relativo a la identificación y toma de declaración a testigos

Texto aprobado

“Artículo 83 del C.P.P.: 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:

“d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87”.

Comentario

Hasta la modificación que se analiza, la policía sólo podía identificar a los testigos y tomar sus declaraciones en dos hipótesis: flagrancia y resguardo del sitio del suceso. La modificación legal en comento agrega dos nuevas hipótesis a las ya referidas: recepción de denuncias y declaraciones voluntarias de testigos. A continuación se examinan estas nuevas hipótesis:

a) Recepción de denuncias: hasta la presente modificación, al recibir una denuncia el policía la remite al Ministerio Público, a fin de que se le instruyan las diligencias que resultan pertinentes, o bien cumple las instrucciones generales que sean aplicables conforme al art. 87 del C.P.P.. Bajo la nueva ley, en caso de recepcionar una denuncia, la policía podrá autónomamente obtener las declaraciones de los potenciales testigos, cuyos nombres se conozcan mediante dicha denuncia, sin esperar la orden de investigar del fiscal.

Límite de la norma: se refiere a testigos cuyos nombres surgen directamente a propósito de la denuncia. Así, si en la denuncia figura el testigo ‘J’, se podrá tomar declaración autónoma a éste, pero no al testigo ‘H’, cuyo nombre surge a partir de la declaración de ‘J’. De lo contrario, la investigación completa se podría desarrollar autónomamente por la policía sin intervención del Ministerio

Público, lo que afecta el aludido principio constitucional de que es dicho órgano el que debe dirigir la investigación.

Al analizar la historia de la ley queda claro el propósito de la modificación. El representante del Ministerio Público ante la Comisión de Constitución del Senado, en referencia a una indicación que pretendía extender la facultad de empadronar y tomar declaraciones de testigos *"cada vez que en el ejercicio de sus funciones tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito"*⁴³, refirió que *"con todo, observó que el problema radica en la idea de autorizar la actividad autónoma de las policías cuando en el ejercicio de sus funciones conocen de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito y que queda fuera de los supuestos de la flagrancia. Expresó que esa idea puede resultar demasiado amplia y colisionar con las atribuciones de dirección exclusiva de la investigación que las disposiciones constitucionales confieren al Ministerio Público. Explicó que el supuesto anterior permitiría que una de las policías opere autónomamente en aquellos casos en que el Ministerio Público ya ha iniciado una investigación con la otra institución policial, lo que puede dar pie a posibilidades ciertas de entorpecimiento, sobre todo tratándose de investigaciones más complejas"*⁴⁴.

Justamente por ello se decidió rechazar dicha hipótesis excesivamente amplia, reemplazándola por la hipótesis de recepción de denuncias. Asimismo, consta en la historia de la ley que también para esta hipótesis se requiere siempre una instrucción general previamente dictada por el Ministerio Público. En efecto, al promover esta norma, el senador Espina sostuvo que *"es importante también que esta facultad se ejerza siempre y en todos los casos en que la policía reciba una denuncia, para evitar cualquier interpretación que le permita desentenderse de esta obligación. Ello, teniendo también en cuenta que se prevé que las diligencias se harán según una instrucción general"*⁴⁵.

b) Se agrega también que los policías deben consignar las declaraciones voluntariamente presentadas por testigos fuera de las tres hipótesis ya referidas (flagrancia, resguardo del sitio del suceso, denuncia). Ello implica que la policía está obligada a recibir declaraciones incluso en causas archivadas o en

⁴³ Indicación 20, de su excelencia, la Presidenta de la República, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 80.

⁴⁴ Intervención del representante del Ministerio Público ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 84.

⁴⁵ Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 85.

aquellas en que el fiscal ejerció facultad de no inicio, lo cual evidentemente perjudica la eficiencia de la acción policial.

Paralelamente, la norma presenta otro problema: parece autorizar a la policía a solicitar autónomamente a cualquier persona que preste declaración, sin importar el delito ni el estado procesal de la causa. ¿Cuál es el límite de esta norma? Tiene una doble limitación:

- Su ejercicio debe atenerse a una instrucción general previamente dictada en conformidad al art. 87 del C.P.P.
- En la historia de la ley se aprecia que el propósito de esta norma es terminar con la ‘mala práctica’ de policías que se niegan a tomar declaración a testigos que acuden a las comisarías al efecto, arguyendo que requieren primero una instrucción del Ministerio Público. Por ende, la intención de la norma es obligar a la policía a recibir las declaraciones de los testigos que de mutuo propio quieren prestar declaración, no facultar a los policías a que autónomamente citen testigos a las comisarías o salgan a obtener declaraciones en terreno sin control del Ministerio Público.

En efecto, explicando la razón de porqué se agregó esta hipótesis, el senador Espina *“observó que, lamentablemente, esas declaraciones se toman solo cuando se cierra el sitio del suceso, lo que tiene lugar únicamente si se trata de un delito flagrante en que hay un delincuente detenido. Indicó que en todos los demás casos no se toman las declaraciones ni se empadrona a los testigos del lugar, aunque la víctima los sindique como tales y pese a que se ofrezcan voluntariamente para ello”*⁴⁶.

En el mismo sentido intervino el profesor Matus, *“añadiendo que también hay que considerar el caso en que el propio denunciante lleva sus testigos a la policía a declarar. Expresó que, en la actualidad, la práctica policial consiste en derivar a estas personas directamente a la fiscalía, lo que implica un trámite burocrático innecesario y genera el riesgo de perder información”*⁴⁷.

A propósito de esta modificación y de su discusión legislativa, debe recalcar que la obligación de la policía de **identificar a los testigos y consignar sus declaraciones** refuerza las alegaciones de la defensa en torno a la obligación de registro de declaraciones de testigos y diligencias en los términos de los

⁴⁶ Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82.

⁴⁷ Intervención del profesor Jean Pierre Matus en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Informe de la Comisión; pág. 87

artículos 181 y 228 del C.P.P., entre otros, por lo que, de no cumplirse a cabalidad esta obligación, podría solicitarse la exclusión de la prueba respectiva por vulneración de garantías, en especial el derecho del imputado y de su defensa de conocer el contenido de la investigación (artículo 93 letra a) del C.P.P.).

3. Modificación al inciso final del art. 129 del C.P.P.: Facultad de las policías de registrar e incautar autónomamente en lugares cerrados en caso de persecución flagrante

Texto aprobado

“Artículo 129.- inciso segundo: Detención en caso de flagrancia.

En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para practicar la respectiva detención. En este caso, la policía podrá registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará. Lo anterior procederá sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215”.

Comentario

La norma sólo permite la incautación de objetos vinculados al delito flagrante que dio origen a la persecución. Si la policía, al efectuar el registro previsto en esta norma, encuentra evidencia no vinculada al caso, necesariamente deberá conseguir una orden judicial para incautarla. La referencia efectuada en la frase final al art. 215 del C.P.P. -que regula la incautación de evidencia relativa a un hecho punible distinto de aquél materia del procedimiento en que se libró la orden, es decir, regula la incautación de objetos no vinculados-, se efectuó porque, al momento de la discusión, el art. 215 vigente requería orden judicial. Es decir, el objetivo de dicha referencia es precisamente aclarar que, tratándose de objetos no vinculados encontrados al efectuar un registro en lugar cerrado, en el marco de una persecución flagrante por otro delito, se requiere necesariamente una orden judicial.

La historia de la ley da cuenta de ello. La redacción de la modificación del inciso final del art. 129 que venía de la Cámara de Diputados, señalaba simplemente que, tras el ingreso al lugar cerrado y la detención, *“la policía podrá registrar el lugar, levantar evidencia e incautarse de los objetos y documentos que encontrare, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará”*. Es decir, no había ningún límite relativo a la ‘vinculación’ de los objetos incautados

con la persecución flagrante, lo cual habilitaba a que un sujeto perseguido, por ejemplo, por haber cometido un delito de daños, que durante la persecución ingresaba a su domicilio, manteniendo en ésta una planta de cannabis, fuera procesado también por autocultivo.

En la Comisión de Constitución del Senado, la Defensoría Penal Pública planteó que *“las consecuencias nefastas que podía tener la amplitud excesiva de esta norma, habilitando el registro de domicilios de personas que cometieron ilícitos menores (piénsese por ejemplo, en un manejo bajo influencia del alcohol), y más grave aún, permitiendo que en caso de que el sujeto perseguido ingresara al domicilio de un tercero, éste no sólo tenga que soportar la irrupción del perseguido y la policía, sino que también, eventualmente, el registro de su domicilio”*⁴⁸.

A raíz de ello, el senador Araya planteó *“que la Defensoría Penal plantea dudas muy plausibles en relación a la materia en estudio. Observó que es muy enojosa la situación que puede afectar al tercero que ocupa el inmueble donde entra una persona perseguida por la policía, pues sin tener nada que ver en el asunto podría ver su vivienda sometida a un registro completo”*⁴⁹.

A propósito de los planteamientos señalados, la **ministra de Justicia** *“sostuvo que las observaciones que se han planteado en este debate son plausibles, añadiendo que **las posturas esbozadas podrían compatibilizarse en una posición intermedia, que permita a la policía que persigue al flagrante recoger sin orden previa la evidencia directamente relacionada con el delito cometido que pueda descubrir en el lugar cerrado donde el perseguido se oculta. Agregó que si encuentra antecedentes correspondientes a otros ilícitos, el policía tendrá que recabar una autorización judicial previa para hacer una pesquisa completa del lugar cerrado y recoger la evidencia que no se relacione con el ilícito original”***⁵⁰.

Complementando lo señalado por la ministra, el profesor Acosta *“se mostró de acuerdo con lo planteado por la señora Secretaria de Estado, argumentando que acoger la disposición original importaría facultar a la policía para hacer allanamientos a discreción. Connotó que a esta solución se le debe agregar*

⁴⁸ Intervención del representante de la Defensoría ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 120.

⁴⁹ Intervención del senador Araya en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 121.

⁵⁰ Intervención de la ministra de Justicia en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 121.

*una mención al artículo 215, norma que regula la situación del hallazgo fortuito de evidencia no relacionada con la investigación principal, que puede tener lugar al cumplirse una orden judicial de registro*⁵¹.

Fundado en este argumento es que se agregó la referencia al art. 215 del C.P.P. en la frase final del art. 129 inciso sexto, asegurando la intervención judicial en la incautación de objetos no vinculados.

Por último, si debido a la referencia al art. 215 -norma que la modificación legal despojó posteriormente de autorización judicial- se intenta elaborar una interpretación que sostenga que la incautación de objetos no vinculados en el marco del art. 129 no requiere orden judicial, siendo una facultad autónoma de la policía, esta hermenéutica sería absolutamente contradictoria con el texto del vigente art. 129 inc. 6°.

En efecto, ¿qué sentido tendría entonces la distinción que hace la norma entre objetos vinculados y no vinculados, si es que todos pueden ser incautados autónomamente?

Consideraciones que debe tener presente la defensa:

- De acuerdo con lo ya expresado, **en la hipótesis prevista en este artículo es ilegal la incautación efectuada por la policía sin orden judicial** -sea autónomamente o con autorización del fiscal- **de objetos no vinculados** a la investigación en curso. Se entienden por objetos no vinculados aquellos que, en conformidad con el art. 215, "*permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento*".
- La norma exige que la policía, una vez efectuado el registro e incautados los objetos vinculados, **dé aviso inmediato al fiscal**. La defensa podrá entonces solicitar el registro investigativo que dé cuenta de la inmediatez del aviso. Pero, ¿qué se entiende por inmediato? El C.P.P. utiliza el vocablo 'inmediato' o sus derivados en más de 60 ocasiones. Sin embargo, la duración concreta que se le asigna a esa 'inmediatez' -en algunos casos definida legalmente y en otras jurisprudencialmente- en la práctica varía drásticamente, dependiendo de la materia de que se trate y del objetivo de la norma.

Así, por ejemplo, el art. 130, respecto de las que han sido llamadas 'hipótesis fictas de flagrancia', establece que "*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*". En

⁵¹ Intervención del profesor Acosta en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 121.

contrapartida, algunos tribunales han entendido que la entrega ‘inmediata’ a la policía en caso de detenciones particulares no puede exceder un plazo de una hora desde la detención.

Esta diferencia se debe a un motivo evidente: en el primer caso, el objeto de la disposición es extender la situación de flagrancia fictamente, con el objeto de mejorar la eficiencia de las actuaciones policiales y, consecuentemente, la persecución penal. En el segundo caso, en cambio, el objeto de la norma es garantizar la entrega del detenido a la autoridad competente en un plazo breve, evitando así el riesgo de secuestro por particulares o linchamientos populares.

Por ende, es el *motivo o fundamento* de la norma el que determina el significado del vocablo *inmediato*. En el caso de la norma en análisis, el aviso inmediato al fiscal tiene por objeto salvaguardar el principio de dirección de la investigación por el Ministerio Público, generando al menos un mínimo control posterior sobre una actuación autónoma de la policía de naturaleza particularmente sensible y potencialmente vulneradora del derecho a la intimidad del hogar, como lo es aquella contemplada en el art. 129 del C.P.P.. Por ende, el aviso al fiscal debe darse dentro de un plazo corto, no pudiendo transcurrir horas sin que la policía dé aviso al Ministerio Público. En caso contrario, la defensa podrá cuestionar la legalidad de la evidencia obtenida.

- La evidencia debe ser conservada por el Ministerio Público -y no por la policía-, lo que debe constar en la cadena de custodia. De lo contrario, es cuestionable la legalidad y credibilidad de la evidencia obtenida conforme a esta norma.
- Finalmente, cabe agregar que existen elementos para estimar que el nuevo texto de la norma es inconstitucional. En efecto, si bien el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma -por estimar que ella no era ley orgánica constitucional-, cabe recordar el voto de minoría, que considera que la norma es inconstitucional⁵², al estimar que el

⁵² El voto de minoría de los ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez, por declarar inconstitucional el artículo 2º, N° 6 considera que “que, la nueva facultad que se le concede a la policía de registrar el lugar e incautar los objetos y documentos en situaciones de persecución de un sujeto sorprendido en delito flagrante, debe ser ejercida previa autorización del juez de garantía competente, a fin de que se respeten las garantías constitucionales referidas al derecho a la intimidad y al respecto a la inviolabilidad del hogar y a toda forma de comunicación privada, que asegura a toda persona el artículo 19º, N°s 4 y 5 de la Constitución Política, y que, se comparte lo expuesto por el diputado de la república don Osvaldo Andrade Lara, en su escrito de fojas 352 y siguientes de autos, en cuanto hace presente la atribución privativa de los tribunales de justicia,

registro e incautación autónomos afectan el derecho a la inviolabilidad del hogar. Este voto es relevante, por cuanto los cuatro ministros que analizan la norma estiman que es inconstitucional, mientras que los 6 restantes, que se rehúsan ejercer el control preventivo de constitucionalidad -por estimar que es ley simple-, podrían también acceder a su inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

4. Modificación del art. 215 del C.P.P., en virtud de la cual se faculta a las policías para incautar objetos o documentos no relacionados con el hecho investigado sin autorización judicial

Texto aprobado

“Artículo 215. Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado. Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación, debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará”.

Comentario

Esta norma sufre una modificación profunda, dado que la actuación en ella regulada pasa de requerir autorización judicial previa a ser una actuación autónoma de la policía. Los aspectos que debe tener en consideración la defensa respecto del nuevo texto del art. 215 son los

siguientes:

El art. 215 -tanto el texto previo a la modificación, como el modificado- exige como presupuesto de la incautación de evidencia ligada a un hecho punible distinto al investigado, que el descubrimiento de ésta se produzca en el marco de una diligencia de registro precedida de una orden judicial al efecto. Es decir, el art. 215 es una excepción al art. 9° del C.P.P.: así, toda incautación de objetos no vinculados requerirá por regla general orden judicial, por tratarse de un procedimiento que priva o restringe el derecho constitucional del art. 19 N° 5. Sólo en el caso del art. 215 -incautación producida en el marco de registro autorizado judicialmente- procede la incautación autónoma, la cual no es aceptable en registros efectuados autónomamente conforme al art. 129 inciso final o 206 del C.P.P..

en orden a autorizar en forma muy excepcional allanamientos al hogar y acceso a las comunicaciones privadas . Sentencia N°3081-2016-CPR, páginas 91-92.

En virtud de lo señalado tanto en el argumento anterior como de lo expresado al analizar la modificación al art. 129, la referencia del inciso final de aquél artículo al art. 215 debe entenderse hecha en el siguiente sentido: la incautación de objetos no vinculados en el marco de una persecución flagrante requiere orden, sin perjuicio de que el art. 215 no la exija, pues el art. 215 no es aplicable en esta hipótesis.

Al igual que en el caso del art. 129 inciso final, la policía debe dar aviso inmediato de la incautación al fiscal, debiendo la evidencia ser conservada por el Ministerio Público. Al efecto, se reproducen los argumentos señalados en el número anterior.

Sin perjuicio de lo señalado, es evidente que el nuevo artículo 215 es inconstitucional. En efecto, el registro e incautación autónoma de la policía afecta la esencia del derecho a la inviolabilidad del hogar, al prescindir de control judicial a pesar de su naturaleza invasiva. De lo contrario, cualquier derecho constitucional podría limitarse a su mínima expresión por modificaciones legales, que es justamente lo que la Constitución pretende evitar en su artículo 19 N°26⁵³. El Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad de esta norma, por los mismos motivos señalados al analizar el artículo el nuevo artículo 449 del Código Penal.

5. Modificación al art. 206: Nueva hipótesis de entrada y registro a lugares cerrados sin autorización judicial ni del propietario

Texto aprobado

“Artículo 206 inciso primero. 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, o que exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren”.

⁵³ Esta norma prescribe que “la Constitución garantiza a todas las personas, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

Comentario

Se rechazó indicación del Ejecutivo que proponía grabación del procedimiento. Se agregó una nueva hipótesis que faculta el ingreso de la policía sin orden judicial ni autorización, consistente en que ***"exista algún indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos, de cualquier clase, que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito, o aquellos que de éste provinieren"***.

La hipótesis referida no es equiparable a las dos actualmente previstas en el art. 206, que son situaciones de flagrancia o de peligro para las personas y sí justifican una restricción al derecho a la inviolabilidad del hogar. En la nueva hipótesis, en cambio, se sacrifica la inviolabilidad del hogar para evitar una *potencial* pérdida de medios probatorios. El aspecto más problemático de la norma es el bajo estándar que exige para habilitar el ingreso: basta que *"exista algún indicio"* de destrucción de evidencias que *"pudiesen haber servido o haber estado destinadas"* a la comisión de un delito o provinieren de éste.

Consideraciones relevantes para la defensa:

Cuando la policía ingrese a un lugar cerrado autónomamente en virtud de las hipótesis previstas en el art. 206, requerirá **siempre** orden judicial para incautar los objetos que encuentre al efectuar el registro autónomo. En efecto, si se trata de objetos relacionados con el hecho investigado, debe aplicarse la norma del art. 217 del C.P.P., que exige orden judicial si la persona afectada no entrega voluntariamente los objetos, o bien el requerimiento de entrega puede poner en peligro la investigación. Por otra parte, si se trata de objetos no relacionados, no cabe aplicar el art. 215 -regla excepcional que exige un registro fundado en una orden judicial dictada en otro procedimiento, lo cual no ocurre en el presente caso-, sino que el art. 9° del C.P.P., requiriéndose también orden judicial.

Al respecto, cabe tener presente que la Comisión de Constitución del Senado rechazó una indicación del Ejecutivo que preveía regular expresamente el caso de incautación de objetos no vinculados en el marco de un registro por art. 206 del C.P.P. Se trataba de la indicación N° 60, que tenía por objeto modificar el art. 215 del C.P.P., y preveía en su inciso 2° que *"en todo caso, tratándose de las situaciones a las que hace referencia el artículo 206, sólo se podrá proceder a la incautación de objetos o documentos, previa orden judicial, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 9°"*⁵⁴. No obstante, dicha

⁵⁴ Ídem; pág. 150.

indicación fue rechazada por la Comisión, que consideró que en este caso procedía la incautación autónoma por la policía⁵⁵.

Es importante tener presente que, no obstante el rechazo de dicha indicación, es insostenible afirmar que la incautación no requiere orden judicial en caso de registros efectuados conforme al art. 206, atendido que -respecto de objetos no vinculados- el 215 no es aplicable, pues debe haber una orden que faculte el registro, y -tratándose de objetos vinculados- rige el art. 217, que no fue modificado.

La redacción de la nueva hipótesis del art. 206 se refiere a la destrucción de aquellos objetos “*que pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito*” o bien “*aquellos que de éste provinieren*”. Por ende, si la destrucción se refiere a objetos distintos de los señalados, la entrada y registro autónomo de la policía es ilegal.

Ejemplos de ello serían el objeto cuya tenencia misma constituye el delito -piénsese en las municiones en un porte de municiones, las cuales no son un medio de comisión del ilícito ni provienen de éste-, así como cierta evidencia relativa a la participación del imputado -quemar una vestimenta propia manchada con sangre de la víctima-, que tampoco encaja en los casos descritos que habilitan el ingreso.

Atendido que es altamente improbable imaginar un caso en que la policía se percate desde la vía pública de que al interior de un lugar cerrado se están destruyendo documentos u objetos que dan cuenta de un delito, la defensa debe estar atenta a la justificación que entreguen los agentes policiales de cómo advirtieron la supuesta destrucción, fundados en qué indicio, y por qué motivo se encontraban justo fuera del domicilio del imputado. Es importante considerar que el ingreso sin orden judicial es excepcional, y al tratarse de una diligencia que restringe derechos constitucionales, las hipótesis de procedencia de la norma deben interpretarse en forma restrictiva, de conformidad al artículo 5° inc. 2° del C.P.P.: ***“Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía.”***

⁵⁵ En ese sentido, el senador Espina intervino señalando que “*en los hechos, el policía que hace el hallazgo de evidencia debe ubicar telefónicamente al fiscal para solicitar que lo autorice el levantamiento. Eso, añadió, no es fácil porque los fiscales son difíciles de ubicar, ya que generalmente están en audiencia. Y añadió que ello no basta, porque una vez que el fiscal es advertido de la situación, debe solicitar al juez de garantía una autorización especial, procedimiento que puede tardar un lapso considerable de horas. Explicó que en el intertanto, buena parte de la evidencia habrá desaparecido*”.

Tabla que muestra los requisitos para incautar en las distintas hipótesis de entrada y registro, según se trate de objetos vinculados o no vinculados:

Norma que justifica la entrada y registro		Tipo de evidencia a incautar	
		Evidencia vinculada al procedimiento que motivó el ingreso y registro.	Evidencia no vinculada al procedimiento que motivó el ingreso y registro.
Regla general	Orden judicial	Aplica art. 217: se requiere nueva orden judicial, salvo entrega voluntaria o que incautación ya haya sido autorizada en orden que permite registro.	Aplica art. 215: policía puede incautar autónomamente, atendido que hay orden judicial dictada en procedimiento que habilita el registro.
Art. 205.			
	Autorización del propietario o encargado	Aplica art. 217: requiere orden, salvo entrega voluntaria.	Aplica art. 9°: no es aplicable art. 215, porque no se ha dictado orden de registro. A falta de entrega voluntaria se requiere orden.
	Art. 206:	Aplica art. 217: requiere orden, salvo entrega voluntaria.	Aplica art. 9°: no es aplicable art. 215, porque no se ha dictado orden de registro. A falta de entrega voluntaria se requiere orden.
	- Llamadas de auxilio.		
Excepciones	- Otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.		
	- Indicio de que se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos.		
	Art. 129 inc. final: ingreso y registro durante persecución flagrante.	Aplica art. 129 inc. final: la norma explícitamente permite incautación autónoma, primando sobre art. 217.	Aplica art. 9°: no es aplicable art. 215, porque no se ha dictado orden de registro. A falta de entrega voluntaria se requiere orden.

6. Modificación a los art. 89 inc. 1° y 129 inc. 2° del C.P.P.: Facultad de registrar al detenido sin necesidad de nuevos indicios

Texto aprobado

“Artículo 89. Examen de vestimentas, equipaje o vehículos. Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere.

