

Minuta informativa sobre la ley n°20.253 que modifica el código penal y el código procesal penal en materias de seguridad ciudadana (agenda corta)".

Minuta N° 1/ 2008/ Marzo. Departamento De Estudios/ Unidad De Defensa Penal Juvenil Defensoría Nacional

INTRODUCCIÓN

La presente minuta tiene por objeto sistematizar y comentar las modificaciones que ha introducido la Ley N°20.253 al Código Penal, Procesal Penal y Ley N°19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público (Agenda Corta).

La referida ley incorpora una serie de modificaciones a instituciones esenciales del proceso penal, con el objetivo de introducir mejoras en materias de Seguridad Ciudadana y ampliar las facultades preventivas de la policía. Lo anterior, significa cambios sustantivos y procesales, además de un impacto relevante en la carga de trabajo de los operadores del sistema judicial, en particular de los defensores penales, pues se incorporan 95 nuevos cupos profesionales en la planta del personal del Ministerio Público, además de una serie de atribuciones nuevas que tendrán los Abogados Asistentes de Fiscal.

A lo largo de la minuta se describen las principales modificaciones y, en algunos casos, se proponen soluciones interpretativas que pueden orientar la labor de defensa. Sin embargo, no se contiene un análisis dogmático riguroso de cada una de las instituciones modificadas por esta ley, pues la idea es que este documento constituya una guía operativa provisional que será complementada con el desarrollo específico de los temas de mayor relevancia, con posterioridad.

Por último, cabe destacar que con fecha 29 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional (TC) declaró constitucional el proyecto y se pronunció respecto de las nuevas atribuciones de los abogados asistentes de fiscal, de la apelación a la declaración de ilegalidad de la detención y de los efectos suspensivos de la apelación de la resolución que niega o revoca la prisión preventiva.

I. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL

1. LEGÍTIMA DEFENSA

Se extiende la operatividad de la presunción legal (recurrentemente denominada legítima defensa privilegiada) contenida en el art. 10 N° 6 CP a los delitos de violación impropia (art. 362 CP) e introducción de objetos (art. 365 bis CP). Conviene hacer presente que esta modificación en nada afecta al alcance de la presunción legal referida; la que -valga recordar- sólo podría estar referida (como máximo) a las circunstancias segunda (necesidad racional) y tercera (falta de provocación suficiente) del art. 10 N° 4 CP; y en caso alguno a la circunstancia primera (agresión ilegítima) del mismo artículo, que como hecho conocido constitutivo de la presunción es el que permite la operatividad de esta última .

2. REINCIDENCIA

Las modificaciones en esta materia pretenden hacer aplicable las agravantes de reincidencia (tanto genérica como específica) a quien de acuerdo al entender doctrinal y jurisprudencial de la antigua normativa no era considerado sujeto idóneo de ésta. En este sentido el término "castigado" -utilizado en los arts 12 N° 15 y 92 CP (en su redacción

previa a la modificación que ahora se analiza)- estaba referido a aquel que había cumplido material y efectivamente la condena, excluyéndose por lo tanto a quien había sido beneficiado con indulto, remisión condicional de la pena o con libertad vigilada.

2.1. En la circunstancia agravante N° 15 del art. 12 CP se cambia la locución castigado por condenado.

2.2. En el art. 12 CP se reemplaza la circunstancia agravante N° 16 por la siguiente: "Haber sido condenado el culpable anteriormente por delito de la misma especie". Obsérvese que -para evitar la diversidad de interpretaciones posibles en torno al concepto de reincidente-el legislador ha decidido eliminar dicho concepto dentro de la estructura de la circunstancia y optado por construir el motivo de la agravación sobre la base de que el culpable hubiere sido condenado anteriormente.

Asimismo debe recordarse que son delitos de la misma especie -para los efectos de determinación de la pena en supuestos de reiteración delictiva (art. 351, inc. final CPP)- aquellos que afectaren un mismo bien jurídico. Por lo tanto cabría analizar y discutir la posibilidad de extender la aplicabilidad de la regla contenida en el art. 351 CPP también a la circunstancia N° 16 del art. 12 CP.