Para practicar el examen de vestimentas, se comisionará a personas del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia.

“Artículo 129.- incisos segundo: Detención en caso de flagrancia.

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito. En el mismo acto, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona detenida, debiendo cumplir con lo señalado en el inciso segundo del artículo 89 de este Código”.

Comentario

La nueva ley elimina la frase final del inciso 1° del art. 89 del C.P.P., que decía **cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación**”, y por ende, eliminó la necesidad de indicios de que se ocultan objetos relevantes para la investigación, para hacer procedente el registro. De esta manera, las facultades de registro de la policía respecto del detenido se equiparan a aquellas que ya tenía respecto de los sujetos a quienes se hace control de identidad conforme al art. 85⁵⁶.

Recordemos que, en la misma línea, se modificó el inciso 2° del art. 129, agregándose la posibilidad de que la “policía pueda proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona detenida, debiendo cumplir con lo señalado en el inciso segundo del artículo 89 de este Código⁵⁷”. La norma es redundante, atendida la modificación referida del art. 89.

⁵⁶ El inciso 2° del art. 85 comienza señalando que “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”.

⁵⁷ El inc. 2° del art. 89 se refiere a que el registro debe hacerse por personas de mismo sexo.

7. Nueva hipótesis de flagrancia: registros audiovisuales

Texto aprobado

"Artículo 130 letra f) e inciso final.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

"f) El que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.

"Para los efectos de lo establecido en las letras d), e) y f) 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".

Comentario

Se introduce la posibilidad de que exista flagrancia cuando el detenido aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato.

En el inc. 2° se reemplaza la referencia a las "letras d) y e)", por otra a las "letras d), e) y f)", de tal manera de que en la nueva hipótesis de flagrancias también 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.

Análisis de la norma:

Debe tratarse de un registro **audiovisual**: según la R.A.E., audiovisual se define como "que se refiere conjuntamente al oído y a la vista, o los emplea a la vez"⁵⁸. Cabe exigir entonces que el registro sea tanto de audio como video. Por ende, si se trate de un audio sin video, o a la inversa, no hay flagrancia, atendida la interpretación restrictiva que mandata el art. 5° inc. 2° del C.P.P.

El tiempo de 12 horas debe contarse -por disposición expresa- desde la comisión del hecho y no desde que se observa o analiza el registro audiovisual. Si se detuvo al imputado por esta hipótesis, determinándose posteriormente en la audiencia de control de detención que el imputado no aparecía en el registro, no sólo se puede cuestionar la participación, sino que también la legalidad de la detención.

⁵⁸ Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, disponible online en la dirección web <http://dle.rae.es/?id=4NjXdlq>

C) Ampliación de las hipótesis en las cuales se puede dictar orden de detención y modificaciones en materia de medidas cautelares personales

1. Ampliación de las hipótesis en las cuales se puede dictar orden de detención sin citar previamente al imputado. La orden de detención como fundamento para imponer la prisión preventiva

Texto aprobado

“Artículo 127 incisos segundo y tercero.- Detención judicial.

Además, podrá decretarse la detención del imputado por un hecho al que la ley asigne una pena privativa de libertad de crimen.

“Tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos.

“Artículo 140 incisos cuarto y final:

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 como orden de detención judicial pendiente u otras, 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.

“Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado”.

Comentario

La Comisión de Constitución del Senado amplió las hipótesis en que es posible dictar orden de detención sin citación previa, conforme al art. 127 inciso primero del C.P.P.. Originalmente, la norma aprobada en general por el Senado señalaba que el juez podrá considerar como razón suficiente para entender que la comparecencia del imputado se verá demorada o dificultada:

- i) Si el hecho que motiva la solicitud de orden de detención constituyere un hecho punible al que la ley asigna una pena privativa de libertad de crimen;
- ii) Asimismo, podrá entenderse razón suficiente para ello el reconocimiento efectuado por el imputado ante el fiscal o la policía, en presencia de su defensor, de su participación en los hechos investigados;
- iii) Que su identificación o reconocimiento como presunto responsable conste en los resultados de una prueba científica, a través de medios visuales o audiovisuales;
- iv) O se haya practicado mediante la realización de la diligencia de reconocimiento.

Finalmente, la Comisión de Constitución del Senado decidió ampliar la norma a dos de las cuatro hipótesis referidas, incorporando los incisos 2° y 3° al artículo 127. La ampliación de las situaciones en que se puede decretar orden de detención sin citación previa es incomprensible, por cuanto:

La incorporación de los casos en que el delito tenga pena de crimen es innecesaria, ya que bajo la ley vigente, si el juez estima que se trata de un delito grave y que la comparecencia del imputado puede verse demorada, puede dictar la orden de detención sin citación previa conforme al 127 inc. 1°.

Facultar la dictación de orden de detención sin previa citación en contra de imputados que han reconocido voluntariamente su participación parece contraproducente, no sólo porque la orden de detención es innecesaria, sino también porque va a desincentivar la colaboración del imputado. Esta norma, además, parece contradecirse con múltiples normas penales y procesales que otorgan un beneficio al imputado por su colaboración, entre ellas la atenuante de colaboración sustancial (art. 11 N°9) y las rebajas de pena por aceptación de responsabilidad en los procedimientos simplificado y abreviado (art. 396 y 407 respectivamente).

Especialmente notoria es la contradicción con la atenuante del art. 11 N° 8, la cual beneficia a quien *"pudiendo eludir la acción de la justicia por medio de la fuga u ocultándose, se ha denunciado y confesado el delito"*. Así, bajo las modificaciones introducidas por la nueva ley, el sujeto que voluntariamente concurre a confesar no sólo contará con una atenuante de valor muy limitado -producto del marco rígido del nuevo art. 449 del Código Penal-, sino que además se verá expuesto a concurrir detenido a las audiencias en lugar de ser citado a ellas y, más grave aún -como se explicará-, ello será motivo para que eventualmente se le imponga la cautelar de prisión preventiva.

El aspecto más grave de las modificaciones introducidas por el legislador es que el reconocimiento de responsabilidad o la circunstancia de que el delito tenga pena de crimen van a autorizar inmediatamente al tribunal a dictar la orden de detención, a pesar de no ser ello indispensable.

Una vez que el imputado llegue detenido a la audiencia, atendida la modificación ya citada al art. 140 del C.P.P., que señala expresamente que la existencia de una orden de detención vigente es un criterio para estimar que el imputado es un peligro para la seguridad de la sociedad, el tribunal podría decretar la prisión preventiva fundándose en la existencia de dicha orden.

Así, por ejemplo, en el caso de un sujeto que voluntariamente reconoce su responsabilidad por el delito de amenazas ante la policía, a pesar de no tratarse de delito flagrante, se podría dictar una orden de detención para que comparezca ante el tribunal sin previa citación y, una vez que llegue detenido, se configuraría un potencial presupuesto para sujetarlo a la cautelar de prisión preventiva.

El nuevo inciso 5° del art. 140 es irrelevante, pues en efecto, en el proceso penal sólo pueden dictarse órdenes de detención en contra de quienes detentan la calidad de imputados⁵⁹. En contra de otros intervinientes, o bien de personas cuya presencia se requiere, proceden otras medidas, tales como el arresto (art. 33 inc. 3° del C.P.P.).

Consideraciones para la defensa:

La dictación de la orden de detención sin previa citación en estos casos, al igual que en el inciso 1°, **es facultativa** para el tribunal. Por ende, **la defensa siempre puede cuestionar la procedencia de la orden**, la cual debe cumplir los parámetros que exigen los artículos 5° inciso 2° y 122 del C.P.P., a pesar de que ya no deba cumplir las exigencias del artículo 127 inciso 1° (posibilidad de que la comparecencia pueda verse demorada o dificultada). Ello es relevante, por cuanto difícilmente será indispensable, por ejemplo, en aquellos casos en que el imputado concurre voluntariamente a confesar. En caso de ser improcedente la orden, la defensa puede interponer un amparo constitucional.

Si el fiscal solicita que se decrete orden de detención fundándose en que el delito tiene asignada una pena de crimen, **el fiscal tendrá que justificar tanto la necesidad de la medida -conforme al art. 122- como también que los hechos configuran efectivamente un delito con pena de crimen**. Por ende, si el defensor tiene conocimiento de la dictación de la orden de detención y sus

⁵⁹ Respecto de quienes incumplen injustificadamente el pago de alimentos, la ley autoriza su 'arresto'.

fundamentos antes de su ejecución, puede interponer un amparo si estima que en realidad los hechos imputados no cumplen ese requisito.

Respecto de la causal de procedencia de orden de detención referida al reconocimiento del imputado, cabe señalar que de acuerdo con la historia de la ley, no es requisito de la misma la presencia del defensor⁶⁰. Justamente por ello, existe un riesgo cierto de que la autoincriminación se haya obtenido mediante coacciones o apremios ilegítimos⁶¹.

Por ello, en caso de que el defensor tenga conocimiento del despacho de una orden de detención fundada en una confesión respecto de la cual hayan antecedentes sobre su obtención ilícita, podrá interponer el amparo respectivo para dejar sin efecto la orden de detención, sin perjuicio de las demás actuaciones que correspondan para que la confesión ilícita no produzca efectos en el proceso penal.

Cabe tener presente que la razón por la cual se agregó la confesión como motivo de procedencia de la orden de detención sin citación previa, según el Ministerio Público -promotor de la norma- *"estriba en un caso que a veces ocurre, en que una persona ha cometido un delito particularmente grave y se acerca motu proprio a una unidad policial para confesar, impulsada por el remordimiento. Indicó que esta situación se da muchas veces a raíz de crímenes entre familiares. Explicó que en este caso, si han pasado más de 12 horas desde el momento en que se cometió el delito, técnicamente no hay flagrancia y si el fiscal a cargo del caso solicita al juez una orden de detención, comúnmente no la logrará, pues aunque la comisión del ilícito esté probada, no se podrá acreditar una causa probable que justifique el temor a que el imputado no se presentará a la audiencia"*⁶².

⁶⁰ Se impuso la posición del senador Espina, quien argumentó que "exigir la presencia del abogado defensor en esta diligencia es excesivo, porque en tal caso la confesión no tiene ningún efecto perjudicial en el proceso ni podría ser utilizada por sí misma como antecedente para dictar una medida cautelar...". Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 115.

⁶¹ Al respecto, el profesor Acosta señaló que "también se olvida que el derecho procesal penal moderno desconfiaba, con razón, de las autoincriminaciones, por el riesgo cierto de que tras ellas se oculte algún tipo de coacción. Acá, puntualizó, se obraría en sentido contrario, facilitando la persecución penal en el caso de la confesión". Intervención del profesor Acosta en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 113.

⁶² Intervención del fiscal nacional (S), Andrés Montes, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 112

Por ende, si bien la norma, tras la discusión, se extendió también a los simples delitos, es importante considerar que su fundamento histórico es la comisión de delitos graves, en que evidentemente es más plausible que la medida sea proporcional y necesaria. Por el contrario, parece difícil que se cumplan esos requisitos en el caso de una confesión de hurto simple o de lesiones leves.

Por último, en aquellos casos en que se dicte la orden sin previa citación, fundada sólo en que el delito tiene pena de crimen, o bien en la confesión del imputado, la defensa puede cuestionar que esa misma orden se utilice como fundamento para decretar la prisión preventiva. Ello, porque la razón para agregar las órdenes de detención vigentes como presupuesto de prisión preventiva fue la existencia de órdenes previas que demostraban un claro peligro de fuga, cómo se desprende de intervenciones de los parlamentarios tales como la siguiente: “*Cómo se le explica a las víctimas atemorizadas que un imputado queda en libertad durante el proceso, aunque haya contra él diversas órdenes de detención pendientes derivadas de otros delitos*”⁶³.

Esa lógica no es aplicable al sujeto que tiene sólo una orden vigente, la cual además fue dictada sin que faltara a ninguna audiencia y, muchas veces, sin la posibilidad de que la procedencia de esa orden haya podido ser cuestionada por la defensa (como sucede habitualmente en las órdenes de detención escritas). Por ello, la defensa puede oponerse a la procedencia de la prisión preventiva, fundada en la mera existencia de una orden de detención dictada sin citación previa del imputado.

Respecto de la agregación al art. 140 del C.P.P. de las órdenes de detención como presupuesto de prisión preventiva, es necesario tener en consideración que la indicación que dio origen a la modificación legal fue la indicación N° 50, presentada ante la Comisión de Constitución del Senado, la cual prescribía que: “*Se entenderá que **existe peligro de fuga cuando el imputado registre una o más órdenes de detenciones judiciales pendientes***”⁶⁴.

Dicha indicación fue aprobada por la comisión, no obstante lo cual en el texto definitivo que emana de la citada comisión se trata a las órdenes de detención como el resto de las medidas cautelares personales, señalando que ellas implican potencialmente un peligro para la seguridad de la sociedad. No obstante,

⁶³ Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 129.

⁶⁴ Indicación N° 50, de los honorables senadores señores Espina, Coloma, García, Harboe y Larraín, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 128.

las órdenes siempre van a tener por objeto garantizar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento, por lo que si la prisión preventiva se dicta fundándose en la existencia de una orden de detención pendiente, aunque el tribunal señale que la causal es peligro para la seguridad de la sociedad y no peligro de fuga, seguiría siendo procedente la sustitución de la cautelar por una caución conforme al art. 146 del C.P.P., atendido que se cumple el presupuesto de aplicación de dicha norma⁶⁵.

2. Orden de detención automática en caso de quebrantamiento (nuevo inc. 5° del art. 129)

Texto aprobado:

"Artículo 129 inciso quinto. - Detención en caso de flagrancia.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, el tribunal que correspondiere deberá, en caso de quebrantamiento de condena y tan pronto tenga conocimiento del mismo, despachar la respectiva orden de detención en contra del condenado".

La disposición carece de sentido, atendido que el mismo art. 129, en su inc. 4° actual, prescribe que *"La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena "*.

Asimismo, atendido a que el quebrantamiento constituye un delito en conformidad al art. 90 del Código Penal, cuando el imputado es requerido por ese ilícito, si es que aún no ha sido recapturado o ha vuelto voluntariamente, los jueces habitualmente dictan la orden de detención correspondiente por no haber comparecido a la audiencia de requerimiento.

a norma parece ser facilitar el trabajo de las policías. En efecto, según el senador Espina, *"la indicación sólo intenta solucionar un problema práctico, que consiste en que la policía no tiene forma de saber que la persona que tiene al frente quebrantó una condena, a menos que ello conste en un registro de órdenes de detención pendientes disponible en línea"*.

Como se observa, este problema se podría haber resuelto con una comunicación más fluida entre gendarmes y policías, en lugar de forzar una orden de detención innecesaria.

⁶⁵ El inc. 1° del art. 146 prescribe que *"Cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará"*.

3. Nueva medida cautelar personal del art. 155 del C.P.P.: la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado

Texto aprobado:

“Artículo 155 letra i). Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:

i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.

Se añadió una nueva letra i) al art. 155 del C.P.P., la cual contempla como medida cautelar personal la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado. Nótese que, a diferencia de lo dispuesto en el artículo 9 letra a) de la Ley de Violencia Intrafamiliar, la nueva letra i) del artículo 155 no se refiere al abandono del hogar **común**, es decir del hogar que el imputado comparte con la víctima del delito, sino que solamente se obliga al imputado a hacer abandono de un inmueble determinado.

Esta norma plantea una potencial afectación severa al derecho de propiedad. La duda que surge es si puede ser obligado el propietario de un inmueble a abandonarlo en virtud de esta cautelar. Al respecto, es posible sostener que, a pesar del carácter provisorio de la cautelar, esta medida perturba o restringe facultades propias del derecho real de dominio, en particular, el uso y el goce (art. 582 del Código Civil).

Nuestra Constitución, en su art. 19 N°24, inc. 3°, dispone que *“nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación”*. Por ende, si se impone esta medida a un imputado respecto de un inmueble de su propiedad, la norma sería inaplicable por inconstitucional, al privar temporalmente -la Constitución no distingue entre privaciones provisorias o definitivas- al imputado de facultades esenciales del dominio, sin estar en la hipótesis excepcional que prevé la Constitución (expropiación).

Lo mismo sucede en el caso de otros derechos reales (usufructo, herencia, uso), que son a su vez objeto del derecho de propiedad. Así, la expulsión del

usufructuario por esta cautelar lo priva de ejercer las facultades de sus derecho de propiedad en relación al usufructo.

Asimismo, es dudosa la aplicación de esta cautelar en casos de imputados que, sin ser propietarios, mantienen otras relaciones jurídicas con el inmueble del cual son expulsados. Ejemplo de ello es el arrendatario, puesto que al ser expulsado, no cesa el contrato de arriendo, debiendo continuar el pago de la renta. Estos factores pueden ser tenidos en cuenta por el defensor para argumentar la falta de proporcionalidad de la medida.

Por de pronto, aparece que el destinatario natural de esta cautelar sería el imputado por usurpación de inmuebles y las situaciones de violencia doméstica que no estén comprendidas en las relaciones de parentesco del art. 5° de la ley 20.066. Con todo, debe llamarse la atención sobre que esta cautelar no sea utilizada para resolver problemas de orden civil, como sería el caso del propietario que desee expulsar a su arrendatario asilándose en esta cautelar.

D) Ampliación de las hipótesis en que puede apelar el Ministerio Público

En clara contradicción con los propósitos originales del C.P.P., que limitaba las resoluciones apelables por los intervinientes, la nueva ley agrega al menos tres nuevas hipótesis en que **sólo el Ministerio Público** puede apelar. Ello no sólo afecta el funcionamiento eficiente del sistema, sino que también la igualdad de armas entre las partes.

Texto aprobado:

Artículo 127 inciso final: "La resolución que denegare la orden de detención será susceptible del recurso de apelación por el Ministerio Público".

Por consiguiente, no sólo se amplían discutiblemente los casos en que puede dictarse orden de detención sin previa citación, sino que además se concede al Ministerio Público la posibilidad de obtener la orden de detención en segunda instancia. La no concesión del recurso de apelación a la defensa se ve reparada en parte por la procedencia de la acción de amparo constitucional, en el caso de que se dicte una orden de detención sin fundamentos.

Texto aprobado:

"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, en las leyes N° 17.798 y N° 20.000 que tengan penas de crimen o simple delito, y de los delitos

de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal en el solo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable”.

Los delitos que se agregan son los siguientes:

- i) Todos los delitos de la Ley de Control de Armas.
- ii) Los delitos de la Ley N° 20.000 con pena de simples delitos (antes sólo procedía la apelación en aquellos ilícitos con pena de crimen).
- iii) Delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones.

Atendido que la nueva ley incorpora ilícitos de menor entidad a la lista del art. 132 bis (tales como microtráfico, porte de municiones y lesiones leves contra las policías), es esperable que los tribunales sean más estrictos con la procedencia de la apelación de la resolución que declara ilegal la detención. Por consiguiente:

Si el tribunal considera que el hecho por el cual se formaliza o requiere no configura alguno de los delitos referidos en el art. 132 bis -a pesar de la posición discrepante del fiscal-, en caso de que el Ministerio Público apele, el defensor puede solicitar la inadmisibilidad del recurso, ya sea por la vía del recurso de hecho (art. 369 C.P.P.) o por vía de incidente ante la Corte de Apelaciones.

Igualmente, en el caso de que la detención se produzca por un ilícito determinado no contemplado en el art. 132 bis, resultando posteriormente formalizado o requerido el imputado por un ilícito que sí esté contemplado en esa norma, no es procedente la apelación de la resolución que declara ilegal la detención⁶⁶. No procede la apelación en los ilícitos de la ley 20.000 con penas de faltas, como aquella contemplada en el art. 50, dado que se incorporan sólo los simples delitos.

⁶⁶ Fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa rol 433-2015, de fecha 1° de abril de 2015. Se acogió el incidente presentado por la defensa, declarándose inadmisibile el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Público, atendido que la detención se produce con ocasión de encontrar en las vestimentas del imputado un arma blanca -delito no contemplado en el art. 132 bis-, sin perjuicio de que posteriormente fue formalizado por robo con violencia.

La actual Ley de Control de armas contempla, por una parte, ilícitos penales con penas de crimen y simple delito, y por otra, meras faltas administrativas (generalmente asociadas a armas inscritas). Atendido que dichas faltas administrativas ni siquiera son competencia de los tribunales penales (su juzgamiento es competencia de la Dirección General de Movilización Nacional), obviamente no les es aplicable esta disposición.

El texto que fue aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados exceptuaba las lesiones leves y menos graves contra miembros de las policías y gendarmes⁶⁷. Sin embargo, la Comisión de Constitución del Senado incluyó incluso estas lesiones de menor entidad en el art. 132 bis. Eso sí, queda excluido el delito de atentados contra la autoridad del art. 261 N°2 del Código Penal⁶⁸.

Texto aprobado:

"Artículo 149 inciso 2° del C.P.P.: Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N° 17.798 y N° 20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del Tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. 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.

⁶⁷ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 126.

⁶⁸ Durante la tramitación parlamentaria se pretendió incorporar a los tipos penales de lesiones contra agentes policiales y gendarmes -regulados en leyes especiales- las lesiones no visibles causadas a éstos. Finalmente, se desechó dicha posibilidad y en su lugar se modificó la conducta sancionada en el art. 261 N°2 del Código Penal, agregándose el texto en negritas: "Los que acometen o resisten con violencia, emplean fuerza o intimidación contra la autoridad pública o sus agentes, carabineros, funcionarios de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile, cuando aquélla o éstos ejercieren funciones de su cargo".

Análisis de la norma:

La norma es análoga a la del art. 132 bis, extendiendo la apelación verbal de la resolución que decreta la prisión preventiva a los mismos tipos penales a los que se extendió la apelación de la resolución que decreta la ilegalidad de la detención (sólo hay una diferencia aparente en los delitos de la Ley N° 20.000). Por consiguiente, se extiende la apelación verbal a:

- i) Todos los delitos de la Ley de Control de Armas.
- ii) Todos los delitos de la Ley N° 20.000 (antes sólo estaban contemplados aquellos que tenían penas de crimen).
- iii) Delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones.

Al igual que en el caso del art. 132 bis, ante la incorporación de ilícitos de menor entidad al art. 149 inc. 2°, es esperable que los tribunales exijan un estándar mayor al evaluar la procedencia de la apelación verbal. Por ende, al defensa puede sostener los siguientes argumentos:

Si el tribunal considera que el hecho por el cual se formaliza o requiere no configura alguno de los delitos referidos en el art. 149 -a pesar de posición discrepante del fiscal- en caso de que el Ministerio Público apele, el defensor puede solicitar la inadmisibilidad del recurso, ya sea por la vía del recurso de hecho (art. 369 C.P.P.) o por vía de incidente ante la Corte de Apelaciones.

A pesar de que el art. 149 incorpora “todos los delitos de la Ley N° 20.000”, no procede la apelación verbal respecto de las faltas de dicha ley. Ello porque, según demuestra la historia de la ley, el objetivo era ampliar el recurso a los mismo casos que lo hacía el art. 132 bis, el cual excluye la apelación en caso de faltas de la Ley N° 20.000. En efecto, el senador Espina señaló que *“la indicación presentada persigue dos objetivos. Por una parte, **establece el mismo catálogo de ilícitos que la Comisión aprobó anteriormente para permitir que el Ministerio Público apele de una resolución que declara ilegal una detención**”*⁶⁹. Asimismo, mal podría proceder la apelación verbal respecto de las referidas faltas -recurso que tiene una consecuencia sumamente gravosa, como es la mantención de la privación de libertad por decisión de un órgano administrativo-, cuando ni siquiera procede respecto de ellas la apelación verbal.

⁶⁹

Intervención del senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 132.

Se añade expresamente que la apelación verbal procede también respecto de imputados que llegan a la audiencia en calidad de prisión preventiva, y no sólo en calidad de detenidos, como ocurría con la legislación vigente. Por otra parte, si el imputado llega a la audiencia citado, no procede la apelación verbal.

Se agrega a las resoluciones que son apelables verbalmente, junto a aquellas que la deniegan y revocan, aquellas que "sustituyeren" la prisión preventiva. Es interpretable si esta hipótesis comprende sólo aquellos casos en que se sustituye la prisión preventiva por otra cautelar personal de menor entidad, o bien si también aplica a aquéllos casos en que se sustituye el fundamento de la prisión preventiva (por ejemplo, éste pasa de ser peligro para la víctima a peligro de fuga). En este último caso, la defensa puede oponerse, atendido que lo que sustituye no es la *prisión preventiva* -la cual, de hecho, se mantiene-, sino meramente la razón de su procedencia.

La modificación al artículo 149 se limitó a la prisión preventiva y no incluyó a la internación provisoria, por lo que pueden mantenerse y reforzarse todas las objeciones que se han hecho hasta ahora contra la apelación verbal cuando se rechace o se sustituya la internación provisoria.

E) Ampliación de técnicas especiales de investigación en ciertos delitos

Texto aprobado:

"Artículo 226 bis. Técnicas especiales de investigación. Cuando la investigación de los delitos contemplados en la ley N° 17.798, en el artículo 190 de la ley N° 18.290 y en los artículos 442, 443, 443 bis, 447 bis, 448 bis y 456 bis A del Código Penal, lo hicieren imprescindible y existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización conformada por dos o más personas, destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas, aun cuando ésta o aquella no configure una asociación ilícita, el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas.

"Además, cumpliéndose las mismas condiciones establecidas en el inciso anterior y tratándose de los crímenes contemplados en los artículos 433, 434, inciso primero del 436 y 440 del Código Penal y de los delitos a que hace referencia el inciso precedente, el Ministerio Público podrá utilizar las técnicas especiales de investigación consistentes en entregas vigiladas y controladas, el uso de agentes encubiertos e informantes en la forma regulada por los artículos 23 y 25 de la ley N° 20.000, siempre que fuere necesario para lograr el esclare-

cimiento de los hechos, establecer la identidad y la participación de personas determinadas en éstos, conocer sus planes, prevenirlos o comprobarlos.

“Asimismo, cumpliéndose las condiciones señaladas en los incisos anteriores y tratándose de los delitos contemplados en la ley N° 17.798, podrán utilizarse, además, agentes reveladores.

Para la utilización de las técnicas referidas en este artículo, el Ministerio Público deberá siempre requerir la autorización del juez de garantía”.

Comentario

La Comisión de Constitución del Senado estableció un nuevo art. 226 bis del C.P.P., que subsume diversas indicaciones presentadas ante dicha comisión, destinadas a modificar, ampliando su aplicación, los artículos 222 (intercepciones telefónicas) y 226 (otros medios técnicos de investigación), además de crear un artículo 226 bis, que proponía ampliar la utilización de las técnicas especiales de investigación reguladas en los artículos 23 y 25 de la Ley N° 20.000 a varios delitos contra la propiedad, así como a delitos contemplados en la Ley de Control de Armas y en la Ley del Tránsito. La redacción propuesta por la referida comisión no sufrió modificaciones ulteriores durante el proceso legislativo, convirtiéndose así en la norma definitiva.

La gran diferencia entre las disposiciones de las leyes N° 20.000 y N° 18.314 con la nueva normativa es que en los delitos contemplados en el 226 bis, **para la utilización de las técnicas referidas en este artículo, el Ministerio Público deberá siempre requerir la autorización del juez de garantía, tal como se señala explícitamente en su inciso final.**

Ahora bien, el **inciso 1° del artículo 226 bis** permite la interceptación de comunicaciones telefónicas y los medios de investigación del art. 226 (fotos, filmaciones, grabación de comunicaciones entre presentes, etc.) en la investigación de los siguientes delitos:

- Delitos de la Ley de Control de Armas: se extiende a todos los ilícitos penales previstos en esa ley;
- Empleado público que dolosamente falsifique ciertos documentos relativos a la Ley del Tránsito (art. 190 de ese cuerpo legal);
- Robo con fuerza en las cosas en lugar no habitado (art. 442 C.P.);
- Robo en bienes nacionales de uso público o sitio no destinado a la habitación (art. 443 C.P.);
- Robo con fuerza de cajeros automáticos o contenedores de dinero (art. 443 bis);

- Hurto de suministro de servicios públicos o domiciliarios (art. 447 bis);
- Abigeato propio (art. 448 bis); y
- Receptación (456 bis A).

El objetivo del legislador fue extender la aplicación de las técnicas de investigación de los art. 222 y 226 -actualmente sólo aplicables en investigaciones relativas a hechos con pena de crimen- a la investigación de los delitos referidos contra la propiedad y de la ley de armas que tienen penas de simples delitos.

La incorporación del delito del art. 190 de la Ley del Tránsito carece de sentido, por tratarse de un delito al que la ley asigna una pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, por lo que le eran aplicables los art. 222 y 226 del C.P.P. antes de la modificación. Cabe tener presente que no proceden estas técnicas respecto del abigeato impropio, previsto en el art. 448 ter inc. 4° del Código Penal.

El estándar exigido para la aplicabilidad de estas técnicas es aún más alto que el que exigen los art. 222 y 226 respecto de los hechos con pena de crimen, por cuanto:

Se exige, al igual que en el art. 222 -que a su vez es aplicable supletoriamente al art. 226⁷⁰- que la actuación investigativa sea imprescindible para la investigación. Mientras que el art. 222 exige que existan "**fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible**"; el art. 226 bis exige que "**existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización destinada a cometer los hechos punibles**".

Es decir, en ambos se requieren "*sospechas fundadas, basadas en hechos determinados*", pero en la primera norma esa sospecha es relativa a la mera participación en el hecho investigado, mientras que en la segunda la sospecha fundada se refiere a la participación en una organización criminal que cometió ese hecho determinado. El nuevo art. 449 bis nos da un parámetro de qué se entiende por organización criminal.

El art. 226 bis exige, además, que el sospechoso sea miembro de una organización **destinada a cometer los hechos previstos en estas normas**. Por

⁷⁰ La frase final del art. 226 del C.P. prescribe que "regirán correspondientemente las normas contenidas en los artículos 222 al 225".

tanto, si la organización tiene por objeto cometer ilícitos distintos de los señalados en estas normas -por ejemplo, desórdenes públicos o hurtos-, no son aplicables estas técnicas de investigación.

En resumen, **para obtener la autorización judicial que exige el inciso final del artículo, el Ministerio Público tendrá que referir los hechos determinados que permiten sospechar fundadamente que: el sujeto investigado participó en el hecho investigado; el sujeto investigado es miembro de una organización criminal; el delito fue cometido en el marco de las operaciones de la organización; y la organización está destinada justamente a la comisión de ilícitos referidos en el art. 226 bis.**

El art. 226 bis hace expresamente aplicables las reglas de los art. 222 a 226, al señalar que **“el Ministerio Público podrá aplicar las técnicas previstas y reguladas en los artículos 222 a 226, conforme lo disponen dichas normas”**. Por ende, hay que estarse a ellos en cuanto a quienes pueden ser afectados por esas medidas (art. 222 inc. 2°); la interceptación de comunicaciones con el abogado (222 inc. 3°); el plazo de la orden (222 inc. 4°); el cese de la orden (222 inc. final); la notificación de la medida al afectado (art. 224); y la prohibición de utilización en el proceso penal (art. 225), entre otras materias reguladas en esas normas.

Por otra parte, **el inciso segundo del artículo 226 bis del C.P.P.** establece que se permiten, respecto de ciertos delitos, las entregas vigiladas, el uso de agentes encubiertos e informantes - no así de agentes reveladores- **respecto de los mismos delitos del inciso 1°, agregándose** ciertos crímenes contra la propiedad: **robo calificado, piratería, robo con violencia o intimidación y robo habitado**. Los delitos que se agregan no están comprendidos en el inciso 1°, porque esas técnicas ya les eran aplicables por tener pena de crimen, incluso cuando no son cometidos por organizaciones criminales, sino que por un solo sujeto.

Rigen los artículos. 23 (entregas vigiladas) y 25 de la Ley N° 20.000 (agentes encubiertos e informantes)⁷¹, sólo en la medida en que no sean contradictorios con el art. 226 bis, que prima por especialidad. Por ende, todas aquellas actuaciones que en la Ley N° 20.000 requieren autorización del Ministerio Público pasan a requerir autorización judicial.

⁷¹ Por ello, por ejemplo, los agentes encubiertos y los informantes sólo estarán exentos de responsabilidad criminal por aquellos delitos en que deban incurrir o que no hayan podido impedir, siempre que sean consecuencia necesaria del desarrollo de la investigación y guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma (art. 25 Ley N° 20.000).

Rigen plenamente todos los requisitos del art. 1º, y por consiguiente se requiere que la técnica de investigación: i) sea imprescindible, ii) existieren fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de la participación en una asociación ilícita, o en una agrupación u organización destinada a cometer los hechos punibles previstos en estas normas.

Respecto de los delitos contemplados en la Ley de Control de Armas, también podrán utilizarse agentes reveladores, de conformidad a lo dispuesto en el **inciso tercero del artículo 226 bis.**

Los delitos de la Ley de Control de Armas ya estaban contemplados en los incisos anteriores. Este inciso solo agrega que, cumpliéndose los requisitos de los incisos anteriores, son procedentes, sólo respecto de este grupo de delitos, también los agentes reveladores.

A continuación, se presenta una tabla comparativa en que se observa el tipo de técnica de investigación del art. 226 bis que procede respecto de cada uno de los delitos aludidos en esa norma:

Tipos penales comprendidos en el art. 226 bis	Técnicas de investigación art. 226 bis		
	Técnicas del inciso 1º: art. 222 y 226 del C.P.	Técnicas del inciso 2º: entregas vigiladas, agentes encubiertos e informantes ¹ .	Técnica del inc. 3º: Agentes reveladores ²
Falsificación del art. 190 de la Ley del Tránsito.	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.
Robo no habitado (art. 442 Código Penal).	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.
Robo en bienes nacionales de uso público (art. 443 Código Penal).	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.
Robo con fuerza de cajeros automáticos (art. 443 bis).	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.
Hurto de suministro (art. 447 bis).	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.
Abigeato propio (art. 448 bis).	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.

Tipos penales comprendidos en el art. 226 bis	Técnicas de investigación art. 226 bis		
	Técnicas del inciso 1°: art. 222 y 226 del C.P.	Técnicas del inciso 2°: entregas vigiladas, agentes encubiertos e informantes ¹ .	Técnica del inc. 3°: Agentes reveladores ²
Receptación (art. 456 bis A).	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	No.
Robo calificado (art. 433).	Con o sin organización criminal.	Sí.	No.
Piratería (art. 434).	Con o sin organización criminal.	Sí.	No.
Robo con violencia o intimidación (art. 436 inc. 1°).	Con o sin organización criminal.	Sí.	No.
Robo habitado (art. 440).	Con o sin organización criminal.	Sí.	No.
Delitos de la Ley de Control de Armas con penas de simple delito.	Sólo si hay organización criminal.	Sí.	Sí.
Delitos de la Ley de Control de armas con penas de crimen.	Con o sin organización criminal.	Sí.	Sí.

F) Normas relativas al juicio oral y la rendición de prueba

En esta materia se examinarán tres grupos de normas:

- Las que establecen lo que se ha llamado 'juicio en ausencia del imputado': modificaciones a los art. 191 y 396 del C.P.P..
- Reglas para rendición de prueba pericial y testimonial en caso de incapacidad para comparecer al juicio posterior a la audiencia de preparación de juicio oral: modificaciones a los art. 329 y 331 del C.P.P..
- Normas de protección de testigos.

1. El llamado “juicio en ausencia” del imputado

Texto aprobado

“Artículo 191 inciso final del C.P.P.: Sin perjuicio de lo anterior, la inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia en la que se rinda la prueba anticipada”.

“Artículo 396 inciso final del C.P.P. En caso que el imputado requerido, válidamente emplazado, no asista injustificadamente a la audiencia de juicio por segunda ocasión, el tribunal deberá recibir, siempre que considere que ello no vulnera el derecho a defensa del imputado, la prueba testimonial y pericial del Ministerio Público, de la defensa y del querellante, en carácter de prueba anticipada, conforme lo previsto en el artículo 191 del este Código, sin que sea necesaria su comparecencia posterior al juicio”.

2. Historia de la ley: contexto de origen de las normas

Las indicaciones aprobadas originalmente por el Senado -posteriormente desechadas por la Cámara- que en la práctica permitían juzgar al imputado en su ausencia, causando la indefensión del mismo, eran las siguientes:

- Se incorporaba un inciso final al art. 191 (prueba anticipada), por el cual “sin perjuicio de lo anterior -citación de los intervinientes- la inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia en la que se rinde la prueba anticipada”. Es importante recalcar que a pesar de que esta norma fue rechazada por la Cámara, la Comisión Mixta decidió mantener la redacción intacta, convirtiéndose posteriormente en la redacción definitiva.
- Se agregaba un inciso final al art. 396 (juicio simplificado), que prescribe que “en caso que el imputado requerido, válidamente emplazado, no asista injustificadamente a la audiencia de juicio, el tribunal recibirá la prueba testimonial y pericial del Ministerio Público, de la defensa y del querellante, en carácter de prueba anticipada, conforme lo previsto en el artículo 191 de este Código, sin que sea necesaria su comparecencia posterior al juicio”. Esta norma, también rechazada por la Cámara, sí fue objeto de importantes mejoras en la Comisión Mixta.

Las consecuencias que se derivaban de las normas aprobadas por el Senado eran que **obligaban al tribunal a recibir la declaración de testigos y peritos en ausencia del imputado tanto como prueba anticipada, e incluso en el juicio oral simplificado, cuando éste no comparece habiendo sido notifi-**

cado. Es decir, en caso de incomparecencia del imputado, en vez de optarse por hacerlo comparecer coercitivamente al juicio, como hace la ley vigente, se forzaba al tribunal a desarrollar una parte fundamental del juicio en ausencia de aquél.

Objetivos de la norma:

La norma, según lo expuesto por el Ministerio Público y los autores de la indicación que la originó, tiene por objeto evitar la “*dilación excesiva de los procedimientos simplificados*”, en virtud de lo cual, ante los constantes intentos fallidos de realizar el juicio, los testigos y peritos optarían en ocasiones por no comparecer finalmente al juicio efectivo, lo que devendría en la impunidad del imputado. También evitar que los policías y víctimas deban concurrir varias veces al tribunal.

3. Diferencias entre la norma aprobada originalmente por el Senado que modificaba el art. 396 y la redacción definitiva aprobada por el Congreso:

- i) A diferencia de la norma que fue aprobada por el Senado en segundo trámite constitucional, **en la norma definitiva es facultativo -y no imperativo- para el tribunal recibir la prueba testimonial y pericial de los intervinientes en ausencia del imputado, siempre que considere que ello no vulnera el derecho a defensa del imputado.** Por ende, en relación con esta norma, siempre prima el derecho a defensa del imputado por sobre la posibilidad de recibir las pruebas referidas en su ausencia.
- ii) Mientras que en la redacción primitiva del Senado bastaba que el imputado se ausentara de la primera audiencia de juicio, **la norma definitiva prescribe que sólo se puede recibir la prueba en ausencia del imputado cuando éste no comparezca injustificadamente por segunda ocasión a la audiencia de juicio que se intenta realizar.** Por ende, es necesario que:
 - El imputado no asista injustificadamente: nada impide que la ausencia se justifique con posterioridad a la primera audiencia.
 - Se debe tratar de una inasistencia a audiencia fijada expresamente para juicio oral: no cuentan aquí las inasistencias a audiencias previas, como la de requerimiento o preparación.
 - Tanto la primera como la segunda inasistencia deben ser injustificadas: si el imputado se ausentó justificadamente a la primera audiencia no se le puede recibir la prueba en su ausencia en la segunda, sino que sólo se le puede despachar orden de detención en conformidad a las reglas generales.

4. Problemas prácticos que presenta el nuevo inciso final del art. 396:

- Es posible sostener que la modificación introducida sea inconstitucional. Si bien -al igual que
- sucedió con la mayoría de las normas del proyecto- el Tribunal Constitucional no se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma, por estimar que no es materia de ley orgánica constitucional, el voto de minoría estimó que la norma es inconstitucional. En efecto, los ministros Aróstica, Brahm, y Letelier sostuvieron que la norma es inconstitucional, señalando que *“el inciso final, que el proyecto de ley agrega al artículo 396 del código citado, el que se refiere a **la realización del juicio simplificado por ausencia injustificada a la audiencia respectiva, con el objeto de recibir prueba anticipada, cercena indudablemente el derecho a defensa que le garantiza a toda persona la Constitución Política, en este caso, al imputado en el proceso de que trate**”*⁷².

Asimismo, los ministros referidos indicaron que *“el Estado, en ejercicio del ius puniendi, cuenta con los procedimientos y la infraestructura material y personal para obtener que el imputado rebelde comparezca ante los tribunales de justicia y, para ello, el Código Procesal Penal ha establecido en el artículo 33”*⁷³.

- No hay que olvidar que la nueva norma del artículo 191 se aplica a la prueba anticipada que se rinde en cualquier procedimiento penal. La norma del artículo 396 sólo es aplicable en el procedimiento simplificado. Una vez recibida la prueba en ausencia del imputado, el tribunal tendría que despachar orden de detención por su incomparecencia injustificada, fijando nuevamente audiencia de juicio oral simplificado. Cuando el imputado llegue detenido, se tendría que estar a las reglas actuales: bien puede aceptar responsabilidad o el juicio se puede efectuar dentro de cinco días. Pero, ¿cómo se efectuaría ese “juicio”?
- **Alegato de apertura:** ya se va a haber rendido toda la evidencia testimonial y pericial (y eventualmente también todo el resto de la prueba, según se explicará). ¿Habría alegato de apertura? ¿Qué objeto tendrá éste?
- **Declaración del imputado:** ¿Y si el imputado pretende declarar? En dicho caso, la declaración del imputado se prestaría cuando ya se ha rendido evidencia, siendo que la regla habitual es que se preste después de los

⁷² Sentencia N°3081-2016-CPR, páginas 94 y 95.

⁷³ Idem, página 95.

alegatos de apertura (art. 326 del C.P.P.), alterándose el orden normal del juicio oral.

- **Reproducción de la prueba rendida en ausencia:** atendido que se siguen las reglas del art. 191, conforme al art. 331 del C.P.P., la prueba rendida sin la presencia del imputado se puede reproducir vía video, audio, o dándose lectura a los registros escritos. Esta regla, funcional respecto de la prueba anticipada -que es muy excepcional-, es poco practicable respecto de la norma del art. 396: incluso aunque se adapte el método más expedito -la lectura íntegra de los registros de la audiencia en que se rindió prueba en ausencia-, se va a alargar interminablemente el juicio oral, con los consecuentes perjuicios para la administración de justicia.
- **Prueba de la defensa:** esta norma incluye la evidencia de la defensa, lo que carece de sentido atendido el objetivo ya referido de estas normas, que es evitar la dilación dolosa del procedimiento por el imputado. Así, en teoría, el juez podría forzar a la defensa a presentar su prueba testimonial y pericial que haya concurrido incluso estando ausente el imputado. En estos casos, la defensa puede solicitar al tribunal que no reciba dicha prueba en ausencia del imputado, atendido el evidente riesgo de vulneración del derecho a defensa.
- **Falta de intermediación entre el juez que falla y la prueba rendida en ausencia:** en aquellos casos en que se decida recibir la prueba en ausencia del imputado, la evidencia será analizada -eventualmente- por un juez diferente al que falle, atendido que el juez que tome la audiencia de “rendición de prueba en ausencia” no necesariamente será el mismo que tome la audiencia de juicio efectivo. Así, se pierde la intermediación entre la evidencia rendida y el juez que resuelve el juicio. Siempre que exista semejante riesgo, la defensa debe oponerse a que se reciba la prueba en ausencia, en atención a la vulneración al derecho del imputado a un proceso racional y justo.
- **Prueba diferente a la testimonial/pericial:** ¿Qué sucede con la prueba documental, fotos, etc., que el Ministerio Público y el querellante pretendan incorporar en el marco de declaración testimonial o pericial que se recibe en ausencia del imputado? La defensa puede argumentar que, siendo la rendición de prueba en ausencia del imputado una situación absolutamente excepcional, no es factible que se introduzca prueba documental, fotográfica, ni de ninguna otra clase, en el marco de la prueba testimonial o pericial rendida en ausencia del imputado.

En efecto, el espíritu de la norma se puede apreciar en las palabras de la ministra de Justicia ante la Comisión de Constitución del Senado, quien *"expresó que una cosa es permitir que se realice una audiencia de prueba anticipada donde se recibirá la declaración de un perito o testigo que no podrá concurrir a la audiencia de juicio, cuando esta audiencia fue debidamente emplazada a las partes, está presente el abogado defensor y el imputado no concurre porque no quiso, y otra cosa es hacer un juicio propiamente tal sin el acusado, lo que no puede permitirse"*⁷⁴.

Por lo demás, el defensor puede oponerse a la introducción de la totalidad de la evidencia, fundándose en el art. 93 i) del C.P.P., norma que garantiza el derecho del imputado a *"no ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía"*.

- **Inasistencia de la prueba testimonial/pericial de cargo a la segunda audiencia en que el imputado no comparece injustificadamente:** ¿Qué sucede si el imputado no asiste, pero la prueba testimonial/pericial tampoco? En este caso, atendido que esa es la oportunidad para presentar la prueba, precluye la posibilidad de que el Ministerio Público o el querellante presenten dichos testigos/peritos en el juicio oral, puesto que ésta es la oportunidad en que corresponde la introducción de dicha evidencia.
- **Posibilidad de que testigo/perito que declaró en ausencia del imputado como prueba anticipada pretenda volver a declarar en el juicio:** la norma señala que en los testigos/peritos que se presenten en ausencia del imputado, sus declaraciones se recibirán como prueba anticipada, *"sin que sea necesaria su comparecencia posterior al juicio"*. Así, la norma no regula la hipótesis en que uno de los intervinientes pretende complementar la declaración previa de un testigo/perito en el juicio. En este caso debiera aplicarse la regla del art. 329 inc. 5°, la cual establece que *"a solicitud de alguna de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hubieren declarado en la audiencia"*.

5. Problemas prácticos que presenta el nuevo inciso final del art. 191:

Antes de la nueva ley, la jurisprudencia mayoritaria se inclinaba por exigir la presencia del imputado en la audiencia de prueba anticipada, fundándose en el inciso 3° del art. 191, el cual prescribe que *"en los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieron derecho a*

⁷⁴ Intervención de la ministra de Justicia ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 167)

asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral.

La norma en comento modifica lo anterior, al señalar que *“la inasistencia del imputado válidamente emplazado no obstará a la validez de la audiencia”*. Si bien la norma, erradamente, sólo exige la inasistencia, sin indicar que se debe tratar de una inasistencia injustificada, la historia de la ley acredita que debe tratarse de una inasistencia sin justificación. En efecto, el fiscal nacional (S) recalcó que *“partiendo de la base que esa persona fue debidamente notificada y sabe que se va a realizar esta diligencia, la idea es que esta audiencia excepcional, que tiene lugar cuando el testigo o el perito no pueden asistir al juicio oral por causas justificadas, no se frustre únicamente porque el imputado decide no ir”*. Es decir, el fundamento de la norma es la incomparecencia injustificada del imputado. Por lo demás, si el imputado justificó su ausencia, el juez puede fijar un nuevo día y hora, suspendiendo la audiencia por cautela de garantías.

Finalmente, al igual que sucede con el nuevo inciso final del art. 396, el voto de minoría del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre la constitucionalidad de la norma estimó que ella no era conforme a la Constitución, por cuanto el debido proceso presupone *“la inocencia de este imputado, mientras el ente persecutor no pueda acreditar lo contrario, lo que redundaría en lo que la doctrina procesal penal se denomina ‘la igualdad de armas’, en cuya virtud el enjuiciamiento penal chileno establece la obligación de que en las audiencias judiciales siempre esté presente el imputado y su defensor letrado, a objeto de concretar las condiciones de un procedimiento racional y justo, lo que en la disposición que se objeta no ocurre, posibilitando que ello ocasione la infracción a una debida defensa, pudiendo traer como consecuencia situaciones reñidas con la garantía constitucional mencionada”*⁷⁵.