2.3. Regla del art. 92 CP: Se altera su redacción a fin de darle coherencia y sistematicidad a la modificación habida respecto a las circunstancias agravantes establecidas en el art. 12 N° 15 y 16.

2.4. Posibilidades hermenéuticas.

Una interpretación plausible para establecer límites en la operatividad de las nuevas agravantes podría surgir a partir de la necesidad de requerir que la condena anterior se ha de encontrar firme y notificada al condenado con antelación al nuevo delinquirimiento. Esta interpretación puede deducirse de los arts. 30 y 32 CPP (en relación al art. 38 CPC).

Además la eventual procedencia de estas agravantes sólo cabría respecto de condenas previas por crímenes o simples delitos, quedando excluidas de su aplicación las condenas por faltas. Lo anterior debido a que la regla de prescripción del efecto agravatorio de las condenas contenida en el art. 104 CP, al no aludir a las faltas, obliga a concluir en el sentido indicado o de lo contrario habría que aceptar una contradicción sistemática donde las condenas previas por hechos de ínfima gravedad (faltas) tendrían una mayor valoración y ponderación en la fase de determinación de la pena que aquellas por hechos de gravedad superior (crímenes o simples delitos).

Al mismo tiempo cabría reconocer que la cancelación de antecedentes penales conforme al DL 409 y el transcurso de los plazos a que se refiere el art. 104 CP impiden la apreciación de estas circunstancias agravantes.

3. DELITO DE RECEPCIÓN

Modificación del delito de receptación (art. 456 bis A). La principal modificación está referida a acrecentar el catálogo de delitos fuente u originarios de la receptación, más allá de los tradicionales ilícitos de hurto y robo; extendiéndose éstos también a las figuras de apropiación indebida (art. 470 N° 1 CP), abigeato (art. 449 CP) y a la propia receptación (art. 456 bis A CP). Con esta modificación del mencionado catálogo, unida a la inclusión - como comportamiento típico- del verbo rector transformar, se busca ampliar el objeto material de este delito: comprendiéndose -además de la específica cosa objeto del delito

originario o fuente- aquella otra que pudiere haber sufrido transformación a partir de una acción receptadora previa. Además se ha aumentado el marco de la pena pecuniaria desde una multa de 5 a 20 UTM a otra que va de 5 a 100 UTM.

II. MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. SITUACIÓN DE FLAGRANCIA

Se agrega un inciso final al art. 130 CPP que define legalmente lo que ha de entenderse por tiempo inmediato en aquellas situaciones de flagrancia contenidas en las letras d) y e) del art. 130 CPP. Así, para estos efectos, tiempo inmediato será “todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

No está demás señalar que si la flagrancia es el único caso en que excepcionalmente la CPR autoriza -sin orden previa- la detención; su regulación en el nivel legislativo debería ser interpretada de modo claramente restrictivo. De ahí entonces que la modificación en cuestión deba interpretarse teniendo siempre presente que el fundamento racional del supuesto de flagrancia radica en el peligro de fuga que supondría esperar hasta la obtención de la correspondiente orden de detención. Por ello el tramo temporal (entre la comisión del hecho y la captura) de 12 horas no puede ser entendido bajo ninguna circunstancia como una habilitación general desprovista de restricciones para la detención en los casos de las letras d) y e) del art. 130 CPP. En este sentido, una acción de seguimiento que no constituya persecución, que culmina con la captura del sujeto antes de que transcurra el plazo de la flagrancia, no habilita para la detención sin orden judicial puesto que no existe flagrancia en un sentido sustantivo.

Las restricciones tendrán que surgir y aumentar a medida que el tiempo entre el hecho y la captura aumenten, porque es evidente que el transcurso del tiempo va, por un lado, debilitando la urgencia de la detención y, por otro, facilitando ostensiblemente la obtención de una orden judicial.

Por otro lado la medición del tiempo requerirá inexorablemente de la constancia cierta del horario en que tuvo lugar el delito así como aquel en que se verificó la captura del imputado. Además tendrá que, al menos, existir una notitia criminis que de cuenta de la perpetración de un delito, toda vez que ella es el presupuesto básico para la operatividad de la habilitación por flagrancia.

Se hace presente que las posibilidades hermenéuticas recién expuestas intentan buscar aquel sentido de la norma que guarde una mayor coherencia con la CPR y que las mismas no obstan a explorar posibles vicios de constitucionalidad. En esta última dirección es innegable que el nuevo inciso agregado al art. 130 CPP viene a limitar (en un caso constitucionalmente autorizado como lo es el delito flagrante) la garantía constitucional de la libertad ambulatoria, pero al definir lo que es tiempo inmediato a partir de un lapso temporal tan extenso y desprovisto de inmediatez objetiva pareciera que se podría llegar a afectar el ejercicio de dicho derecho en su esencia y con ello la garantía contemplada en el art. 19 N° 26 CPR.

2. AMPLIACIÓN DE FACULTADES ABOGADOS ASISTENTES DE FISCAL

Se establece la posibilidad de que el abogado asistente de fiscal realice por sí solo ciertas diligencias, siempre que cuente con la autorización expresa del fiscal.

2.1 Constitucionalidad de las nuevas prerrogativas

Las nuevas facultades concedidas a los abogados asistentes de fiscal son constitucionalmente conflictivas, toda vez que el ejercicio de la acción penal está reservada constitucionalmente a los Fiscales del MP (artículo 80 A inciso primero CPR;

arts. 2 y 44 de la LOC 19.640 del Ministerio Público) y la posibilidad de formalizar o solicitar medidas cautelares, entre otras, son formas de ejercicio de la acción penal pública.

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Constitucional (TC) señaló que no existen problemas de constitucionalidad respecto de este artículo, siendo consecuente con el pronunciamiento que ya hiciera en octubre de 2005, respecto de la constitucionalidad del inciso 1° del artículo 132 que permite al asistente del fiscal concurrir en vez del fiscal a la primera audiencia .

El TC estableció como alcance a la constitucionalidad de esta disposición el entendido de que el abogado asistente de fiscal debe satisfacer las siguientes condiciones:

- a) Debe ser funcionario del Ministerio Público, y
- b) Deben ceñirse a las facultades que en cada caso específico se le hayan otorgado por el fiscal, las cuales han de constar fehacientemente.

El Ministro Fernández previno que el asistente de fiscal no tiene “ningún margen de libertad ni autonomía”, pues ello le está vedado constitucionalmente .

2.2 Nuevas facultades

A continuación se señalan las facultades particulares que a partir de la entrada en vigencia de la agenda corta, pueden ser delegadas válidamente a los abogados asistentes de fiscal:

- Se permite al abogado asistente de fiscal formalizar la investigación, solicitar medidas cautelares y la ampliación del plazo de detención hasta por 3 días, siempre que esté facultado por el fiscal. Dicha facultad puede ejercerse también cuando se ha declarado ilegal la detención, pero sólo respecto de la formalización de la investigación y la solicitud de medidas cautelares (artículo 132 incisos 2° y 3° del CPP).
- Se permite al abogado asistente de fiscal ejercer el recurso de apelación respecto de la resolución que declara la ilegalidad de la detención, siempre que se trate de ciertos delitos expresamente mencionados por el legislador (artículo 132 bis).
- Se permite que el abogado asistente de fiscal tome la declaración de los testigos durante la etapa de investigación que hayan sido citados a declarar por el fiscal, por lo que se hacen extensivos al abogado asistente los deberes y referencias que impone la ley en relación a la declaración de testigos ante el Ministerio Público (artículo 190, 191 y 332 del CPP).

2.3 Responsabilidad administrativa

Se modifica el artículo 48 de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público para efectos de extender a los abogados asistentes de fiscal la aplicación de las normas sobre responsabilidad de los fiscales, respecto del ejercicio de sus nuevas facultades.

2.4 Delito de obstrucción a la justicia

Se amplía el círculo del sujeto activo -en el delito especial del art. 269 ter CP- extendiéndose también éste al abogado ayudante del fiscal del Ministerio Público.

3. AMPLIACIÓN DE FACULTADES POLICIALES

3.1 Actuaciones sin orden previa

Se incorporan 2 nuevos párrafos a la letra c) del artículo 83 del CPP con el objetivo de ampliar las posibilidades de actuación del personal policial en los lugares donde no hubiera personal policial especializado o en zonas rurales o de difícil acceso.