6. Reglas para rendición de prueba pericial y testimonial en caso de incapacidad para comparecer al juicio posterior a la audiencia de preparación de juicio oral: modificaciones a los art. 329 y 331 del C.P.P.

Texto aprobado

“Artículo 329 inciso final: Excepcionalmente, en el caso de fallecimiento o incapacidad sobreviniente del perito para comparecer, siempre que ello se pro-

⁷⁵ Voto de minoría de los ministros Aróstica, Brahm y Letelier en sentencia N° 3081-2016-CPR, página 93. Por un análisis similar, desarrollado en las páginas 108 y 109 del fallo, el ministro Pozo también considera que la norma es inconstitucional.

duzca con posterioridad a lo previsto en el artículo 280, las pericias podrán introducirse mediante la exposición que realice otro perito de la misma especialidad y que forme parte de la misma institución del fallecido o incapacitado. Esta solicitud se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 283”.

Análisis de la norma:

- Se refiere solamente a peritos institucionales, no a testigos ni otro tipo de peritos. No obstante, el peritaje puede ser de cualquiera de los intervinientes.
- La incapacidad debe sobrevenir con posterioridad a la audiencia de preparación de juicio oral. La causa de dicha incapacidad también debiese ser posterior, pues si se advirtió antes de dicha etapa procesal, el peritaje se debió rendir en audiencia de prueba anticipada, conforme lo señala el art. 280 del C.P.P..
- La pericia se expone por otro perito: para que ello sea posible, debe tratarse de un perito de la misma especialidad e institución del incapacitado. La especialidad referida debe interpretarse en sentido estricto -y no meramente formal-, pues se trata de una norma excepcional. Así, por ejemplo, el peritaje del médico oculista del Servicio Médico Legal, que tiene por objeto acreditar que la víctima quedó ciega producto de las lesiones que se le causaron, puede ser introducido mediante la exposición de otro médico oculista del mismo servicio, pero no por un médico otorrinolaringólogo de la misma institución ni por un oculista que trabaje en un Servicio de Salud.
- El interviniente interesado debe tramitar la solicitud conforme al art. 283 del C.P.P., que regula la suspensión de la audiencia o del juicio oral.

Texto aprobado

“Artículo 331 letra e) del C.P.P.: Cuando las hipótesis previstas en la letra a) sobrevengan con posterioridad a lo previsto en el artículo 280 y se trate de testigos, o de peritos privados cuya declaración sea considerada esencial por el tribunal, podrá incorporarse la respectiva declaración o pericia mediante la lectura de la misma, previa solicitud fundada de alguno de los intervinientes”.

Análisis de la norma:

- La regla procede en las hipótesis del art. 331 letra a), esto es, “cuando se trate de declaraciones de testigos o peritos que hubieren fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estuvieren ausentes del país, o cuya residencia se ignore o que por cualquier motivo difícil de superar no pudieren declarar

en el juicio”. Es decir, la hipótesis de aplicación de la regla es más amplia que la relativa a los peritos institucionales, que sólo se aplica en caso de muerte o incapacidad, pero no, por ejemplo, en caso de ausencia del país.

- También debe tratarse de una incapacidad cuya causa sea posterior a la audiencia de preparación de juicio.
- La norma es aplicable en principio a peritos privados y testigos. Por peritos privados se entiende aquellos que no son institucionales y, por ende, aquellos que no trabajan formalmente para una institución pública. También debe considerarse perito privado a aquél que siendo funcionario de una institución pública, emite el peritaje en calidad particular (por ejemplo, médico del Servicio Médico Legal contratado por un querellante en un caso de homicidio).
- A diferencia de la nueva regla del art. 329, aquí la prueba se incorpora vía lectura de la declaración o el informe pericial, constituyendo una excepción a la oralidad del juicio.
- Respecto de los testigos, hay que tener presente que el art. 280 del C.P.P., en su inc. 2º, prevé expresamente que **“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... cualquiera de los intervinientes podrá solicitar al juez de garantía, en audiencia especial citada al efecto, la rendición de prueba anticipada”**. A su vez, las circunstancias comprendidas en el inc. 2º del referido art. 191 son *“cuando el testigo manifestare su 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”*.
- No obstante, ambas reglas se aplican a situaciones diferentes: en la hipótesis del art. 280 el testigo no va a estar capacitado de concurrir al juicio, pero sí puede prestar declaración en una audiencia de prueba anticipada. Por contrapartida, la regla del art. 331 letra e), que es sumamente excepcional, pues es una excepción al principio de oralidad, sólo se aplicará cuando el testigo esté también incapacitado de prestar declaración en audiencia de prueba anticipada posterior a la audiencia de preparación de juicio oral.
- El tribunal sólo podrá recibir aplicar esta regla cuando haya mediado solicitud fundada del interviniente interesado, y juzgue que la declaración es esencial. No se regula la forma ni oportunidad en que los intervinientes deben presentar la solicitud. No obstante, por el principio de igualdad de

armas, la solicitud, para ser oportuna, debiese efectuarse tan pronto se tenga conocimiento de la incapacidad del testigo o perito, debatiéndose en audiencia especial citada al efecto.

- Así, cuando el fiscal pida incorporar la declaración o pericia mediante lectura, en conformidad a esta norma, el defensor debe exigir información sobre las gestiones previas al juicio que se pudieron o no haber realizado para ubicar a los testigos o peritos, así como la posibilidad de videoconferencia, etc., de modo de ir asentando su uso restrictivo.

7. Nuevas normas de protección de testigos:

Texto aprobado

"Artículo 308 inciso primero del C.P.P.: El tribunal, en casos graves y calificados, podrá, por solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo, disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad de este último, las que podrán consistir, entre otras, en autorizarlo para deponer vía sistema de video conferencia, separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual, o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. Dichas medidas durarán el tiempo razonable que el tribunal dispusiere y podrán ser renovadas cuantas veces fuere necesario".

Si bien durante el trámite legislativo -específicamente en la Comisión de Constitución del Senado- se pretendió aplicar las mismas reglas de los "testigos sin rostro" previstas en las leyes N° 20.000 (art. 30) y N° 18.314 (art. 15) a la generalidad de los delitos, finalmente se aprobó la norma transcrita. Se indica que las medidas de protección pueden decretarse a solicitud de cualquiera de las partes o del propio testigo.

Se señalan algunos ejemplos de medidas de protección que ya se utilizan actualmente por los tribunales. Los ejemplos que se ponen son: autorizarlo para deponer vía sistema de video conferencia; separado del resto de la sala de audiencias mediante algún sistema de obstrucción visual; o por otros mecanismos que impidan el contacto directo del testigo con los intervinientes o el público. En ningún caso el mecanismo de protección puede implicar que la defensa desconozca la identidad del testigo, pues ello justamente fue rechazado finalmente por la Comisión de Constitución, por la indefensión que se provoca a la defensa.

Texto aprobado

“Artículo 308 inciso final del C.P.P.: Se entenderá que constituye un caso grave y calificado aquel en que la solicitud se fundamente en la existencia de malos tratos de obra o amenazas en los términos del artículo 296 del Código Penal. Para adoptar esta decisión, el tribunal podrá oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio”.

La novedad de esta norma es la posibilidad de que el tribunal pueda escuchar en privado al testigo, sin posibilidad de que la defensa -u otros intervinientes- controviertan sus afirmaciones.

Texto aprobado

“Artículo 307 inciso tercero del C.P.P.: Si el testigo hiciere uso del derecho previsto en el inciso precedente -mantener en reserva su domicilio-, quedará prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que condujeran a ella. El tribunal deberá decretar esta prohibición. La infracción a esta norma será sancionada con la pena de reclusión mayor en su grado mínimo, tratándose de quien proporcionare la información”.

Este fuerte incremento de pena -el delito de desacato del art. 240 del C.P.C. sólo establece una pena de reclusión menor en su grado medio a máximo- es desproporcionado frente a otras conductas similares. Así, quien proporciona información sobre el domicilio mantenido en reserva de un testigo en delitos terroristas, así como en delitos de la ley de drogas, se expone sólo a una pena de presidio menor en su grado medio a máximo⁷⁶; mientras quien comete el mismo ilícito en un juicio por hurto simple arriesga una pena de reclusión mayor en su grado mínimo.

G) Normas que facilitan labor del Ministerio Público en caso de incompatibilidades de sus representantes a ciertas audiencias o incumplimiento de plazos: modificaciones a los art. 132 y 247 del C.P.P.

Texto aprobado

“Artículo 132 incisos primero y segundo del C.P.P.: 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. No obstante lo anterior, el juez podrá suspender la audiencia por un plazo breve y perentorio no superior a dos horas, con el fin de permitir la concurrencia

⁷⁶ Ver art. 16, inciso 2° de la Ley N° 18.314, y 31 inc. 2° de la Ley N° 20.000.

del fiscal o su abogado asistente. Transcurrido este plazo sin que concurriere ninguno de ellos, se procederá a la liberación del detenido.

"En todo caso, el juez deberá comunicar la ausencia del fiscal o de su abogado asistente al fiscal regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere".

Claramente se dificulta la liberación de los detenidos por la incomparecencia del fiscal a la audiencia de control de la detención. Con todo, la posibilidad de suspender la audiencia hasta por un plazo de hasta dos horas es siempre **facultativa** para el tribunal. En definitiva, será el criterio del juez y -por qué no decirlo- el estado de sus relaciones con el Ministerio Público lo que definirá el grado de utilización de esta nueva facultad.

Texto aprobado:

"Artículo 247 incisos tercero, cuarto y quinto del C.P.P.: Para estos efectos, el juez citará a los intervinientes a una audiencia y si el fiscal no compareciere, el juez otorgará un plazo máximo de dos días para que éste se pronuncie, dando cuenta de ello al fiscal regional. Transcurrido tal plazo sin que el fiscal se pronuncie o si, compareciendo, se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, informando de ello al fiscal regional, a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes. Esta resolución será apelable.

"Si el fiscal se allanare a la solicitud de cierre de la investigación, deberá formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tendrá el plazo de diez días para deducir acusación.

"Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido acusación, el juez fijará un plazo máximo de dos días para que el fiscal deduzca la acusación, dando cuenta de inmediato de ello al fiscal regional. Transcurrido dicho plazo, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, sin que se hubiere deducido la acusación, en audiencia citada al efecto dictará sobreseimiento definitivo. En este caso, informará de ello al fiscal regional a fin de que éste aplique las sanciones disciplinarias correspondientes".

Nuevamente se facilita la enmienda a errores que pueden presentarse por los representantes del Ministerio Público. La norma que permite otorgar un plazo máximo de dos días al fiscal para que se pronuncie sólo se aplica cuando el fiscal no compareciere a la audiencia y no cuando, compareciendo, el fiscal

se negare a cerrar la investigación. El mismo plazo de dos días se concede al fiscal cuando omita presentar la acusación dentro del plazo legal. Aunque no se dice expresamente, debe entenderse que el tribunal debe, de oficio, fijar un nuevo plazo de dos días al fiscal.

H. Normas no comprendidas en los grupos anteriores

1. Ampliación del plazo del secreto absoluto de la investigación (reserva de la carpeta investigativa) no oponible al imputado ni a su defensa

El actual inciso 3° del art. 182 del C.P.P. prescribe que *el fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto*. Se agregó la siguiente frase a continuación del último vocablo: *“el cual podrá ser ampliado por el mismo período, por una sola vez, con motivos fundados. Esta ampliación no será oponible ni al imputado ni a su defensa .*

Es decir, el fiscal puede autónomamente ampliar el secreto absoluto respecto de los intervinientes por otros 40 días. Sin embargo esta ampliación en ningún caso será oponible al imputado ni a su defensa, afectando por ende sólo a víctimas y querellantes.

2. Establecimiento de plazos para que el Ministerio Público resuelva las solicitudes de diligencias que le efectúan los intervinientes

Se efectúan enmiendas en el art. 183 del C.P.P.:

- En el inciso 1°, se agrega el texto en negritas: *“Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal **deberá pronunciarse dentro de los diez días siguientes a la solicitud** y ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes”*.
- En el inc. 2° se intercalan las frases que se muestran en negritas: *“Si el fiscal rechazare la solicitud **o no se pronunciare dentro del plazo establecido en el inciso anterior**, se podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la ley orgánica constitucional respectiva, **dentro***

del plazo de 5 días contado desde el rechazo o desde el vencimiento del señalado plazo, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia". Por ende, si el fiscal rechaza la solicitud, se puede reclamar dentro de 5 días. Igualmente, si es que no se pronuncia dentro del plazo de 10 días del inc. 1°, hay 5 días para reclamar desde el vencimiento de dicho plazo.

3. Principio de oportunidad debe regularse por instrucciones generales del Ministerio Público

Sólo se agregó un nuevo inc. 2° al art. 170, el cual dispone que *"el ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma"*.

4. Modificaciones en materia de permiso de salida de imputados en prisión preventiva

Se reemplazó el inc. 5° del art. 150 del C.P.P., norma que regula el referido permiso. Antes de la modificación, existían dos parámetros diferentes:

- Uno para la mayoría de los delitos, contemplado en el inc. 5°, que establecía que *"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**"*.
- Respecto de ciertos delitos de mayor gravedad (como aquellos de la Ley N° 20.000) el inc. 6° agregaba que respecto de ellos, *"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**"*.

Las enmiendas efectuadas suprimen el inc. 6°, estableciendo un solo parámetro común para los permisos de salida y fundiendo en él los antiguos requisitos de los inc. 5° y 6° en un nuevo inc. 5°, el cual prescribe que:

*"El tribunal podrá excepcionalmente conceder al imputado permiso de salida **por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del referido permiso, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva**"*.

Cabe tener presente que, en relación con la modificación referida, el senador Harboe indicó que *"en principio, todas las resoluciones judiciales deben ser*

*fundadas, sobre todo si conceden permisos a personas que están privadas de libertad. **Salvado el punto anterior, anotó que la indicación** -refiriéndose a aquella que una vez aprobada se convirtió en la norma en comento- **también puede leerse como una ampliación de la regla vigente, pues el inciso quinto prevé que estos permisos pueden otorgarse por un solo día, a diferencia de la indicación, que permite concederlos ‘por el tiempo estrictamente necesario; que en los hechos puede ser más de un día’⁷⁷.***

5. Incorporación de nuevo art. 87 bis del C.P.P.

Se incorporó el siguiente art.: “*Artículo 87 bis. Se considerará falta contra el buen servicio de los funcionarios policiales el incumplimiento de las instrucciones impartidas por los fiscales a las policías, dando lugar a las responsabilidades administrativas que correspondan, conforme lo establecen los respectivos reglamentos*”.

⁷⁷ Intervención del senador Harboe en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 134-135.

II. Aplicación de la ley penal y procesal penal en el tiempo

El presente trabajo examina los problemas que presenta la aplicación de la ley penal y de la ley procesal penal en el tiempo, con ocasión de la dictación de la Ley N° 20.931.

Es importante señalar que los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad no sólo se refieren a la ley penal sustantiva, sino que también es relevante su aplicación en materia procesal penal. Más aún, en este ámbito se generan discusiones que pueden ser decisivas al momento de definir la situación final de un imputado en un caso concreto.

Desde este punto de vista, tanto la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, como los artículos 18 del Código Penal (CP) y 11 del Código Procesal Penal (CPP) son materias que se relacionan e interactúan entre sí.

Se examinarán los conceptos de irretroactividad, retroactividad y ultractividad, sus fundamentos y la regulación en materia penal, con especial énfasis en la modificación que genera el artículo 433 numeral 2 del Código Penal.

A continuación se examinarán los mismos conceptos en materia procesal penal, con referencia a los requisitos del artículo 11 del CPP y a las posturas que ha publicitado el Ministerio Público sobre este ámbito a raíz de la dictación de la Ley N° 20.931. Se examinarán en concreto aquellas disposiciones procesales penales que parecen anticipar más claramente la discusión de su aplicación en el tiempo

Finalmente se tratará, con cierto detalle, el problema que genera la denominada *lex tertia* o principio de alternatividad, su concepto, las posturas mayoritarias y minoritarias, la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto y su aplicación a dos artículos que se podrían generar con la dictación de la Ley N° 20.931

1. Introducción

La irretroactividad hace referencia “*al hecho de que las leyes penales (y procesales penales) sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes. Por un lado, no pueden alcanzar a los actos que se*

*ejecutan antes de su entrada en vigor y, por otro, tampoco a los que tienen lugar después del término de su vigencia*⁷⁸.

La retroactividad alude, en tanto, a aquella situación en que en el juzgamiento de un hecho se aplica una ley que ha entrado en vigencia con posterioridad a su realización.

*“La doctrina acostumbra a utilizar el término ultractividad ‘para referirse a la situación que se produce cuando un hecho es sancionado conforme a la ley que se encontraba vigente al momento de su realización, pero que ya no lo está en la época de su juzgamiento. Por ejemplo, cuando se ha cometido un delito durante la vigencia de una ley temporal, la cual es aplicada a pesar de que ha finalizado su vigor al momento del juicio’*⁷⁹.”

La regla general en nuestro ordenamiento penal es la irretroactividad de la ley penal y procesal penal. El fundamento de la irretroactividad se puede encontrar en el principio de legalidad penal, que exige que no haya ningún delito ni pena sin una ley previa que así lo determine o, para gran parte de la doctrina, *“responde a innegables exigencias de seguridad jurídica y, por tanto, de garantía de las libertades individuales, que se verían afectadas si el sujeto pudiera ser sancionado por una ley que no pudo tener en cuenta en el momento de realización del hecho”*⁸⁰.

La excepción es la aplicación retroactiva y ultractiva de la ley penal y procesal penal. Se ha dicho que esta excepción concentra su fundamento en el principio de proporcionalidad en sentido amplio o de prohibición de exceso, entendido como *“el conjunto de límites materiales de las actuaciones de los poderes públicos restrictivas de los derechos individuales, como la intervención penal del Estado”*⁸¹.

Se agregan consideraciones de justicia material, penológicas (entre otras) y su uso se restringe a los casos en que la aplicación retroactiva o ultractiva de la ley penal trae como consecuencia una situación más favorable para el imputado.

⁷⁸ Oliver Calderón, Guillermo. “Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales”. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007. Pág. 62.

⁷⁹ Idem; pág. 64

⁸⁰ Idem; pág. 98.

⁸¹ Idem; pág. 288.

2. Ley penal en el tiempo

Los principios de irretroactividad, ultractividad y la excepción de ley más beneficiosa han sido reconocidos unánimemente por la doctrina⁸² y jurisprudencia⁸³ nacional, a partir de la consagración constitucional y legal de los mismos. En efecto, recordemos que el artículo 19 N° 3 inciso séptimo de la Constitución estipula que *“ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración”*.

Por otra parte, el artículo 18 del Código Penal estipula que:

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración.

“Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento.

“Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte.

“En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.

Se plantean discusiones respecto de los casos en que se puede entender cuál ley es más favorable, pero no parece haber discusión en los casos en que la

⁸² “El punto de partida en esta materia es que la ley penal dispone sólo para lo futuro y no puede jamás tener efecto retroactivo”, Cury, Enrique, Derecho Penal Parte General, p. 227; y: “En el primero de los sentidos señalados (no hay delito ni pena sin una ley previa), el principio de reserva implica una prohibición de retro-actividad que limita, en consecuencia, las facultades del legislador”, *ibíd.*, p. 167.

En el mismo sentido, Politoff, en Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General, p. 125.; Garrido Montt, Mario, Derecho Penal Parte General, Tomo I, pp. 107-109; Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal Parte General, Tomo I, pp. 141-143.

⁸³ Corte Suprema en fallo Rol 968-2013, de 12 de febrero de 2013, señala: “Tercero: Que, en ese contexto, el artículo 18 del Código Penal se erige como una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal, que impone al tribunal la modificación de una sentencia, aun estando ejecutoriada, cuando se promulgue con posterioridad una ley que aplique una pena menos rigurosa a la contenida en ella, teniendo la facultad para hacerlo, inclusive, oficiosamente”.

Asimismo, en los fallos SCS Rol 6578-2013, SCS Rol 8354-2013 y SCS rol 9117-2015, aplica la Ley N° 20.603 a casos anteriores a su promulgación, por ser más favorable.

nueva ley despenaliza la conducta que la anterior ley sancionaba, en cuyo caso la aplicación de la ley posterior es evidente.

Y aunque se discuten diversos criterios y situaciones para definir cuál es la disposición o ley más favorable al imputado, la tendencia unánime es que ello debe resolverse al calor de cada caso en particular.

- **Ley N° 20.931 y nueva redacción del artículo 433 del Código Penal**

En relación con la Ley N° 20.931, se presenta un caso particular en que será materia de discusión determinar cuál es la ley más favorable al imputado, si la ley anterior a la modificación o la que resulta de las normas introducidas por la Ley N° 20.931.

Se trata de la modificación al artículo 433 del Código Penal, en lo relativo al robo con violencia o intimidación en las personas cuando, con ocasión o motivo del robo, se cometiere alguna de las lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1° del Código Penal, esto es robo calificado con castración, mutilaciones o lesiones graves–gravísimas

Antes de la Ley N° 20.931 este tipo penal estaba contenido en el numeral 1 del artículo 433 del Código Penal, junto con el homicidio y la violación, y tenía una sanción de presidio mayor en su grado medio (diez años y un día) a presidio perpetuo calificado.

La modificación descompuso el antiguo numeral uno del artículo 433 en dos numerales. Mantuvo en el número 1 al robo con homicidio o violación y reservó el numeral 2 para el robo con castración, mutilaciones o lesiones graves–gravísimas, alterando la penalidad de este tipo penal que, a partir de la modificación, se sanciona con presidio mayor en su grado máximo (quince años y un día) a presidio perpetuo (simple).

En este ámbito, Enrique Cury ha señalado que *“no siempre es fácil decidir si la pena impuesta por la nueva ley que ha desincriminado del todo la conducta en cuestión es verdaderamente “menos rigurosa” que la prescrita en el precepto vigente al momento de ejecutarse el delito. Puede ocurrir, por ejemplo, que la ley antigua contemple un marco penal cuyo extremo superior es más alto que el conminado por la nueva, pero que sea más bajo el extremo inferior. ¿Cuál de ellas resulta más favorable para el reo?”*⁸⁴

⁸⁴ Cury, Enrique; (N° 5); Capítulo II, “La ley penal y su vigencia”; pág 228.

La situación precisamente inversa es la que se verifica después de la modificación citada al robo calificado con resultado de castración, mutilaciones o lesiones graves gravísimas verificado antes del 5 de julio de 2016. Se disminuye el extremo penal superior desde presidio perpetuo calificado a presidio perpetuo simple y, al mismo tiempo, se eleva el extremo penal inferior desde presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado máximo

“En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia – uno sobre la base de cada ley -, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado”⁸⁵.

Será particularmente interesante conocer los criterios que los tribunales aplicarán para resolver en este tipo de delitos, cometidos antes del 05 de julio de 2016.

3. Ley procesal penal en el tiempo

- **Planteamiento del problema**

Las modificaciones legales que se efectúan a la normativa procesal penal originan la cuestión de definir si pueden o no tener efecto retroactivo. En rigor, nunca la ley procesal penal puede tener un efecto retroactivo ya que, en sentido estricto, es imposible que una nueva ley procesal penal sea aplicada a actos procesales verificados con anterioridad a su entrada en vigencia. Así por ejemplo, si la nueva ley procesal penal, como requisito de validez, exige la presencia física de los testigos de la Fiscalía en la audiencia de preparación de juicio oral, no debe repetirse o realizarse nuevamente una audiencia de preparación de juicio oral verificada el día anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley, por la entrada en vigencia de esta nueva norma.

Si el fundamento del principio de irretroactividad en materia penal radica en *“la idea de la seguridad jurídica, entendida como no exclusión de la posibilidad de que los ciudadanos conozcan el ordenamiento jurídico y anticipen la calificación jurídico-penal de sus actuaciones, forzoso es concluir que debe reconocerse el carácter “irretroactivo” a toda modificación procesal penal que les pueda resultar perjudicial. El sentido de garantía de la prohibición de aplicar*

⁸⁵ Idem, pág. 229.

*leyes más severas ex post facto, que asegura a los ciudadanos que no serán ingratamente sorprendidos en sus expectativas de no ser castigados -o no serlo tanto- generadas por la legislación vigente al momento de la ejecución del hecho, se vería gravemente burlado si no se extendiera a las modificaciones procesales que facilitan el castigo del mismo*⁸⁶.

Si la diferencia entre la ley procesal vigente cuando se cometió el delito y la existente al momento del proceso es neutra, habrá que aplicar inmediatamente la legislación nueva. Sería el caso de una modificación de los requisitos formales de las sentencias.

“En cambio, si la diferencia entre ambas leyes procesales viene a perjudicar la posición del reo, en el sentido de aumentar las posibilidades de que termine siendo castigado y defraudar así sus expectativas de no serlo o de no serlo tanto, pensamos que no podría aplicarse la nueva legislación, porque se afectaría la seguridad jurídica, en los términos que la concebimos.

“Tal sería el caso, verbigracia, de una modificación que limitara los medios de prueba de que pudieran valerse los procesados para desvirtuar las imputaciones que se les hagan, o que restringiera la posibilidad de deducir recursos en contra de las sentencias condenatorias, o que ampliara la jurisdicción de los tribunales de un Estado para castigar delitos cometidos en el territorio de otro, o que disminuyera el número de votos necesarios para dictar sentencias condenatorias en los tribunales colegiados, o que ampliara el número de delitos respecto de los cuales es procedente una solicitud de extradición.

*“En estos ejemplos, la nueva regulación sólo podría ser aplicada en procesos por delitos posteriores y no por los anteriores a su entrada en vigor, toda vez que si se aplicara a estos últimos, aumentarían las posibilidades de resultar sancionados, con lo que se afectaría la seguridad jurídica en la forma ya explicada”*⁸⁷.

En el caso opuesto, cuando la nueva ley procesal favorece la posición del imputado, se concluye que ella debe aplicarse a los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia de la nueva ley. Sería el caso de una nueva ley que susstraiga de la medida cautelar de prisión preventiva a cierta categoría de delitos (por ejemplo, los simples delitos).

⁸⁶ Oliver Calderón, Guillermo; (N° 1); pág. 211.

⁸⁷ Idem; pág. 213.

- **Normativa aplicable**

Respecto de la aplicación temporal de leyes procesales, es necesario referirse a la aplicación que pueda tener el artículo 24 de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes de 1861 y el uso que pueden darle el ente persecutor y la defensa en materias de relevancia penal. Tal disposición señala que:

“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Como se ve, esta antigua ley ya establecía el principio de que las modificaciones en materia procesal rigen *in actum*.

“Ahora bien, en materia procesal penal el tema se encuentra resuelto a partir de la disposición del artículo 11 del Código Procesal Penal: *“Aplicación temporal de la ley procesal penal. Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.*

En consecuencia, la regla básica en cuanto a la eficacia de la ley procesal penal en el tiempo, traducida en la fórmula de que la misma rige *in actum*, se mantiene vigente en el sistema procesal penal. La ultraactividad de la norma derogada constituye una excepción, de acuerdo con el texto de la misma disposición (*“salvo cuando”*).

Pero, a diferencia del artículo 24 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que limita la ultraactividad a *“los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas”*, el artículo 11 del CPP la extiende a los casos en que *“la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”*.

En consecuencia, existe preminencia de la norma especial y posterior del artículo 11 del CPP por sobre la norma general y anterior del artículo 24 LERL. A su vez, y acorde con las normas de interpretación del Código Civil, *“el contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía”*.

Así las cosas, la LERL es una Ley cuyo sentido es preminentemente civil, en circunstancias en las que ni el Código Penal ni el Código Procesal Penal (y tampoco el Código de Procedimiento Penal) habían entrado en vigencia, de modo que frente a la eventualidad de sostener que existe conflicto interpretativo entre

una norma y otra, es posible sostener que el art. 24 LERL no es aplicable, dado que su sentido y alcance está dirigido a normas de índole civil y procesal civil.

- **Efectos procesales de la Ley N° 20.931**

Interesa reforzar la idea de que las modificaciones introducidas a diversas materias procesales penales por la Ley N° 20.931, cuando se trate de modificaciones que perjudican la situación procesal del imputado, sólo pueden aplicarse a los procesos iniciados con posterioridad al 5 de julio de 2016, fecha de la publicación de la Ley N° 20.931.

- **Concepto de “procedimientos ya iniciados”**

Dos puntos pueden ser materia de discusión respecto del artículo 11 del CPP. El primero es el concepto de “procedimientos ya iniciados”. El segundo es el de “disposición más favorable al imputado”.

En cuanto al primer punto, y en referencia a la Ley N° 20.931, el Fiscal Nacional emitió el Oficio FN N° 402/2016, de fecha 5 de julio de 2016, que imparte criterios de actuación para la interpretación y aplicación de las modificaciones contenidas en la Ley N° 20.931. En este documento hace algunas reflexiones acerca de la aplicación temporal de la ley procesal penal.

En este contexto, el Fiscal Nacional señala que *“a diferencia de la norma del ámbito penal, el punto de partida en la determinación del momento que fijará la legislación aplicable no está dado por la perpetración del hecho, sino por el **inicio del procedimiento** (“Procedimientos ya iniciados”). En lo concreto, no sería válida la argumentación de la defensa en cuanto a aplicación de ley derogada si se trata de hechos cometidos con anterioridad a la fecha de publicación de la ley, pero cuyo procedimiento se ha iniciado con posterioridad a esa fecha. Mediante una interpretación sistemática de los artículos 7° y 8° del CPP, entendemos que el procedimiento se ha iniciado una vez que ha tenido lugar alguna actuación del procedimiento dirigido en contra de persona determinada”*.

Agrega el documento en referencia que *“está fuera de discusión que todo el estatuto incorporado por la Ley N° 20.931 resulta aplicable a procedimientos **formalmente no iniciados** antes del 5 de julio de 2016, aun cuando se trate de hechos acaecidos con anterioridad. Las situaciones prácticas que podrán presentarse, básicamente, son las siguientes:*

- a) Procedimientos fundados en hechos previos a la Ley N° 20.931, pero iniciados con posterioridad a la misma: resulta plenamente aplicable la nueva legislación. Si la persona del imputado sólo se definió*

a partir del 5 de julio de 2016, el **procedimiento** se inició durante la vigencia de la Ley N° 20.931, por cuanto éste sólo puede existir en cuanto se dirija **en contra de una persona determinada**.

- b) *Procedimientos fundados en hechos anteriores e iniciados con anterioridad a la Ley N° 20.931: debe argumentarse en torno a que la dificultad en la definición de la ley procesal más favorable hace aplicable la regla general del art. 11 'Las leyes procesales penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados'.*

Es interesante el planteamiento del Ministerio Público, ya que parece procurar restringir la aplicación temporal de la ley procesal a partir de aspectos meramente formales. Pero el punto central sigue siendo lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, que reconoce la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, entendiéndose por tal cualquier diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

De manera tal que, establecida cualquier actuación del procedimiento verificada antes de las 00.00 horas del 5 de julio de 2016, en la que se atribuya a una persona responsabilidad en un hecho punible, estaremos en la situación de discernir cuál es la norma procesal penal más favorable para ese imputado y el tribunal debe optar por dicha norma.

Siguiendo la lógica de la Fiscalía, para que nos encontráramos con procedimientos fundados en hechos previos a la Ley N° 20.931, pero iniciados con posterioridad a la misma, deberíamos estar en la situación de hechos que han sido denunciados con posterioridad al 5 de julio de 2016, pero que se verificaron en fecha anterior. La otra opción sería que la primera pista destinada a identificar a cualquier imputado en esta causa se generara con posterioridad al 5 de julio de 2016.

Sin embargo, hay que ir a la esencia de la norma. Si nos encontramos en una investigación desformalizada por Ley N° 20.000 y tenemos un teléfono interceptado a partir del 4 de julio de 2016 con autorización judicial, puede que no se cuente con la individualización exacta del imputado (nombres, apellidos, domicilio, etc.), pero claramente se sabe que el imputado es quien es dueño o, al menos, utiliza el teléfono celular cuyo número ha sido interceptado por autorización judicial. Y, en este caso, debería ser aplicable la ley procesal penal más favorable al imputado, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 del CPP.

En definitiva, siempre debe prevalecer la finalidad perseguida, esto es que se aplique al imputado la norma más favorable. Más aún, debe tenerse a la vista en todo momento, cada vez que se realice una interpretación de esta norma, el principio *in dubio pro imputado*, con el objeto de que la norma no pierda su finalidad.

- **Concepto de “disposición más favorable al imputado”**

El segundo aspecto dice relación con el concepto de disposición más favorable al imputado. Sobre este segundo aspecto, en el mismo documento citado el Ministerio Público intenta, además, fijar algunos criterios para determinar qué debe entenderse como lo más favorable o no para el imputado. Así, discurre afirmando que:

“Por otra parte, hay una serie de normas en que no aplicará la segunda parte del art. 11 CPP por una cuestión de temporalidad. Arts. 85, 127 inciso 3°, 129 inciso 6°, 130, son normas que aluden a etapas tan incipientes en la investigación que, probablemente, en tales casos nos encontraremos de lleno en la vigencia de la norma, pues serán procedimientos iniciados tras la vigencia de la ley.

“Finalmente, existe otra categoría de disposiciones en que, muy probablemente, nos encontraremos ante procedimientos iniciados con anterioridad a la vigencia de la ley, por ejemplo los arts. 308, 329 y 331, de forma tal que se generen los cuestionamientos aludidos. Al respecto, cabe señalar que en estos casos se debe seguir la regla general de vigencia in actum de la ley procesal, pues se trata de modificaciones que no pretenden favorecer a ninguna de las partes en particular, sino que únicamente lograr que el ejercicio de la jurisdicción se lleve a cabo de mejor manera, al resguardar la prueba que se le presenta al tribunal y su calidad (testigos más seguros depondrán mejor que testigos amedrentados).

*“Estas tres disposiciones apuntan a cuestiones probatorias, a **medios de prueba que se integran al proceso para la resolución del conflicto y, como tales, pueden aprovechar a cualquiera de los intervinientes**, sin que estén limitadas a uno en particular, por lo que difícilmente se podría decir que se trata de disposiciones más desfavorables al imputado”.*

Evidentemente discrepamos de esta interpretación del Ministerio Público. No es efectivo que no es desfavorable para el imputado que, bajo ciertos supuestos, los testigos puedan conferenciar privadamente sin la presencia de los intervinientes con el tribunal, para relatar los fundamentos de su necesidad de protección (Art. 308 CPP); que, bajo ciertos supuestos, un nuevo perito pueda declarar por aquel perito que no puede hacerlo (329), o que se pueda incor-

porar mediante la lectura la declaración de ciertos testigos o peritos en los supuestos que se indica, en circunstancias que antes de la ley nada de ello estaba permitido.

No es efectivo que estas modificaciones “*no pretendan favorecer a ninguna de las partes en particular sino que únicamente lograr que el ejercicio de la jurisdicción se lleve a cabo de mejor manera*”, no sólo por las consecuencias objetivas que la aplicación de estas normas derivan para el imputado, sino porque el propio título de la Ley N° 20.931 revela claramente su propósito: “*Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo hurto y receptación y mejora la persecución penal en dicho delitos*”. En consecuencia, la generalidad de las modificaciones de la Ley N° 20.931 no son neutras para los efectos de lo dispuesto en el artículo 11 del CPP.

Normalmente las modificaciones que se introducen en materias procesales penales por la Ley N° 20.931 traen consecuencias desfavorables para el imputado. Si existe una causa iniciada en que se ha individualizado al imputado antes del 5 de julio de 2016, y se solicita y obtiene una orden de entrada y registro a su domicilio, la que se ejecuta con posterioridad al 5 de julio de 2016, y durante el curso de la diligencia se descubren, por ejemplo, imágenes que podrían decir relación con un posible delito de tenencia o almacenamiento de pornografía infantil (delito totalmente distinto del motivo de la investigación actual), entonces la policía, para la incautación de la evidencia relacionada con la pornografía infantil, ¿debe recabar la orden judicial (antiguo texto del artículo 215 del CPP) o puede proceder a su incautación sin dicha orden (nuevo texto del artículo 215 del CPP)? Parece evidente, en este caso, que la norma más favorable al imputado es que deba requerir orden judicial. De ahí que la elucubración del Ministerio Público parece carecer de fundamento.

- **Algunas consideraciones relativas a la Ley N° 20.931**

Ahora bien, si procuramos precisar lo anterior respecto de algunas disposiciones introducidas por la Ley N° 20.931, podemos señalar que:

- 1) Si se discute la exclusión de una prueba del fiscal en una audiencia de preparación de juicio oral por hecho ocurrido antes del 5 de julio de 2016 y el fundamento de la petición de la defensa es que no había pluralidad de indicios, sino que un solo indicio singular para efectuar el control de identidad del artículo 85, origen de la detención y procesamiento del imputado, ¿es más favorable para el imputado que se aplique el antiguo texto del artículo 85, que exigía pluralidad de

indicios, o el texto modificado por la Ley N° 20.931, que se conforma con un indicio singular?

- 2) Si en causa iniciada con anterioridad al 5 de julio de 2016, el Ministerio Público pide una orden de detención en contra del imputado, ¿podrá apelar de la negativa del juez a otorgarla, dado que así lo permite la modificación al artículo 127 del CPP introducida por la Ley N° 20.931 o no podrá hacerlo porque es más favorable para el imputado que el fiscal no pueda apelar de esa negativa?
- 3) Si en la audiencia de revisión de prisión preventiva de un imputado formalizado por el delito de porte ilegal de arma de fuego permitida, que se había decretado antes del 5 de julio de 2016, el magistrado decide sustituir la prisión preventiva por cautelares del artículo 155 del CPP, ¿el fiscal podrá apelar verbalmente de esa resolución en la misma audiencia, dada la introducción de los delitos de la Ley N° 17.798 al artículo 149 del CPP como consecuencia de la dictación de la Ley N° 20.931, o no podrá deducir verbalmente, en la misma audiencia, dicho recurso, pues la antigua redacción del artículo 149 era más favorable al imputado? Parece evidente que no.

Y así lo resolvió recientemente la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso con fecha 6 de julio de 2016 en causa RUC 1500321767-9, en que declaró inadmisibles los recursos de apelación verbal del Ministerio Público, deducidos verbalmente en audiencia de fecha 5 de julio de 2016, en el que el juez de garantía de Viña del Mar había negado la prisión preventiva solicitada por el ente persecutor en contra de un imputado que compareció detenido a audiencia de control de detención, en virtud de orden despachada con anterioridad al 5 de julio de 2016, por no haber comparecido a audiencia de preparación de juicio oral en que había sido acusado por el delito de microtráfico del artículo 4° de la Ley N° 20.000. En esa ocasión, a pesar de que el juez de garantía había concedido el recurso de apelación verbal, la Corte resolvió que:

*"Atendido el mérito de los antecedentes, lo expuesto en estrados y estimando esta Corte que, en la especie y de conformidad al artículo 11 del Código Procesal Penal, es más favorable para el acusado lo dispuesto en el 149 del mismo cuerpo legal, en relación a la modificación de la ley N° 20.931, **SE DECLARA INADMISIBLE** el recurso de apelación verbal interpuesto en contra de la resolución de cinco de julio de dos mil dieciséis".*

- 4) Del mismo modo, parece indudable que no podría decretarse la nueva medida cautelar del artículo 155 letra i) del CPP, esto es la obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado, si el procedimiento en que se hace la solicitud se ha iniciado con anterioridad al 5 de julio de 2016, ya que es evidente que la anterior legislación, que no contemplaba dicha medida cautelar, es más favorable para el imputado.
- 5) En causa iniciada con anterioridad al 5 de julio de 2016, el fiscal no puede ampliar el plazo de reserva o secreto de una investigación hasta por un plazo de 40 días adicionales, conforme al nuevo texto del artículo 182 del CPP en causas iniciadas con anterioridad al 5 de julio de 2016 pues, evidentemente, parece más favorable al imputado contar con acceso a la carpeta del fiscal que no tener dicho acceso.
- 6) Si se decreta una audiencia de prueba anticipada en causa iniciada con anterioridad al 5 de julio de 2016, dicha audiencia no podría llevarse a efecto en ausencia del imputado válidamente emplazado, a pesar de la modificación introducida al artículo 191 del CPP por la Ley N° 20.931, ya que el texto anterior del mismo artículo, que impedía esta opción, es claramente más favorable para el imputado.
- 7) Si en causa iniciada con anterioridad al 5 de julio de 2016 se decreta una orden de entrada y registro por el juez de garantía, y durante la práctica de esa diligencia se descubren objetos o documentos que permiten sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento, la policía deberá requerir al tribunal orden judicial para su incautación y no podrán incautarlo sin orden, a pesar del nuevo texto del artículo 215 del CPP, ya que evidentemente la antigua redacción del artículo 215 era más favorable al imputado.
- 8) Si el procedimiento que concluye en un juicio oral se inició antes del 5 de julio de 2016, el tribunal no podría oír de manera reservada al testigo, sin participación de los intervinientes en el juicio, para adoptar la decisión de darle protección al testigo, ya que esta nueva facultad del tribunal, introducida al artículo 308 del CPP por la Ley N° 20.931, es menos favorable para el imputado que la regulación anterior, que no concedía al tribunal dicha facultad.
- 9) Lo mismo ocurrirá si en un juicio oral, en que el procedimiento se inició con anterioridad al 5 de julio de 2016, se pretende sustituir la declaración de un perito institucional por otro perito institucional, conforme al nuevo texto del artículo 329 del CPP, o se pretende incorporar mediante la lectura la declaración de un testigo o la pericia de un perito que

por cualquier motivo difícil de superar no pudiera declarar en juicio, conforme al nuevo texto del artículo 331 del CPP, porque parece evidente que es más favorable al imputado que ello no pueda verificarse como ocurría con el antiguo texto de los artículos 329 y 331 del CPP.

Pero, desde otro punto de vista, no existiría objeción alguna a aplicar, en procesos iniciados con anterioridad al 5 de julio de 2016, aquellas modificaciones en materia procesal penal introducidas por la Ley N° 20.931 que sean favorables al imputado, porque en estos casos se aplicaría la regla general del artículo 11 del CPP, de que la modificación procesal penal rige *in actum*, ya que la nueva disposición es más favorable para el imputado. Hablamos de ultractividad de la ley procesal penal.

Sería el caso, por ejemplo, de un imputado por el delito de robo con violencia, en un procedimiento iniciado con anterioridad al 5 de julio de 2016, que cuenta -indudablemente- con la agravante de reincidencia específica y no cuenta con atenuantes. Si en este caso se aplicara el texto del nuevo artículo 449 del Código Penal, la pena para este imputado reincidente se iniciaría en diez años y un día de presidio mayor en su grado medio.

Si no se aplicara el nuevo artículo 449 del Código Penal, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 68 inciso segundo del Código Penal, al excluirse el grado mínimo de la pena abstracta, la pena para este imputado también se iniciaría en diez años y un día de presidio mayor en su grado medio. En este caso, no habría inconveniente en aplicar la nueva disposición del artículo 406 del CPP, que autoriza el procedimiento abreviado con penas no superiores a diez años de presidio mayor en su grado medio y con la mera proposición del fiscal, y aceptar en procedimiento abreviado una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, aunque su cumplimiento sea efectivo. Todo lo anterior, porque las nuevas disposiciones, para este caso concreto, evidentemente son más favorables para este imputado.

4. Lex tertia

- **Planteamiento del problema**

En materia de aplicación de la ley penal en el tiempo, tradicionalmente se ha afirmado por parte importante de la doctrina que la determinación de cuál ley es más favorable debe hacerse considerando ambas leyes de manera global o total, y no seleccionando los elementos más favorables de cada una, a fin de

aplicar ciertos pasajes favorables de una y otra ley al mismo tiempo, práctica que ha sido denominada por la doctrina como exclusión de “tercera ley”, *lex tertia*, o principio de alternitudad⁸⁸. De lo contrario -se afirma-, el juez estaría excediendo sus funciones creando una tercera ley, con lo cual los tribunales de justicia se estarían haciendo de facultades propias del legislador, excediendo los roles propios de su función. Con ello, además, generan inseguridad jurídica respecto del tenor concreto de las normas positivas.

En cuanto a la objeción relativa a la generación de inseguridad jurídica, ésta no parece ser efectiva. En efecto, la supuesta inseguridad jurídica no estaría dada por el hecho de que el tribunal haga aplicación de determinada normativa adecuada al caso concreto, sino que, por el contrario, sería un escenario que se da a propósito de las modificaciones que legítimamente ha efectuado el legislador y que el tribunal aplica en el caso concreto, según las particularidades del caso.

De este modo, la supuesta inseguridad no es tal, sino que es un ejercicio de adecuación y conciliación entre una norma modificada, que se aplicó en un caso particular generado con anterioridad a la nueva ley y que, con posterioridad -producto de la modificación legal- debe encasillarse al mismo caso concreto, considerando siempre las particularidades y características propias de las circunstancias fácticas que se dieron en el mismo.

⁸⁸ “En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia “uno sobre la base de cada ley-, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado. Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una tercera ley, que nunca ha estado en vigor”. Cury, Enrique (N° 5), p. 229.

“Lo autorizado es aplicar la ley más favorable, sea la anterior o la nueva, indistintamente, pero en su globalidad. Esta es la primera premisa que debe tenerse en cuenta; no está permitido que el tribunal cree una ley, distinta a la anterior y a la nueva, o sea que seleccione determinados preceptos de una y otra y los aplique en conjunto creando, en el hecho, una tercera ley (inexistente) para el caso de que se trata, porque al así obrar se convierte en legislador, hace un texto diverso a los que han sido promulgados por los cuerpos colegisladores en lugar de escoger entre uno y otro. Lo que procede, por tanto, es una estricta alternitudad, aplicar uno u otro texto en su integridad”. Garrido Montt, Mario, Derecho Penal Parte General, Tomo I, pp. 110-111.

“Además, deberá aplicarse tal ley en su integridad, sin que sea permitido aplicar parcialmente una y otra ley, para acabar en un tratamiento más favorable al reo”. Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal Parte General, Tomo I, p. 144.

“La decisión corresponderá al juez, sobre la base de los efectos reales que la aplicación de una u otra ley tenga para el afectado, no pudiendo, eso sí, construir una ley nueva a partir de las existentes: debe tomar una decisión”. Politoff, Matus, Ramírez, Lecciones de Derecho Penal Chileno Parte General, p. 131.

Dicho de otro modo, la inseguridad no viene dada por los vaivenes de las decisiones jurisdiccionales, sino que se da a propósito del ejercicio de adecuación, cuya variación es inevitable y obedece al abanico infinito de circunstancias que se da en cada uno de los casos. Así las cosas, parece que la existencia de variaciones en la aplicación retroactiva de leyes penales viene a ser una consecuencia natural y obvia del ejercicio jurisdiccional que es imposible evitar y que, por lo demás, es propio de dicha labor. Así las cosas, quienes afirman que con el ejercicio de la implementación de pasajes de una y otra ley en beneficio del imputado se genera un contexto de inseguridad, confunden entre la aplicación abusiva de las normas y el mero ejercicio de las facultades de interpretación que los tribunales de justicia pueden hacer en el caso concreto.

En cuanto a la objeción de que el juez crearía una tercera ley (*lex tertia*), como consecuencia de la aplicación de lo más favorable de ambas normativas, cabe señalar, en primer lugar, que dicha afirmación no tiene asidero normativo. De hecho, los autores que sostienen esta tesis se basan esencialmente en la aplicación de principios generales, sin desarrollar otro fundamento o argumento a favor de la prohibición de la *lex tertia*.

Por otra parte, es discutible afirmar que el juez estaría actuando como legislador, de aplicar los elementos más favorables de cada regulación, como parece derivarse del mandato legal. Lo que distingue la actividad legislativa de la judicial -lo que en este caso los detractores probablemente identificarían con la distinción entre “crear” y “aplicar” derecho-, en la medida que ambas crean normas jurídicas, es la abstracción y mayor libertad de la norma jurídica creada por el Poder Legislativo, en comparación al mandato individualizado para un caso concreto que poseen las sentencias judiciales. Recordemos que para Kelsen, tanto la función judicial como la legislativa aplican y crean derecho, siendo la diferencia entre una y otra la concreción de cada norma⁸⁹.