En el primer caso se autoriza que personal policial no especializado lleve a cabo la recolección y custodia de la evidencia que pudiera desaparecer, con el fin entregarla al Ministerio Público a la brevedad.

En adición a lo anterior, se permite a la policía realizar las primeras diligencias de investigación, siempre que se trate de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso. Esta nueva facultad es de dudosa constitucionalidad, pues entrega a la policía facultades de investigación que corresponden exclusivamente a los fiscales del Ministerio Público.

3.2 Control de identidad

3.2.1 Control de identidad del individuo encapuchado o embozado

Se introduce un nuevo inciso primero que autoriza el control de identidad sin orden previa del fiscal, al individuo que se encapuche o emboce con el fin de ocultar su identidad.

La norma si bien exige que se trate de casos fundados, pareciera no exigir una vinculación entre el hecho de encontrarse encapuchado o embozado y la posibilidad de su participación en un crimen, simple delito o falta, o de que se dispusiere a cometerlo, o que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de este.

Sin perjuicio de ello, la única forma de que esta hipótesis no constituya una restricción excesiva de derechos fundamentales , es restringiendo el ámbito del permiso de detención a casos en los que el ocultamiento de la identidad pueda, fundadamente, vincularse con las situaciones tradicionalmente previstas en la norma, esto es, la posibilidad de su participación en un crimen, simple delito o falta, o de que se dispusiere a cometerlo, o que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de este.

3.2.2 Registro y detención

Se reemplaza el inciso 2° de la disposición. La norma regula de manera más detallada una posibilidad de registro que ya se encontraba en la ley. Del mismo modo, establece una posibilidad de detención que debe ajustarse a los estándares y las condiciones de la flagrancia.

Respecto de la posibilidad de proceder al registro “sin necesidad de nuevos indicios”, la disposición debe complementarse con lo dispuesto en el art. 89 CPP, en el sentido de que si bien no se exigen nuevos indicios, los indicios que en primer lugar fundaron el control de identidad deben satisfacer los estándares establecidos por el artículo 89 del CPP, para efectos del registro. En otras palabras, los indicios que habilitan para el control de identidad deben habilitar también para el registro en los términos del artículo 89 del CPP.

El ejercicio de estas facultades policiales pueden también entrar en conflicto con el control de la investigación que tiene el MP, pues constituyen verdaderas diligencias investigativas, además de que suponen una injerencia desproporcionada en la intimidad de la persona que es objeto del control. En virtud de lo anterior, la interpretación de esta facultad debe hacerse de manera muy restringida.

En el inciso tercero del artículo 85, se establece la obligación de cotejar la existencia de órdenes de detención que pudieren afectar al sujeto que se encuentra en control de detención.

3.2.3 Duración del control de identidad

En conformidad a las nuevas disposiciones, la duración total del procedimiento de control de identidad se amplía de 6 a 8 horas. Esta posibilidad no implica un ámbito de discrecionalidad absoluta otorgada a las policías, pues la mantención del procedimiento del control de identidad sólo se justifica en la medida en que es necesario para la correcta individualización, en caso contrario se podría configurar el delito contemplado en el art. 255 CP (abuso contra particulares).

4. ANTICIPACIÓN DE PRUEBA DE MENORES DE EDAD

Se incorpora un nuevo artículo 191 bis que faculta al fiscal para solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de delitos sexuales.

Esta norma no responde a la naturaleza de la institución que se pretende modificar, pues no existe una hipótesis general de impedimento o dificultad para asistir al juicio oral por el solo hecho de la minoría de edad. El juez puede aceptar la solicitud “considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad”, es decir que deben concurrir copulativamente circunstancias emocionales en el menor y otras circunstancias personales.

Queda relativamente claro de la historia del precepto que la finalidad del legislador no es la protección del menor en el sentido de prevenir su victimización, sino evitar que el menor sea objeto de coacciones o presiones que afecten la integridad de su declaración, por lo que estas circunstancias emocionales y personales deben entenderse en este sentido.