Tampoco existe vulneración alguna a la separación de poderes, toda vez que el juez cumple un mandato expreso y explícito efectuado por el legislador en

⁸⁹ “Por ese motivo, el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica. La unidad de los mismos se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto que la norma de orden más elevado – es decir, la norma general, abstracta, determina más o menos el contenido de la norma de grado inferior – esto es, de la norma individual, concreta-”, Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, p. 305.

“Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas.”, *Ibid.*, p. 305.

distintos cuerpos legales y en la misma Constitución (adecuar la sentencia a la ley más favorable al afectado), quien en el ejercicio de sus facultades, aplica la nueva ley al caso concreto, con sus particularidades propias. De esta manera, lo que hace el juez no es vulnerar la separación de poderes sino que, por el contrario, respetar dicha separación, sometiéndose al mandato del artículo 18 del Código Penal y de la propia Constitución⁹⁰.

- **Posición favorable a aplicación de *lex tertia***

No es unánime la opinión de los autores relativa a la prohibición de la llamada *lex tertia*. Aunque minoritaria, esta tesis sostiene que *“la ley no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes. Están las leyes penales incompletas y específicamente las leyes penales en blanco que exigen su integración con otras disposiciones, siempre y cuando existan bases claras de determinabilidad legal. En el caso de *lex tertia* más favorable también ocurre así. No hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible”*⁹¹.

No sólo autores nacionales abogan a favor de esta tesis⁹². Esta tesis parece conformarse más con el mandato legal y constitucional de excepcionar del principio de irretroactividad de la ley penal aquellos casos en que la nueva ley favorezca al afectado. El mismo artículo 18 del Código Penal, en su inciso final, parece avalar esta interpretación, cuando afirma: *“En ningún caso la aplicación de este artículo*

⁹⁰ Si el artículo 5 inciso segundo de la Constitución dispone que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, se puede afirmar que la soberanía (es decir el ejercicio del poder estatal, o sea el fundamento mismo de la separación de poderes) tiene como límite los derechos esenciales que emanan de la persona humana, de manera que si la aplicación retroactiva in bonam partem de la ley penal, lo que hace es justamente proteger esos derechos, en virtud del principio de proporcionalidad, su aplicación sería, más bien, coherente y no contraría al principio de separación de poderes.

⁹¹ Bustos, Juan, p. 600.

⁹² “De acuerdo con una doctrina extendida, hay que comparar la gravedad de las consecuencias del hecho de la ley antigua acumuladas con las de la ley nueva, también acumuladas, y no cada una de las reacciones jurídico-penales por separado (alternatividad de las leyes). [] No se puede mantener esta solución; en todo caso en las reacciones mencionadas en el § 2.5 StGB es completamente idéntica al mandato de recortar retroactivamente la nueva ley hasta el alcance de la antigua regulación; es decir, rompe la alternatividad. La solución que atiende a la alternatividad tampoco respeta el principio de legalidad, y ello cuando, por una parte, la ley vigente en el momento de sentenciar es más favorable en lo esencial, pero a la vez prevé reacciones obligatorias que no se hallan en la ley del momento del hecho”. Jakobs, Günther, Derecho Penal Parte General, Tomo I, p. 125.

modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades”.

Así, en los casos de indemnizaciones pagadas o cumplidas o inhabilidades expresamente se ordena la combinación de ambos preceptos. Lo que tiene de excepcional dicho inciso es que aún para el caso que la nueva ley fuera más favorable -si redujese o eliminase, por ejemplo, las indemnizaciones o inhabilidades-, el juez debe aplicar la ley anterior, es decir es una excepción expresa al principio de retroactividad de la ley más favorable.

Sea cual sea la tesis que prime, la determinación de la legislación más favorable aplicable al caso debe hacerse *in concreto*⁹³. Al hacerlo, el juez no actúa de manera arbitraria y ni siquiera discrecional respecto de la selección de la norma a aplicar, puesto que el mandato constitucional y legal le impone la selección de aquello que es más favorable al afectado, por lo que en ningún caso estaría excediendo sus atribuciones al fallar de acuerdo a los elementos más favorables de ambas leyes.

- **Jurisprudencia**

Postura similar a la expuesta en los párrafos anteriores ha adoptado la Corte Suprema. En efecto, en Rol N° 9117-15, de 29 de julio de 2015, en el marco de la reforma de la Ley N° 18.216 por la Ley N° 20.603, que pasó desde el concepto de “*Medidas Alternativas*” a “*Penas Sustitutivas*”, revocó la decisión de un juez de garantía que no abonó el tiempo que un condenado estuvo en libertad vigilada, luego revocada, al cumplimiento efectivo de prisión posterior.

La Corte, por el contrario, si bien lo que se había cumplido en ese momento fue una medida alternativa y no una pena sustitutiva -es decir, correspondía a ley anterior-, consideró que conforme a la nueva regulación era procedente en todo caso imputar dicho tiempo a la privación de libertad (lo que era procedente en

⁹³ “Por fin, debe determinarse la benignidad de la ley, no en abstracto, sino en concreto, con relación al caso que se trata de juzgar”. Etcheberry, op. cit., p. 144.

“Como segunda premisa se puede señalar que no corresponde determinar en abstracto cuál es la ley más favorable; esta selección debe hacerse siempre para el caso concreto al cual se va a aplicar”. Garrido Montt, op. cit., p. 111.

“En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto”. Cury, op. cit., p. 229.

“Como dice NOVOA, “no han de compararse solamente las penas previstas en las dos leyes en juego, sino que debe apreciarse su contenido total en sus consecuencias penales” y todo ello “en relación directa con el caso concreto de que se trata””. Politoff, Matus y Ramírez, op. cit., p. 131.

la ley nueva y no así en la antigua) mezclando, por tanto, elementos de ambos preceptos legales. Así, afirmó:

“5° Que la Ley N° 20.603, promulgada el 13 de junio de 2012 y publicada en el Diario Oficial el 27 de dicho mes y año, incorporó, entre otras modificaciones legales, el artículo 26° inciso primero, que establece que “la decisión del tribunal de dejar sin efecto la pena sustitutiva, sea como consecuencia de incumplimiento o por aplicación de lo dispuesto en el artículo siguiente, someterá al condenado al cumplimiento del saldo de la pena inicial, abonándose a su favor el tiempo de ejecución de dicha pena sustitutiva de forma proporcional a la duración de ambas.

“6°. Que la redacción del artículo 26 no hace distinción alguna entre las distintas formas de cumplimiento alternativo de la pena, como sucedía con el antiguo artículo 27 de la Ley N° 18.216, en que a los beneficiarios con la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada se les imponía el cumplimiento total de la pena inicialmente impuesta, mientras que a quienes se les concedía la reclusión nocturna se les consideraba el tiempo cumplido en esa modalidad. Por ello el abono solicitado por la defensa del amparado resulta procedente, en atención a que la norma invocada ciertamente resulta ser más favorable al condenado, de acuerdo con los artículos 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y 18 del Código Penal, por lo que se impone su aplicación en la decisión de lo debatido”.

Dicho fallo, de hecho, fue acordado con un voto en contra, que precisa y explícitamente consideraba aplicable el principio de alternatividad antes caracterizado:

“Acordado con el voto en contra del Abogado Integrante Sr. Rodríguez, quien estuvo por rechazar el recurso porque en su concepto el cuerpo legal más favorable se aplica en su integridad y no por partes, y en el presente caso no puede considerarse más favorable la nueva que fije requisitos mayores para la libertad vigilada”.

Probablemente el fallo más interesante en materia de *lex tertia* sea el que dictó la Corte Suprema en la causa Rol N° 3.676-2002. Los hechos en esta causa son particularmente interesantes.

- a) En 1992 se comete el delito de maltrato de obra a carabinero de servicio, causando la muerte del carabinero L. M. G.
- b) Con fecha 5 de junio de 2001 se dicta la Ley N° 19.734, que deroga la pena de muerte y, en lo pertinente, sustituye la pena de muerte por la pena de

presidio perpetuo calificado en el delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte del artículo 416 del Código de Justicia Militar.

- c) Con fecha 3 de julio de 2001 se dicta sentencia de primera instancia por el Juzgado Militar de Santiago, mediante la cual se condenó a R.A.E.V. a la pena de presidio perpetuo calificado como autor del delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte.
- d) Con fecha 23 de agosto de 2002, la Ilustrísima Corte Marcial dicta sentencia de segunda instancia, manteniendo la condena a R.A.E.V. a la pena de presidio perpetuo calificado como autor del delito de maltrato de obra a carabinero de servicio causando la muerte.

Conociendo del recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema resolvió:

“Que, además, señala que la sentencia ha calificado el delito conforme a derecho, ha impuesto al delincuente una pena más grave que la designada en ella, puesto que se consideró, en torno a la aplicación del principio de la ley más favorable, una pena que a la fecha de la comisión del delito no se encontraba vigente, esto es, la consideración de la pena de presidio perpetuo calificado, que comenzó a regir a contar del año 2001, en circunstancias que el delito de autos data del año 1993.

“Por tanto, solicita que, en virtud del principio in dubio pro reo, se aplique la pena inmediatamente inferior a la contenida como máxima legal en aquella época, esto es la de presidio perpetuo simple. “Que, efectivamente, la sentencia que, en estos aspectos se pretende casar, ha considerado para la aplicación de la pena más favorable, una que no se encontraba vigente al tiempo de la comisión del delito de maltrato de obra a Carabinero con resultado de muerte, razón por la cual será acogido en esta parte también el recurso”.

La sentencia de reemplazo expresó que:

“En relación al delito de maltrato de obra a carabinero con resultado de muerte, cometido por R. A. E. V., no existen circunstancias modificatorias que agraven o atenúen su responsabilidad penal. Que, en el delito de que trata el signado anterior, es menester considerar que, al tiempo de la comisión del delito la pena máxima asignada para éste era la de pena de muerte. Por tanto, en virtud del principio pro reo, se aplicará la pena inmediatamente inferior a la contenida como máxima legal en aquella época, esto es, la de presidio perpetuo simple”.

Sostenemos que esta sentencia constituye una genuina aplicación de *lex tertia*, dado que, de haberse aplicado en su integridad el principio de alternatividad,

el resultado es el que aplicaron el Juzgado Militar y la Corte Marcial: la nueva ley debe aplicarse íntegramente y, en consecuencia, desde la pena de muerte, derogada por la nueva ley, se pasa a presidio perpetuo calificado, pena que no existía a la fecha de comisión del delito. Lo que hace la Corte Suprema en este caso es aplicar el principio de retroactividad de la ley penal (derogación de la pena de muerte, que estaba vigente a la fecha de comisión del delito) y, a continuación aplicar el principio de ultractividad de la ley penal (no procede aplicar la pena de presidio perpetuo calificado porque no estaba vigente al momento del hecho).

La segunda característica relevante de este fallo de la Corte Suprema es que contó con el voto favorable del ministro Enrique Cury, quien en sus textos ha sido uno de los catedráticos que se ha opuesto a la aplicación de pasajes escogidos de leyes penales en perjuicio de la aplicación en su totalidad.

- **Lex tertia y la Ley N° 20.931. Consideraciones generales**

A propósito de la dictación de la Ley N° 20.931, los casos de posible discusión acerca del *lex tertia* son reducidos, ya que la mera circunstancia de que las normas modificadas, derogadas o incorporadas a un cuerpo legal se estatuyan en la misma ley no significa, necesariamente, que vayan incluidas en la exigencia que promueven los partidarios del principio de alternatividad, de que se apliquen conjuntamente.

Dicho de otro modo, independiente de la postura que se adopte respecto de la legitimidad de la *lex tertia*, en el caso la Ley N° 20.931 no concurre dicha hipótesis, dado que si bien formalmente se está en presencia de una única ley, ella contiene modificaciones en distintos cuerpos legales (C.P., C.P.P., Código Orgánico de Tribunales, Ley Orgánica Constitucional de la PDI, Ley Orgánica Constitucional de Gendarmería de Chile, etc.), diferentes aspectos del derecho (derecho penal sustantivo y procesal) y, dentro de cada área, en diversas materias.

En consecuencia, es perfectamente posible distinguir entre las materias en discusión (circunstancias modificatorias de responsabilidad penal y determinación de pena) y es necesario que el tribunal haga aplicación de las leyes penales respecto de cada materia, distinguiendo si en cada capítulo una u otra ley es o no más benigna. De lo contrario, existiría una evidente confusión doctrinaria y sistemática.

En efecto, doctrinariamente, las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal están destinadas a analizar y reconocer la concurrencia de las condiciones de comisión de un ilícito, con aspiración a que se aminore o agrave

una pena, efecto que es eventual, dado que por razones de determinación de pena, la concurrencia de dichas circunstancias pueden o no surtir sus propios efectos, con independencia de que efectivamente concurren.

Es decir, por un lado debe discutirse la existencia de las circunstancias modificatorias de responsabilidad y, por otro, en una materia aparte, la producción de sus efectos intrínsecos. En este orden de ideas, la doctrina ha entendido que las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal son un “conjunto de situaciones descritas por la ley, a las cuales se les atribuye la virtualidad de concurrir a determinar la magnitud de la pena correspondiente al delito en el caso concreto, ya sea atenuándola o agravándola a partir de ciertos límites pre-establecidos en forma abstracta para cada tipo”. Luego, como se ha referido, su aplicabilidad es eventual e incluso virtual, en atención a la discusión que se realizará con posterioridad en materia de determinación de la pena.

Por su parte, la determinación de la pena es un ejercicio distinto, en el que no solo se consideran las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, sino además otros elementos constitutivos de la estructura delictual, tales como participación, *iter criminis*, excusas legales absolutorias, concurso de delitos, entre otros. A su vez, la determinación de la pena es el análisis de cada uno de los aspectos relevantes en materia delictiva, a fin de definir la sanción concreta a aplicar. Luego, ambos capítulos son estudiados en tiempos distintos dentro de la doctrina, constituyendo materias distintas dentro de la ciencia penal.

Sistemáticamente, no solo son tratados en títulos diferentes (circunstancias modificatorias, título I; determinación de la pena, título III), sino que además son incluso discutidas en tiempos diferentes, distinguiendo si son o no circunstancias ajenas al hecho punible (art. 343 C.P.P.).

Por tanto, no solo son componentes distintos, tratados de manera diversa en la ciencia penal, sino que además el legislador reconoce su diferencia y los posiciona en acápite distintos dentro de la normativa positiva. Así las cosas, parece plausible y jurídicamente consecuente con una interpretación *in bonam partem* del imputado o condenado que la determinación de la ley más favorable se haga según la materia que se está discutiendo, entendiendo que la ley se materializa en las normas que modifica, y no hacer una aplicación global e indiscriminada de la ley sobre la base de su mera concepción formal. Dicho de otro modo, con la voz “ley”, el artículo 18 del Código Penal se refiere a su materialidad y contenido, no al mero cuerpo normativo que formalmente es denominado de esa manera.

- **Nuevos artículo 449 y 449 bis del Código Penal**

Ahora bien, en cuanto a la Ley N° 20.931, el caso en que parece anunciarse por el Ministerio Público la discusión acerca de *lex tertia* y de la aplicación del principio de alternatividad es el de la derogación de la agravante de pluralidad de malhechores del antiguo N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, con relación a la introducción del nuevo artículo 449 del mismo Código, denominado “marco rígido”.

En estricto rigor, y por los argumentos expuestos precedentemente, no estamos en presencia de un caso de *lex tertia* por la aplicación conjunta de ambas normas. Por una parte, estas dos disposiciones se refieren a materias diferentes: circunstancias modificatorias de responsabilidad versus normas de determinación de pena. Por otra parte, durante la tramitación legislativa del artículo 449, su discusión no se relacionó con la derogación de la agravante del 456 bis N° 3.

En efecto, la introducción de la indicación destinada a derogar el artículo 456 bis N° 3 se efectuó y se discutió a propósito de la introducción del nuevo artículo 449 bis, que introdujo la agravante referida a ciertos delitos contra la propiedad y que consiste en el hecho de que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas, destinada a cometer dicho hechos punibles, siempre que ésta o aquella no constituyere una asociación ilícita.

El artículo 449 bis aprobado en primer trámite constitucional por la Cámara de Diputados establecía una disposición que facultaba al juez a aumentar la pena de la receptación en un grado “*si el delito fuere cometido por una agrupación u organización, la que se calificará en atención a la cantidad de sus miembros, su dotación de recursos y medios, así como su capacidad de planificación e incidencia sostenida en el tiempo*”.

Durante la discusión de esta disposición en el Senado se propuso reemplazar la agravante por la de “*si el imputado forma parte de una agrupación o reunión de delincuentes*”, asimilando el texto a la disposición contemplada en la Ley N° 20.000.

En este contexto, el profesor Acosta “*puntualizó que si se quiere establecer una agravación focalizada en la comisión de los delitos de este párrafo, facilitada por la concurrencia de una agrupación sin requerir que se constituya la figura de la asociación ilícita, es necesario derogar el número 3° del artículo*

*456 bis, que justamente agrava por esa misma causa la responsabilidad de los partícipes del robo y hurto*⁹⁴.

A raíz de esta discusión, en sesión posterior se propuso una indicación parecida al texto final, que incorporaba además la norma relativa a las personas jurídicas y que derogaba el artículo 456 bis N° 3 del Código Penal. En esta discusión, nuevamente el profesor Acosta *“planteó que la disposición signada como nuevo artículo 449 bis parece bien formulada a la luz de la discusión que tuvo lugar en la sesión anterior, especialmente en lo relativo a establecer una agravante para el caso de comisión plural de delitos contra la propiedad que no alcancen a configurar una asociación ilícita”*⁹⁵.

También en el marco de esta discusión, el fiscal nacional subrogante Andrés Montes *“manifestó que la disposición propuesta soluciona varios problemas prácticos. En primer lugar, supera los inconvenientes que existen para aplicar la circunstancia 3ª del artículo 456 bis, pues los tribunales han interpretado que la palabra “malhechores” se refiere a personas que han hecho del delito su ocupación, es decir que tienen varias condenas previas por delitos de la misma índole. En cambio, si se trata de primerizos no opera la agravación, aunque en la práctica el delito haya sido cometido con el auxilio de un grupo. Por otro lado, planteó que es muy difícil configurar una asociación ilícita, porque se exige la acreditación de una estructura interna estable, que imponga cierta separación de funciones y que tenga un centro de decisión común. En razón de ello, no resulta fácil que ese tipo penal se dé, aunque el delito haya sido cometido con el auxilio de dos o más personas”*⁹⁶.

Fue en esa sesión que se sancionó el texto derogatorio del artículo 456 bis N° 3, y en sesiones posteriores sólo se introdujeron mejoras de redacción en lo relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas.

De manera tal que la historia de la tramitación legislativa del precepto derogatorio revela que la discusión relativa a esta disposición no tuvo relación alguna con la introducción del marco rígido del nuevo artículo 449 del Código Penal. Más aún, perfectamente podrían haberse adoptado las mismas disposiciones -derogación del artículo 456 bis N° 3 e incorporación del nuevo artículo 449

⁹⁴ Intervención del profesor Juan Domingo Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y reglamento del Senado; pág. 39.

⁹⁵ Intervención del profesor Acosta en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 41.

⁹⁶ Intervención del fiscal nacional subrogante en Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; pág. 41.

del Código Penal- en leyes distintas, en diferentes momentos del tiempo y no habría diferencia sustancial con la situación creada por la Ley N° 20.931.

Por las razones expuestas precedentemente, no hay un genuino caso de *lex tertia* que exija la aplicación simultánea de la norma derogatoria de la agravante de pluralidad de malhechores y del nuevo marco rígido. Donde podría darse un caso auténtico de *lex tertia* sería en la discusión de la derogación del 456 bis N° 3 y de la nueva agravante del 449 bis del Código Penal.

Piénsese en el siguiente ejemplo: una sentencia firme que impuso a un imputado la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo por un robo con violencia consumado, estableciendo que concurren las circunstancias atenuantes del artículo 11 N° 6 y N° 9 y también la agravante de pluralidad de malhechores del artículo 456 bis N° 3. En ese fallo se compensó la agravante de pluralidad de malhechores con la atenuante del 11 N° 9, pero no se calificó la atenuante del artículo 11 N° 6 y, en consecuencia se aplicó la pena de cinco años y un día.

En este escenario, el defensor solicita ajustar la sentencia conforme al artículo 18 del Código Penal, por la derogación de la agravante concedida y el fiscal sostiene que, si se quiere hacer el ajuste debe aplicarse el 449 bis por *lex tertia*. Si el tribunal decide hacer la aplicación total y conjunta de ambas disposiciones, por principio de alternatividad, entonces debería entrar a calificar si en el caso concreto se dan los nuevos requisitos del 449 bis, porque los requisitos o exigencias son diferentes. Entonces -siguiendo los principios de *lex tertia*-, el tribunal debería valorar si en ese caso concreto -ya fallado- se cumplen los requisitos del nuevo 449 bis.

Recordemos que los requisitos de esta nueva agravante son más exigentes que los que contemplaba la pluralidad de malhechores. Se exige que el imputado haya actuado formando parte de una agrupación u organización de dos o más personas destinada a cometer los otros delitos contra la propiedad no contemplados en los párrafos 1, 2, 3, 4 y 4 bis del Título, y de la receptación del artículo 456 bis A., siempre que ello no constituya el delito de asociación ilícita.

El artículo 19 de la Ley N° 20.000, sobre tráfico de estupefacientes, dispone que “*tratándose de los delitos anteriormente descritos, la pena deberá ser aumentada en un grado si concurre alguna de las circunstancias siguientes: a) si el imputado formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes sin incurrir en el delito de organización del artículo 16*”.

Si bien la fuente de inspiración del nuevo artículo 449 claramente es el artículo 19 a) de la Ley N° 20.000, existen diferencias en su tipificación. La exigencia del nuevo artículo 449 bis es diferente de la exigencia del artículo 19 de la Ley N° 20.000. Mientras la Ley N° 20.000 se refiere a que el imputado “*formó parte de una agrupación o reunión de delincuentes*”, el artículo 449 bis habla de que el imputado “*haya actuado formando parte de una agrupación u organización*”. Pareciera, en una primera lectura, que en el caso de la Ley N° 20.000 bastara que el imputado en algún momento haya formado parte de la entidad, y que en el caso del artículo 449 bis el imputado, al momento de la comisión del delito (no antes, ni después) haya estado formando parte de la entidad.

Parece plausible la tesis de que se exige algo más que la “*agrupación o reunión de delincuentes*” del artículo 19 a) de la Ley N° 20.000, ya que el artículo 449 bis habla de “*agrupación u organización*”. La referencia a “*organización*” en lugar de una mera “*reunión de delincuentes*” hace exigible un requisito de permanencia de mayor entidad que el exigido por la Ley N° 20.000.

5. Conclusiones

- 1) La *irretroactividad* hace referencia “al hecho de que las leyes penales y procesales penales sólo pueden ser aplicadas a las conductas que se realizan mientras están vigentes.
- 2) Los principios de irretroactividad, ultraactividad y la excepción de ley más beneficiosa han sido reconocidos unánimemente por la doctrina y jurisprudencia nacional, a partir de la consagración constitucional y legal de los mismos.
- 3) La regla básica en cuanto a la eficacia de la ley procesal penal en el tiempo, traducida en la fórmula de que la misma rige *in actum*, se mantiene vigente en el sistema procesal penal. La ultraactividad de la norma derogada constituye una excepción, de acuerdo con el texto de la misma disposición (“*salvo cuando*”).
- 4) A diferencia del artículo 24 de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes, que limita la ultraactividad a “*los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas*”, el artículo 11 del C.P.P. la extiende a los casos en que “*la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado*”. En consecuencia, existe preminencia de la norma especial y posterior del artículo 11 del C.P.P. por sobre la norma general y anterior del artículo 24 LERL.

- 5) En cuanto al concepto de procedimientos ya iniciados, el punto central es lo dispuesto en el artículo 7° del Código Procesal Penal, que reconoce la calidad de imputado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, entendiéndose por tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible. En consecuencia, establecida cualquier actuación del procedimiento verificada antes de las 00.00 horas del 5 de julio de 2016, en la que se atribuya a una persona responsabilidad en un hecho punible, estaremos en la situación de discernir cuál es la norma procesal penal más favorable para ese imputado y el tribunal debe optar por dicha norma.
- 6) La generalidad de las modificaciones de la Ley N° 20.931 no son neutras para los efectos de lo dispuesto en el artículo 11 del C.P.P.. El propio título de la Ley N° 20.931 revela claramente su propósito: "*Facilita la aplicación efectiva de las penas establecidas para los delitos de robo hurto y recepción y mejora la persecución penal en dicho delitos*". Es indispensable examinar las consecuencias de la modificación en el caso concreto, para determinar cuál es el concepto de disposición más favorable al imputado.
- 7) Se entiende por *lex tertia* el fenómeno que se produce al aplicar una nueva ley que contiene disposiciones más favorables al imputado. Se afirma que en este proceso de aplicación, la determinación de cuál ley es más favorable debe hacerse considerando ambas leyes (la derogada y la nueva) de manera global o total, y no seleccionando los elementos más favorables de cada una. De no cumplirse este principio -se afirma-, el juez estaría excediendo sus funciones, creando una tercera ley, con lo cual los tribunales de justicia se estarían haciendo de facultades propias del legislador, excediendo los roles propios de su función. Con ello, además, generarían inseguridad jurídica respecto del tenor concreto de las normas positivas.
- 8) No es unánime la posición que excluye la posibilidad de aplicar el concepto de *lex tertia*. Existe la posición que sostiene que la ley no solo contempla la posibilidad de que un tribunal haga aplicación de leyes penales de manera retroactiva, sino que además contempla la existencia de combinaciones de leyes. En el caso de *lex tertia* más favorable no hay lesión del principio de legalidad, sino simple interpretación integrativa a favor del reo perfectamente posible.

- 9) Existen fallos de la Excelentísima Corte Suprema que, en el hecho, vulneran de manera expresa el principio de *lex tertia*, aplicando al mismo tiempo retroactividad y ultractividad de la ley penal, seleccionando lo más favorable para el imputado de la ley derogada y de la nueva ley.
- 10) En el caso de la Ley N° 20.931 no existe una situación de *lex tertia* cuando se busca relacionar la derogación de la agravante del N° 3 del artículo 456 bis del Código Penal, con la incorporación del nuevo artículo 449 del Código Penal (marco rígido), debido a que se trata de materias penales diferentes -circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal versus normas de determinación concreta de la pena- y pudieron ser tramitadas y adoptadas perfectamente en normas diferentes. Más aún, de la historia de la tramitación legislativa de la Ley N° 20.931 se desprende claramente que la norma del nuevo artículo 449 del Código Penal no se relacionó con la derogación de la agravante del artículo 456 bis N° 3 del mismo código.
- 11) Un caso en que pudiera ser aplicable la situación de *lex tertia* se daría al discutirse la derogación del artículo 456 bis N° 3 del Código Penal con la nueva agravante incorporada mediante el artículo 449 bis del mismo Código Penal. Sin embargo, la diferencia entre los requisitos exigidos por la nueva agravante del 449 bis, de mucha mayor entidad que las exigencias del derogado 456 bis N° 3, debieran orientar una decisión del tribunal en el caso concreto.

III. De la constitucionalidad del nuevo control preventivo de identidad contemplado en el artículo 12 de la Ley N° 20.931

Antecedentes y propósito

Sin lugar a dudas, una de las grandes novedades de la Ley N° 20.931 es la incorporación de un nuevo control de identidad, diferente del consagrado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, autónomo, contenido directamente en el artículo 12 de la referida ley, que se ha dado en llamar 'control de identidad preventivo'. La cuestión a examinar es si existen argumentos jurídicos que permitan sostener que el referido artículo 12 es inconstitucional.

Originalmente, el proyecto de ley enviado por el gobierno no contemplaba un nuevo control de identidad. Fue en la Comisión de Seguridad Ciudadana de la Cámara de Diputados donde varios diputados propusieron, mediante una indicación, incorporar al Código Procesal Penal un artículo 85 bis, que establecía el control de identidad preventivo, indicación que fue aprobada por dicha Comisión.

Posteriormente, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara rechazó la indicación y, en su lugar, los diputados Andrade, Carmona, Ceroni, Chahín, Farcas, Saffirio y Walker propusieron incorporar a la nueva ley un artículo 12 nuevo, que incorporaba el control preventivo de identidad y que podía verificarse respecto de cualquier persona y en el lugar donde se encontrare.

Esta disposición fue aprobada por la Cámara de Diputados y luego, tras obtener el patrocinio y respaldo del Ejecutivo, modificada y aprobada por el Senado. Durante el tercer trámite legislativo la Cámara de Diputados rechazó la norma relativa al control de identidad, siendo finalmente adoptado en la Comisión Mixta el texto definitivo del artículo 12 de la Ley N° 20.931 que es el siguiente:

Artículo 12. En cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública, y sin perjuicio de lo señalado en el artículo 85 del Código Procesal Penal, los funcionarios policiales indicados en el artículo 83 del mismo Código podrán verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación, tal como cédula de identidad, licencia de conducir, pasaporte o tarjeta estudiantil o utilizando, el funcionario policial o la persona requerida, cualquier dispositivo tecnológico idóneo para tal efecto, debiendo siempre otorgarse las facilidades necesarias para su adecuado cumplimiento. En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad.

“El procedimiento descrito anteriormente deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para los fines antes señalados. En ningún caso podrá extenderse más allá de una hora.

“No obstante lo anterior, en aquellos casos en que no fuere posible verificar la identidad de la persona en el mismo lugar en que se encontrare, el funcionario policial deberá poner término de manera inmediata al procedimiento.

“Si la persona se negare a acreditar su identidad, ocultare su verdadera identidad o proporcionare una identidad falsa, se sancionará según lo dispuesto en el número 5 del artículo 496 del Código Penal en relación con el artículo 134 del Código Procesal Penal.

“En caso de que la persona sometida a este trámite mantuviere una o más órdenes de detención pendientes, la policía procederá a su detención, de conformidad a lo establecido en el artículo 129 del Código Procesal Penal.

“En el ejercicio de esta facultad, los funcionarios policiales deberán exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación, respetando siempre la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria.

“Constituirá una falta administrativa ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona a quien se verifica la identidad. Lo anterior tendrá lugar, sin perjuicio de la responsabilidad penal que procediere.

“Las Policías deberán elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo destinado a aquellas personas que estimen haber sido objeto de un ejercicio abusivo o denigratorio de la facultad señalada en el presente artículo.

“Las Policías informarán trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre los antecedentes que les sean requeridos por este último, para conocer la aplicación práctica que ha tenido esta facultad. El Ministerio del Interior y Seguridad Pública, a su vez, publicará en su página web la estadística trimestral de la aplicación de la misma”.

Sobre este punto, es necesario señalar que el análisis que se realiza no se trata, por ende, de un examen de eficacia, eficiencia o conveniencia de la norma en comento, sino que de un examen técnico acerca de la posible inconstitucionalidad de la norma.

1. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual

Una línea de argumentación que parece conducir a la inconstitucionalidad del nuevo control de identidad preventivo es la que sostuvieron en una carta dirigida al diario electrónico El Mostrador seis académicos del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, publicada con fecha 23 de mayo de 2016⁹⁷. Durante la tramitación legislativa también insinuó esta objeción el diputado Ramón Farías⁹⁸.

Básicamente, esta línea argumental se sostiene en lo prescrito en el artículo 19, número 7 letra b) de la Constitución Política, que señala (los destacados son nuestros): *“La Constitución asegura a todas las personas: el derecho a la*

⁹⁷ Profesores Fabiola Girado Monteconrado, Laura Mayer Lux, Raúl Núñez Ojeda, Guillermo Oliver Calderón, Luis Rodríguez Collao y Jaime Vera Vega; sitio web <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2016/05/23/opinion-academicos-de-la-pucv-resaltan-inconstitucionalidad-del-control-preventivo-de-identidad/>, visitado por última vez el 7 de junio de 2016.

⁹⁸ “A nuestro juicio, se trata de una medida que atenta contra una garantía constitucional como es la libertad personal o ambulatoria, contemplada en el número 7° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Esta norma consagra la llamada libertad de locomoción o ambulatoria, que garantiza que toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar del país, y a trasladarse de un lugar a otro. Desde esa perspectiva, el control preventivo de identidad va a restringir ese derecho, ya que, según la norma que se propone, la policía podrá detener a cualquier persona en la vía pública y pedirle sus documentos para acreditar su identidad. La norma no contempla ninguna hipótesis, causal o criterio para controlar la identidad a cualquier persona. En ese sentido, es arbitraria, ya que deja el control de identidad a criterio del funcionario que lo realice”. Intervención del diputado Farías en discusión única en Cámara de Diputados, Tercer Trámite Constitucional; página 86.

*libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta **restringida** sino **en los casos** y en la forma determinados por la Constitución y la leyes”.*

i) El control preventivo de identidad constituye una restricción de la libertad personal

Analizado el control preventivo de identidad del artículo 12 a la luz de la disposición constitucional citada, no cabe duda, en primer lugar, que este nuevo control de identidad constituye una restricción de la libertad personal. Específicamente afecta a la libertad de locomoción, lo que se traduce en residir en cualquier lugar de la república, permanecer en cualquier lugar de la república, trasladarse de un lugar a otro lugar de la república y entrar y salir del territorio de la república.

Se puede sostener que el artículo 12 entra en conflicto particularmente con el derecho de trasladarse de un lugar a otro de la república, porque el control preventivo de identidad faculta a la policía a retener en un punto específico de la república a un individuo hasta por una hora, aún en contra de su voluntad, con el solo propósito de verificar su identidad. Podrá argumentarse que se trata de una restricción de baja intensidad, desde el momento en que su mayor afectación consiste en mantener a esa persona en un punto específico de la república por un tiempo máximo de una hora, pero no merece dudas de que constituye una restricción de la libertad personal.

Por una parte, reafirma que se trata de una restricción a la libertad personal la regulación de la forma en que puede ser ejecutado un control de identidad preventivo: la exclusión de menores de 18 años; el lugar (*in situ*), la duración máxima (una hora), los medios para acreditar identidad, las facilidades que debe darse a la persona, las facultades de la policía durante su realización (identificación y verificación de órdenes de detención), la prohibición de arbitrariedad y discriminación en su ejecución, las posibilidades y facilidades de reclamo, etc.

Por otra parte, que se trata de una restricción a la libertad personal fue advertido en múltiples ocasiones por diversos parlamentarios durante su tramitación legislativa. Así, el senador Harboe señaló que *“si bien el control preventivo puede no existir como tal en la ley, en la práctica se aplica permanentemente, puesto que la policía está realizando normalmente un trabajo de índole preventiva. Lo esencial, añadió, es que se adopte un mecanismo que solo represente una*

*restricción menor a las garantías de la persona, estableciéndose vías para que el ciudadano se defienda contra los posibles abusos*⁹⁹.

La misma advertencia se hizo en la Comisión Mixta. El diputado Soto señaló “*que esta modificación importa una posibilidad grave y cierta de restringir la libertad ambulatoria de las personas*”. El diputado Ceroni “*planteó que, a su juicio, esta norma no coarta la libertad ambulatoria porque representa solamente un control de carácter momentáneo y no una restricción de cierta envergadura desde el punto de vista temporal*” y el senador Harboe “*estimó que hay equilibrio entre la facultad que esta norma incorpora y la libertad ambulatoria de las personas, pues tal como se ha resuelto en jurisdicciones comparadas, la afectación a ese derecho fundamental tiene lugar cuando se saca al transeúnte controlado de su espacio de circulación, lo que aquí justamente se evita, al establecerse la regla de la identificación in situ*”¹⁰⁰.

Parece evidente que algunos parlamentarios confunden la baja intensidad de la restricción de libertad que representa el control preventivo de identidad con la restricción misma. Afirmar que, por ser un control momentáneo o que por no sacarse al transeúnte controlado de su espacio de circulación no existe restricción de libertad, no es sostenible.

Por lo demás, la restricción de libertad se verifica precisamente porque no se permite que el transeúnte controlado continúe circulando, hasta por una hora, en contra de su voluntad, por el mero requerimiento de un policía. Pero el punto, en esta parte, es que el tema se discutió durante la tramitación legislativa y, por ende, sostener que la norma que incorpora el artículo 12 consagra una restricción a la libertad ambulatoria de las personas no puede considerarse una novedad para nadie.

ii) El artículo 12 de la Ley N° 20.931 debe ajustarse al texto del artículo 19, número 7 letra b) de la Constitución

Si el artículo 12 establece una nueva forma de restricción de la libertad personal, la pregunta es si esta nueva legislación debe o no ajustarse a la norma del artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución. En tal sentido, no sólo la supremacía de la norma constitucional por sobre la legal responde esta pregunta, sino que, además, un elemento de interpretación histórico confirma que la norma cons-

⁹⁹ Intervención del senador Felipe Harboe en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe; pág. 206.

¹⁰⁰ Intervenciones de los diputados Leonardo Soto y Guillermo Ceroni, y del senador Felipe Harboe en Comisión Mixta; Informe Comisión Mixta, pág. 37.

titucional adoptada buscaba que cualquier forma de privación o restricción de libertad que se adoptara en el futuro debía ajustarse a esta disposición.

En efecto, durante la discusión del texto de la Constitución de 1980, la comisión redactora, conocida como Comisión Ortúzar, en su sesión N° 112 del martes 8 de abril de 1975, discutió el texto del actual artículo 19 N° 7 letra b) de la Constitución¹⁰¹.

El debate se generó debido a que la redacción original de la norma se refería a que nadie puede ser detenido, arrestado o preso sino en los casos y forma determinados por la Constitución y las leyes. A partir de ello, los comisionados debatieron acerca de la inclusión de otras categorías en el artículo, debido a la existencia de otras instituciones que generan efectos de privación o restricción de libertad. Así se debatió la posibilidad de incluir al “procesado”, “relegado”, “confinado”, “desterrado”, entre otras categorías.

Frente a este estado de la discusión, el comisionado Sr. Guzmán señaló que *“le parece que de lo que ha escuchado en el curso del debate se desprende que este precepto procura impedir que una persona sea privada o restringida en su libertad, y sólo lo será en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes. El señor Schweitzer anotaba, con razón, que los términos que se emplean y los casos que se describen no son los únicos en que una persona pudiera verse afectada en su libertad personal, porque hay otro tipo de pena que también podría ser comprensible de esta situación que se quiere reglamentar. Entonces, piensa que tal vez fuese mejor remitirse a una expresión genérica, que ‘nadie puede ser privado ni restringido en el ejercicio de su libertad personal, sino en los casos y formas determinados por la Constitución y las leyes’.*

“Cree que con ello se comprenden plenamente, desde luego, todas las expresiones que se contienen en la indicación, salvo la de ‘procesado’ . La expresión que propone le parece más exactamente comprensiva de lo que se quiere preceptuar; ya que deja cubierta cualquier posible pena, disposición o medida que la ley pueda adoptar como expresión específica de privación o restricción de libertad” () “Expresa que para complementar lo que señalaba, quiere decir que si en esa expresión quedara indiscutiblemente claro que se está también comprendiendo las medidas de relegación, de confinamiento, de extrañamiento o de destierro, en fin, las medidas que, de alguna manera, no condujeran a la persona a la cárcel, pero sí la limiten en su libertad personal -le parece inne-

¹⁰¹ Sesión N° 112 de la Comisión Ortúzar, 8 de abril de 1975; en Actas Oficiales de la Comisión Constituyente; link en pág. web https://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980; pág. 871 y sgts.

gable que hablar de privación o restricción comprende todas esas figuras- y se dejara expresa constancia en actas, como opinión unánime de la Comisión para la historia fidedigna de la ley, cree que se evitaría cualquier posible interpretación distinta de la que se le quiere dar en este instante”.

En la misma sesión, el comisionado Sr. Diez señaló que *“desde un punto de vista lógico . para interpretar cualquiera otra forma de restricción o pérdida de libertad, se van a referir a las que ya se han nombrado. Entonces, el sentido va a ser menos general que si no se hace ninguna enumeración. Por eso prefiere la redacción lisa y llana sugerida por el señor Guzmán, precisando que es el pensamiento unánime de la Comisión, de que ése es su sentido y alcance, que comprende las actualmente en vigencia y cualquiera otra forma que signifique privación o restricción de la libertad personal o de las actividades de las personas”.*

El comisionado Sr. Ovalle dejó constancia, por último, de que *“el propósito preciso perseguido al aprobar esta disposición -si es que así se acuerda- es robustecer la garantía en cuanto ella sea comprensiva no sólo de las instituciones conocidas o por las denominaciones que se conocen, sino de cualquiera otra que pudiera establecerse e implicar restricción o privación de libertad”.*

El presidente de la comisión, Sr. Ortúzar, expresó que *“cada vez está más convencido de la necesidad de hacer una referencia genérica a la privación o restricción de la libertad, porque pueden haber formas distintas de las que se han señalado en el número 6° que el día de mañana pudieran emplearse, por ejemplo, la reclusión en un sanatorio, en un hospital, etcétera, que sería una forma de privación de libertad que no estaría comprendida dentro de este precepto”.*

Entonces, no parece haber duda de que la norma adoptada por el artículo 12, por tratarse de una forma de restricción de la libertad personal, debe ajustarse a las exigencias previstas en el artículo 19 N° 7 letra b).

iii) El artículo 12 de la Ley N° 20.931 debe cumplir la exigencia constitucional de que la libertad personal sólo puede ser restringida en forma determinada

Por ende, si la libertad personal sólo puede ser restringida en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes, cabe preguntarse si el artículo 12 cumple con las exigencias de *“caso y forma determinados”.*

En cuanto a la *forma*, parece que el artículo 12 cumple a cabalidad con el mandato constitucional. Tal como se señaló precedentemente, la forma en que debe practicarse el control preventivo de identidad prácticamente agota el texto del artículo 12. La norma define el lugar en que puede practicarse: a) vías públicas;

b) otros lugares públicos, y c) lugares privados de acceso al público, y agrega que debe practicarse *in situ*; define la duración máxima del procedimiento, de una hora, y las consecuencias del agotamiento del tiempo estipulado; define los medios para acreditar identidad, ciertos documentos identificatorios y cualquier dispositivo tecnológico idóneo; define las facultades de la policía durante su realización, básicamente identificación y verificación de órdenes de detención vigentes; establece la prohibición de arbitrariedad y discriminación en su ejecución, y define las posibilidades y facilidades de reclamo por los afectados, entre otros aspectos formales.

En consecuencia, puede afirmarse que el mentado artículo 12 cumple la exigencia constitucional de la letra b) del N° 7 del artículo 19, en cuanto a definir la forma en que se restringe la libertad personal. Parece ser este un ámbito pacífico del análisis.

iv) El artículo 12 de la Ley N° 20.931 debe cumplir la exigencia constitucional de que la libertad personal sólo puede ser restringida en casos determinados

No parece que el citado artículo 12 cumpla con la exigencia constitucional de que esta restricción de libertad personal debe definir los casos en que ella procede.

La Constitución utiliza la expresión “*sino en los casos y en la forma*”. Esta expresión es asimilable a la expresión “*en caso de*” o “*en el caso*”, similares a la utilizada por la Constitución, pero expresada en singular y no en plural. Según la Real Academia Española de la Lengua (RAE), la expresión “*en caso de*” significa “*si se presenta el hecho o la posibilidad de*”¹⁰².

Es decir, la expresión gramatical de “*sino en los casos determinados por la Constitución y la leyes*”, debe entenderse como “*sólo si se presenta el hecho o la posibilidad determinados por la Constitución y las leyes*”. Es decir, toda ley que establezca una privación o restricción de la libertad personal debe definir el o los supuestos que habilitan para privar o restringir la libertad de una persona. En definitiva, los “*casos*” son las hipótesis en las cuales es aplicable el nuevo control preventivo de identidad.

Lo anterior adquiere mayor sentido si razonamos lo que pasaría si la Constitución no exigiera a la ley definir cuáles son los “*casos*”, los supuestos o las hipótesis que autorizan la privación o restricción de libertad.

¹⁰² Búsqueda de la palabra ‘caso’ en <http://www.rae.es/>; genera página <http://dle.rae.es/?id=7pG16he>; consultada por última vez el 7 de junio de 2016.

Si el legislador no estuviera compelido a definir tales casos, supuestos o hipótesis, estaríamos en presencia de una “ley procesal en blanco”, es decir de una ley que autoriza la privación o restricción de libertad a criterio de la autoridad policial, administrativa o de otra índole a quien compete ejecutar dicha ley. Y, por esta vía, nos encontraríamos con una ley que, al dejar a la libre elección de la autoridad llamada a aplicarla el definir a quiénes y en qué casos se aplica, se abriría a la discriminación arbitraria.

Obviamente una ley que no contenga los casos, supuestos o hipótesis que habilitan la privación o restricción de libertad permite a los funcionarios a quienes corresponde aplicarla seleccionar esos casos, supuestos o hipótesis, con lo cual abre, inevitablemente, el camino de la aplicación arbitraria de la norma legal. De ahí la importancia que la propia Constitución ha reconocido de que, cuando una ley establezca una privación o restricción de libertad, debe definir, en su texto, los casos, supuestos o hipótesis a las que tal privación o restricción de libertad se aplica.

Por otra parte, durante la tramitación legislativa quedó en evidencia que los debates principales que generó el nuevo control preventivo de identidad se referían a:

- Que el control preventivo de identidad se emparenta con las facultades preventivas de la policía;
- Que, si bien el control investigativo de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal requiere de un fundamento, el nuevo control preventivo de identidad, en cambio, no lo requiere.

Llama poderosamente la atención que estos temas ya fueron parte central del debate que se verificó con ocasión de la tramitación de la Ley N° 20.253 de fecha 14 de marzo de 2008, que modificó el control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal, ocasión en que ya se discutió la manera de plasmar sus hipótesis de aplicación y diferencias con la detención por sospecha.

En esa discusión legislativa, el diputado Díaz señaló que *“en el ámbito procesal, la cuestión empeora por la vía del control de identidad. Todas las referencias del proyecto se refieren a la peligrosidad. En el primer punto, el problema radica en la escalofriante similitud de la propuesta actual con la que establecían los números 3° y 4° del artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, consagradorios de la llamada detención por sospecha*

“Cabe recordar que al establecerse la detención por sospecha no se hace referencia alguna a ningún delito preciso y determinado. Es decir, el funcionario

policial que detiene a una persona por sospecha no tiene por qué señalar en el parte un posible delito que esa persona pudiera estar con ánimo de cometer.

“Se trata más bien de una suerte de estado de peligrosidad que recuerda la ley de estados antisociales dictada durante el gobierno del general Ibáñez, posteriormente derogada, que permitía a la autoridad deportar, desterrar, trasladar dentro del territorio nacional o detener a las personas por un solo estado genérico de peligrosidad. Por eso, la norma propuesta se aparta tan drásticamente del Estado de derecho y de las convenciones internacionales sobre derechos humanos”¹⁰³.

En el mismo sentido, *“el profesor señor Tavolari concordó con el profesor Bofill. Recordó que la introducción del artículo 85 en la discusión original del Código Procesal Penal respondió a la necesidad de establecer un criterio objetivo que limitara la arbitrariedad de la policía en una actuación en la que no tiene control previo de nadie. Agregó que las hipótesis del encapuchado y el embozado que plantea la modificación se parecen a la tristemente célebre detención por sospecha, que autorizaba a detener a quién transitara a deshora, se negara a identificarse o portara disfraces”¹⁰⁴.*

Y frente a esta línea argumentativa que procuraba delimitar lo más posible las hipótesis de un control de identidad, ya se esbozaba una postura destinada a ampliar las facultades policiales. Así, *“el Honorable Senador señor Espina expuso que en muchos países de condición democrática fuera de toda duda se permite incluso un control de identidad preventivo, sin necesidad de indicio alguno, pues en esas latitudes se entiende y acepta que la policía, en ejercicio de su función preventiva, puede pedir a cualquier persona que acredite su identidad”¹⁰⁵.*

Concordante con lo anterior, *“la diputada Nogueira explicó que lo que se persigue es un control de identidad eficiente, porque al mantenerse las restricciones del artículo 85 pierde todo el sentido el hecho que las policías puedan requerir la identidad, destacó, por cualquier medio que haga creíble que la persona manifiesta su identidad.*

“El problema se presenta en la necesidad de probar fundamentos para requerir la identificación, como lo exige el artículo 85 y además, hay que tener presente

¹⁰³ Intervención del diputado Marcelo Díaz en Discusión General del proyecto de la ley 20.253 en Sala de la Cámara de Diputados; página 16; 11 de octubre de 2006.