Debe quedar claro que la mediación del juez en lo que se refiere al interrogatorio no puede afectar al derecho de defensa. La disposición sólo lo faculta a actuar como mediador durante el interrogativo sin que le quepa posibilidad alguna de control sobre las preguntas. La afectación del derecho de defensa puede hacer concurrente la declaración de la nulidad de la audiencia.

5. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

5.1 Se agrega un tercer requisito como presupuesto de procedencia: exige que el imputado no tenga vigente una SCP al momento de verificarse los hechos del nuevo proceso.

La referencia a la “vigencia” de la SCP debe entenderse hecha al lapso de tiempo que va entre la audiencia en que se acuerda la SCP y la notificación de la resolución que revoca la SCP, o el cumplimiento del plazo para la realización de las condiciones acordadas.

La vigencia debe ser contemporánea con los “hechos materia del nuevo proceso”, lo que no puede entenderse sino como los nuevos hechos por los que el imputado es formalizado. La imputación de hechos que son objeto del nuevo proceso necesariamente se debe realizar mediante un acto formal, pues la misma disposición alude a este carácter al referirse al “nuevo proceso”, lo que equivale a una investigación formalizada.

Todos aquellos casos que no estén comprendidos en estos límites temporales no cuentan como SCP vigente, por ello en éstos la SCP si sería procedente.

5.2. Incorpora un nuevo inciso 6° que establece una norma imperativa que sujeta la SCP a la autorización del Fiscal Regional, respecto de determinados delitos. Lo problemático de la nueva regulación es que no explicita las razones en virtud de las cuales el Fiscal

Regional podría no autorizar una SCP, del mismo modo como actualmente el Fiscal puede renunciar a aplicar una SCP sin justificar su posición.

6. APELACIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA ILEGAL LA DETENCIÓN

6.1 Se introduce un nuevo art. 132 bis en el que se consagra -por parte del fiscal o del abogado asistente del fiscal- la posibilidad expresa de apelar la resolución que declara ilegal la detención en casos de determinados delitos graves. Esta modificación pasa por alto un aspecto esencial del nuevo sistema procesal penal: la cautela de las garantías de los ciudadanos por parte de un juez especial se realiza en única instancia. Este diseño tuvo su origen, tanto en razones de eficiencia como de respeto de garantías .

6.2 El propósito de evitar la pérdida de pruebas y subsecuentes absoluciones no se soluciona con la interposición de un recurso de apelación, aún en el evento de ser acogido; ya que no impediría que la defensa con posterioridad, en la audiencia de preparación del juicio, solicite la exclusión de la evidencia obtenida a partir de una detención en la que se vulneraron garantías constitucionales.

6.3 Finalmente, debe destacarse el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el sentido de que la concesión de la apelación al fiscal no obsta a que el resto de los intervinientes ejerzan igual derecho.

Así el considerando vigésimo de la STC 1001-2007, declara: “Que a la luz de las disposiciones constitucionales antes reseñadas, esta Magistratura, siguiendo nuevamente el principio de buscar la interpretación de las normas que permita resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución, declarará que el nuevo artículo 132 bis del Código Procesal Penal es constitucional en el entendido que al señalar que la resolución que declara la ilegalidad de la detención es apelable en los casos a que se refiere el precepto “por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el solo efecto devolutivo”, ello no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho”.

“De otro modo, la disposición se encontraría en pugna con lo dispuesto en el artículo 19, Nº 3º, incisos primero y segundo, de la Constitución Política, puesto que no se daría igual protección en el ejercicio de sus derechos, en la situación descrita en la norma, a todos quienes intervienen en el proceso antes mencionado.”

7. PRISIÓN PREVENTIVA

7.1 Sustitución del art. 140 CPP

Se establece el peligro de que el imputado se de a la fuga como un nuevo supuesto alternativo que satisface la procedencia de la prisión preventiva. Debe recordarse que el peligro de fuga no figura en la CPR como una de las excepciones a la procedencia general de la libertad provisional.

En el nuevo inciso 4º del art. 140 del CPP, se introducen nuevos criterios adicionales para especialmente entender cuando la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad. Estos