¹⁰⁴ Intervención del profesor Raúl Tavolari Oliveros en Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado; página 31; 08 de agosto 2007.

¹⁰⁵ Intervención del senador Alberto Espina en Segundo Informe Comisión de Constitución del Senado; página 31; 08-agosto 2007.

que a la fecha hay 66.000 órdenes de detención pendientes que no han podido ser pesquiasadas"¹⁰⁶.

Recordemos que, finalmente, la modificación que introdujo la Ley N° 20.253 al artículo 85, si bien amplió su aplicación, no eliminó la exigencia de "caso fundado" e "indicios" de comisión de delito, entre otros.

Pareciera que las posturas que se enfrentaron con ocasión de la Ley N° 20.253 revivieron en la tramitación de la Ley N° 20.931, pero con resultado diverso. En efecto, si se revisa la historia de la Ley N° 20.931 se puede verificar que las posiciones se dividían entre quienes advertían la falta de supuestos que habilitan el control de identidad preventivo, el riesgo de arbitrariedades y su parentesco con la detención por sospecha, versus quienes abogaban por el control de identidad preventivo, sin causa o motivo, basado en que se trata de facultades preventivas y no investigativas y convencidos de que las restricciones formales introducidas sustituían la necesidad de explicitar el "caso" que lo hace procedente o celebrando, derechamente, que sea "abierto, sin requisitos".

Recordemos que el control preventivo de identidad que nos ocupa se generó en una indicación parlamentaria, que posteriormente fue patrocinada por el Ejecutivo, precisamente bajo el fundamento de que apuntaba a facultades preventivas de la policía.

En efecto, *"la señora Blanco, doña Javiera, señaló que el Ejecutivo apoya esta indicación en el contexto que busca diferenciar las funciones de persecución penal propiamente tal, de las funciones preventivas. Tratándose de éstas últimas, tiene sentido que se regulen fuera del Código Procesal Penal, entregando una facultad amplia a las policías para controlar la identidad, pero incorporando elementos de control como la identificación de la placa, la presentación de reclamos, la entrega de información respecto a la cantidad de reclamos y cantidad de controles, etc. Este cúmulo de controles genera el contrapeso suficiente a esta facultad preventiva disuasiva, que por no tratarse de facultades de persecución debe regularse fuera del Código Procesal Penal"*¹⁰⁷.

En el mismo sentido, el diputado Fuenzalida señaló que *"respecto del control de detención, materia no incluida en la agenda corta antidelincuencia, pero que fue introducida en la misma a través de una iniciativa parlamentaria, celebró que el gobierno, finalmente, se allanara a darle la razón a lo que algunos*

¹⁰⁶ En Informe de Comisión de Seguridad Ciudadana Cámara, páginas 71 a 73.

¹⁰⁷ Intervención de la ministra de Justicia, Javiera Blanco, en Informe de la Comisión de Constitución, de la Cámara; página 90.

parlamentarios habíamos planteado, esto es, la necesidad de contar con un control de identidad preventivo, el que hoy no existe

“El artículo 85 del Código Procesal Penal apunta a la lógica de la investigación. Por eso los fiscales pueden exigir, en casos fundados, el control de identidad. Lo que estamos introduciendo ahora no tiene nada que ver con el ámbito de la investigación. Se trata de una materia que a los fiscales no les importa. Me refiero al control preventivo abierto, sin requisitos, característica esencial de tal procedimiento. Así lo entendió el gobierno y por eso apoyó la iniciativa”¹⁰⁸.

Llama la atención la línea argumental esgrimida cuando el análisis se hace desde una óptica constitucional. No es sostenible que, por tratarse de funciones preventivas de las policías, este control preventivo no necesita exigir casos supuestos o hipótesis para su aplicación (“abierto, sin requisitos”). El artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Constitución no excluye la función preventiva de la policía de su ámbito de aplicación y, como se señaló previamente, no parece haber discusión alguna de que el control de identidad preventivo constituye, en sí, una restricción a la libertad personal.

Además, siempre desde el punto de vista constitucional, parece peligroso fundar una restricción a la libertad personal en meras alusiones a las funciones preventivas de la policía. El texto aprobado alude expresamente a *las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública* de las policías, conceptos cuya delimitación es difusa y que no tienen, efectivamente, un contenido predeterminado.

Si la Constitución asegura a todas las personas su derecho a la libertad personal y aplica exigencias a cualquier ley que la restrinja, no parece que la mera alusión a razones de resguardo y seguridad pública la satisfagan. En alguna medida, la línea argumental recuerda que la seguridad nacional fue el fundamento de detenciones, ejecuciones y desapariciones masivas para diversas dictaduras en América Latina en años recientes. Siempre desde una mirada constitucional, es malo el fundamento al que se recurre, carente de contenido y delimitación precisa.

Por otra parte, durante todo el período de tramitación legislativa hubo numerosas advertencias acerca de la falta de caso, supuesto o hipótesis del nuevo control preventivo de identidad. Sólo a modo de ejemplo, cabe citar el informe de la Corte Suprema durante la tramitación de la Ley N° 20.931, que indica “9°) *Que el cuadro regulativo del control de identidad que propone el proyecto no quedaría completo, sin embargo, sin la referencia a lo reseñado en el artículo*

¹⁰⁸ Intervención del diputado Gonzalo Fuenzalida en Discusión en Sala; pág. 36.

12 de esta propuesta, que es una disposición autónoma, que no modifica ningún cuerpo normativo, que en los hechos, establece una autorización general a las policías para controlar la identidad de las personas sin ulterior expresión de causa, en un procedimiento máximo de 4 horas.

“Las únicas diferencias de esta facultad, respecto de la propuesta en el artículo 85 del Código Procesal Penal, es que como correlato a no requerir como sustento ningún antecedente de ninguna clase (bastando la mera voluntad policial), no admite el registro de vestimentas, y establece medidas de publicidad y reclamo en torno a su funcionamiento”¹⁰⁹.

En el mismo sentido, la diputada Pascal agregó que *“desde 1906 a 1998 nos regimos por una ley que establecía la detención por sospecha. A diferencia de esa ley, el proyecto en discusión dispone mayor precaución, pero a la vez propone facultar a Carabineros para que, sin motivo alguno, solicite a una persona su identificación. Claramente, estamos peor que en 1998. ¿Cómo es posible que en un Estado democrático debamos discutir y, peor aún, justificar la procedencia de esa normativa?*

“Como dijo el relator especial de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, las detenciones administrativas, que a su juicio son reclusiones, presentan graves riesgos de privación arbitraria de libertad. Con esa disposición definitivamente se discriminará. ¿Por qué no reconocemos, como dijo el diputado Claudio Arriagada, que en las poblaciones constantemente habrá control y que en los barrios altos no lo habrá?”¹¹⁰.

El diputado Soto, en tanto, indicó que *“entrega a la policía la facultad de controlar la identidad, registrar y detener personas para llevarlas a un cuartel policial y mantenerlas detenidas hasta por cuatro horas, sin que hayan hecho nada más que no portar su documento de identidad. Como esta herramienta de control de identidad es tan amplia y no exige que se fundamente ningún motivo ni sospecha de nada, los expertos que participaron en las comisiones en que se tramitó el proyecto señalaron que será ejercida discriminatoriamente y con abuso.*

“De forma inevitable, la policía la ejercerá sobre la base de prejuicios o estereotipos, siendo el blanco más recurrente los más desventajados o desprotegidos de la sociedad. ¿O acaso alguien cree que se hará controles de identidad o

¹⁰⁹ Prevención de los ministros Juica, Künsemüller, Brito, Cerda y el suplente señor Miranda; en Oficio 102-2015, de fecha 14 de septiembre de 2015, de la Excelentísima Corte Suprema, dirigido al Senado.

¹¹⁰ Intervención de la diputada Denise Pascal Allende en Discusión única en Cámara de Diputados, Tercer Trámite Constitucional; página 71.

redadas policiales a los residentes de La Dehesa, a la salida de los clubes de golf o a los ejecutivos del ‘Sanhattan’?

“Como todos sabemos, los destinatarios de este invento policial serán personas del mundo popular, de nuestro mundo, de nuestros sectores, jóvenes de la periferia, minorías sociales, migrantes y menores de 18 años de edad. Así, estaremos creando un control de identidad no por sospecha, como era antes, sino por pobreza”¹¹¹.

Desde otro punto de vista, se puede afirmar que todas las disposiciones que se han adoptado en Chile durante los últimos 110 años en materia de concesión de facultades o herramientas preventivas a la policía han determinado los casos o las hipótesis en que son aplicables.

Durante la discusión de la ley en la sala de la Cámara de Diputados, en tercer trámite constitucional, el entonces ministro del Interior, Jorge Burgos, hizo *“algunas consideraciones históricas que pueden aportar a su comprensión y discusión en esta instancia legislativa. Entre 1906 y 1998 -casi un siglo- estuvo vigente lo que se conoce como detención por sospecha.*

“El derogado artículo 260 del Código de Procedimiento Penal -cuerpo legal que todavía se utiliza en algunas causas- facultaba a las policías, además de en los casos de delitos flagrantes, para detener a personas cuando disimulaban su identidad o rehusaban darla a conocer, o en los casos en que la persona se encontraba a deshoras o en circunstancias que prestaban motivo fundado para “atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieran las sospechas”.

“Repito: por 92 años estuvo vigente la llamada detención por sospecha. El artículo pertinente fue derogado por ley a través de una moción presentada en 1993. Durante su tramitación, y como contrapartida a su derogación, se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico el control de identidad -no el preventivo-, tal como lo conocemos hoy en el artículo 260 bis del Código de Procedimiento Penal, norma que señalaba lo siguiente:

“La policía podrá solicitar la identificación de cualquier persona, en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella ha cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o de que se dispone a cometerlo, o de que se puede suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen o simple delito. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se

¹¹¹ Intervención del diputado Soto en Discusión única en Cámara de Diputados, Tercer Trámite Constitucional; página 84.

encuentre, debiendo dársele todas las facilidades posibles para acreditarla, lo que podrá hacer por cualquier medio”.

“Posteriormente, en el año 2000, el texto original del nuevo Código Procesal Penal, en su artículo 85, recogió un texto prácticamente idéntico al que cité. Dos años después -esta parte la conozco, porque trabajé respecto de ella en mi calidad de diputado-, la Ley N° 19.789 amplió de cuatro horas a seis horas la duración del procedimiento de identificación del controlado.

“Además, se incorporó la facultad de las policías de registrar vestimentas, equipaje y el vehículo del controlado. Por último, en 2008, es decir, hace pocos años, también se tramitó una denominada “agenda corta antidelincuencia”, que estableció varias modificaciones al actual artículo 85 del Código Procesal Penal, e incorporó nuevas hipótesis para la procedencia del control de identidad, tales como considerar el caso de ‘la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular la identidad’; establecer la facultad para las policías de cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes; ampliar nuevamente el plazo del control, de seis horas a ocho horas, y establecer expresamente la relación entre el control de identidad y la eventual detención del controlado. Todas las modificaciones descritas dieron lugar a un debate en el mundo académico y en el propio seno de esta Corporación.

“Por lo tanto, la presente es una discusión que se ha dado en la reciente historia legislativa chilena y los resultados demuestran que hemos arribado a instituciones procesales más fortalecidas. A lo anterior debo agregar que en la actualidad se encuentra plenamente vigente el artículo 85 del Código Procesal Penal, que es una herramienta de persecución penal para aquellos casos en que las policías tienen indicios de que alguien ha cometido o intentado cometer un crimen, un simple delito o una falta.

“Asimismo, está vigente y es aplicable el control establecido en la Ley N° 19.327, modificada recientemente por la Ley N° 20.844, que establece derechos y deberes para los asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, cuyo artículo 21 permite a las policías controlar la identidad de dichos asistentes. Según lo expuesto, podemos aseverar que nuestro país tuvo una normativa sobre detención por sospecha durante 92 años y que actualmente se encuentran vigentes dos tipos de control de identidad sin mayores cuestionamientos¹¹²”.

¹¹² Intervención del ministro del Interior, Jorge Burgos, en la Cámara de Diputados. Sesión 14 de martes 19 de abril de 2016; Publicación Oficial; en <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=11745%20&prmTIPO=TEXTOSesion>; visitado por última vez el 8 de junio de 2016; pág. 42.

Tiene razón el ex ministro Burgos al hacer esta referencia histórica a los textos que han otorgado distintas herramientas preventivas a las policías. Pero un examen de las mismas normas citadas precedentemente indica que todas ellas han contemplado los “casos”, esto es los supuestos, las hipótesis en que se aplican, con redacciones más o menos amplias. Incluso la norma del artículo 21 de la Ley N° 19.327 define su “caso” con referencia a los espectáculos de fútbol profesional, a los delitos, faltas e infracciones cometidas por cualquier persona con ocasión de un espectáculo de fútbol, a todos los hechos y circunstancias conexas a dicho espectáculo.

Y es lo que no ocurre con el artículo 12 de la nueva ley. En efecto, del texto del artículo 12, lo más cercano a la definición de “caso” parece ser la referencia a “cualquier persona mayor de 18 años”. No parece que la mera exclusión de personas menores de 18 años del universo de personas que pueden ser objeto de un control preventivo de identidad pueda cumplir con la exigencia de definir los supuestos en que se puede aplicar.

La referencia a las *funciones de resguardo del orden y la seguridad pública* no define el caso, aunque insinúa el fundamento ideológico de esta nueva institución; la determinación de los lugares donde puede encontrarse la persona que va a ser objeto del control de identidad preventivo, en nuestra opinión, responde más bien al modo o forma en que puede tener lugar (dónde) y no al supuesto en que es procedente (caso). Y lo mismo puede señalarse de las demás disposiciones contenidas en el artículo 12.

v) Conclusión

Bajo este análisis, la conclusión que se propone es que el artículo 12 de la nueva ley, que establece el control preventivo de identidad, no cumple la exigencia de definir los casos a que se aplica esta nueva forma de restricción de la libertad personal y, por ende, es inconstitucional a la luz de lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Constitución Política.

2. El fallo del Tribunal Constitucional

Al momento de revisar la constitucionalidad de la Ley N° 20.931, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 12, que incorpora el control preventivo de identidad, no era norma orgánica constitucional y, por ende, no era materia de control preventivo de constitucionalidad. Ello habilita a intentar un recurso de inaplicabilidad ante el propio Tribunal Constitucional en el futuro.

Esta decisión fue adoptada por 5 votos contra 5, dirimiendo el empate a favor de que no era materia de control preventivo de identidad el presidente del tribunal. Los ministros Aróstica, Brahm, Letelier, Pozo y Vásquez estuvieron por declarar propio de ley orgánica constitucional el citado artículo 12.

Además, cuatro de estos ministros -Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez- estuvieron por declarar inconstitucional parcialmente el texto del artículo 12, sólo respecto de la frase "en ningún caso podrá extenderse más allá de una hora".

Al efecto, sostuvieron que *"el tiempo determinado de una hora, durante el cual se puede extender el procedimiento de verificación de identidad de una persona, resulta difuso y se presta para abusos, al punto que su aplicación puede dar como resultado -en la práctica- un evidente exceso, incluso gravemente lesivo para la libertad personal en los términos que asegura el artículo 19, N° 7, letra b), de la Carta Fundamental.*

"Como, asimismo, el lapso de una hora puede, en los hechos y según otros casos, resultar absolutamente insuficiente para el cumplimiento eficaz y efectivo de las labores policiales, lo que atentaría, esta vez, contra el deber del legislador de allanar el ejercicio legítimo de aquellos cometidos esenciales del Estado, aquí descritos en el artículo 101, inciso segundo, de la Constitución Política.

"Eliminando el tiempo máximo de una hora, referido en el texto legal, se reduce el control de identidad al tiempo 'estrictamente necesario' para efectuarlo, expresión que responde a un concepto jurídico que, a pesar de su eventual imprecisión, responde a una esfera de la realidad, cuyos límites quedan entregados a la ponderación y posterior control de cada caso en particular.

"De igual manera como esta concepción realista encuentra arraigo en el mismo artículo 44° constitucional, cuando expresa que la ley orgánica constitucional reguladora de los estados de excepción contemplará 'lo estrictamente necesario' para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional. Lo que permite concebir dicho concepto como aquello ajustado enteramente a la necesidad o a la ley, y a lo que debe hacerse inevitablemente conforme al fin que se persigue.

"Un procedimiento de identificación de esta índole tiene, entonces, que durar 'lo estrictamente necesario', entendiéndose por ello que ha de llevarse a efecto con toda expedición y en un espacio de tiempo suficiente, conforme al principio de celeridad recogido en la Ley N° 18.575, orgánica constitucional sobre bases generales de la Administración del Estado (artículo 8°, inciso segundo) y en la Ley N° 19.880 sobre procedimientos administrativos (artículo 7°).

“De modo que así se armonizan el pleno respeto de los derechos de las personas con la consecución del bien común general, según requiere el artículo 1º inciso cuarto, de la Carta Fundamental. Conciliación, ésta, contra la que conspira la determinación de un período específico, como el que establece a priori el texto revisado, circunstancia que lo torna inconstitucional, según se ha explicado”.

Aunque es interesante la referencia a que la duración máxima de una hora del control de identidad preventivo *“resulta difuso y se presta para abusos, al punto que su aplicación puede dar como resultado -en la práctica- un evidente exceso, incluso gravemente lesivo para la libertad personal en los términos que asegura el artículo 19, N° 7, letra b), de la Carta Fundamental”*, la referencia no se hace cargo del razonamiento expuesto en el presente documento, relativo al incumplimiento de la exigencia constitucional de que la norma en comento contemple los casos en que se puede restringir la libertad personal.

Finalmente, en cuanto al fallo del Tribunal Constitucional, el Ministro Pozo estuvo por declarar inconstitucional todo el artículo 12, basado en los siguientes fundamentos:

“1º. El artículo 12 del proyecto contiene una norma de carácter orgánico constitucional, según el artículo 105 de la Constitución, al entregar a los funcionarios de Carabineros y de la Policía de Investigaciones la facultad de ‘verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación’.

“El precepto es inconstitucional, pues esta nueva facultad policial lesiona el derecho a la libertad ambulatoria.

“2º. Según el artículo 19, N° 7, letra b) de la Constitución, ‘[n]adie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes’. De este modo, la afectación de la libertad personal sólo puede tener lugar en las hipótesis expresamente determinadas por el legislador, impidiendo que sea el aplicador de la misma quien configure los supuestos de procedencia y las modalidades de las privaciones o restricciones de tal derecho.

“3º. Que el derecho a la presunción de inocencia significa la ruptura definitiva con el procedimiento inquisitorio y el abandono del sistema de prueba tasada, fenómenos éstos que se iniciaron en virtud del proceso de reforma que culminó con el Código Procesal Penal vigente a contar del 12 de octubre de 2000 (Ley N° 19.696). El derecho a la presunción de inocencia constituye un derecho fundamental y básico, que a la vez es una norma procesal de imperativa observan-

cia en todo procedimiento del que puedan derivarse resultados sancionatorios o limitativos de derechos para los ciudadanos.

“4°. La constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia ha hecho que este derecho haya trascendido al ámbito penal, pues al ser un derecho constitucional, fundamental y básico, es indudable que incide en todo tipo de procedimiento.

“5°. Desde la constitucionalización del derecho a la presunción de inocencia, el acusado de un ilícito puede probar su inocencia, pero en ningún caso tiene la obligación jurídica de demostrarla, por lo cual es obvio que nunca podrá sufrir las consecuencias de aquello que no sea probado por aquel que le acusó.

“6°. El control que plantea la norma introduce un nuevo mecanismo, distinto del regulado en artículo 85 del Código Procesal Penal, que no requiere que la persona ponga o pueda potencialmente poner en peligro la seguridad ciudadana para poder ejercer la atribución, quedando entregado a la discrecionalidad de los agentes de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, razón por lo cual excede los límites constitucionales y conceptos ampliamente protegidos por nuestro orden constitucional y tratados internacionales suscritos por Chile, tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad, entregando facultades desproporcionadas y arbitrarias a la policía.

“7°. La jurisprudencia constitucional ha enfatizado la finalidad humanista de la Constitución y el deber de todos los órganos del Estado, incluida esta Magistratura, de promover y respetar los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que a su vez se imponen como límite de la soberanía, sosteniendo que “[e]l contenido del artículo 19 de la Carta Fundamental, conjuntamente con sus artículos 1°, 4° y 5°, inciso segundo, configuran principios y valores básicos de fuerza obligatoria que impregnan toda la Constitución de una finalidad humanista que se irradia en la primacía que asignan sus disposiciones a la persona humana, su dignidad y libertad natural; y al respeto, promoción y protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, que se imponen como limitación del ejercicio de la soberanía y como deber de los órganos del Estado” (STC 2747 cc. 11 y 12) (En el mismo sentido, STC 2801 cc. 11 y 12).

“8°. Que como ha dicho el Tribunal Supremo español: ‘Presupuesto básico e indispensable para la prosperabilidad de la pretensión es la existencia de una detención (SSTC 26/1995, 62/1995 y 21/1996). Como tal debe considerarse cualquier forma de privación de la libertad deambulatoria del ciudadano, sea cual fuere la denominación que a estos efectos quiera utilizarse (“retención”,

intervención personal, sanción disciplinaria, etc.). En esta línea, las SSTC 98/1986 y 61/1995 han declarado que ‘debe considerarse como detención cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad’ (Hábeas corpus frente a detenciones ilegales, introducción y selección de Luis Alfredo de Diego Díez, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 12 y 13).

“9º. La soberanía es un principio ya antiguo, que adquiere aquí un nuevo sentido: el origen de todo poder está en el pueblo, y nada es superior a la voluntad general. El segundo es el de la libertad del individuo respecto de todo poder estatal, legítimo o ilegítimo, en los límites de un ámbito que le es propio. Para garantizar esta libertad se vela por el pluralismo y por el equilibrio de los diferentes poderes.

“10º. Que la norma en cuestión del proyecto adquiere una impronta de inconstitucionalidad, desde el momento mismo que priva la libertad deambulatoria del ciudadano, exigiendo un control de identidad y autorizando restringir o privar de libertad a cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, lo cual per se afecta la garantía del artículo 19, Nº7, letra b de la Carta Fundamental”.

Sin ánimo de efectuar un análisis en profundidad del voto disidente, su texto parece apuntar en la dirección que proponemos, particularmente en los considerandos segundo (“*la afectación de la libertad personal, sólo puede tener lugar en las hipótesis expresamente determinadas por el legislador, impidiendo que sea el aplicador de la misma quien configure los supuestos de procedencia*”) y sexto (“*el control que plantea la norma introduce un nuevo mecanismo... que no requiere que la persona ponga o pueda potencialmente poner en peligro la seguridad ciudadana para poder ejercer la atribución, quedando entregado a la discrecionalidad de los agentes de Carabineros y de la Policía de Investigaciones, razón por lo cual excede los límites constitucionales y conceptos ampliamente protegidos por nuestro orden constitucional*”).

Sin embargo, no profundiza en el análisis de si el artículo 12 de la Ley N° 20.931 cumple la exigencia que la Constitución impone a toda ley que restringe la libertad personal, en orden a definir los “casos” en que se aplica.

En resumen, a la luz de lo resuelto por el Tribunal Constitucional y de sus fundamentos, estimamos que está abierta la vía de recurrir al Tribunal Constitucional vía inaplicabilidad para que se declare inconstitucional en un caso concreto el control preventivo de identidad del artículo 12. Además, el razonamiento que hemos ofrecido en el acápite II de este documento no ha sido sometido a la consideración formal del Tribunal Constitucional.



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl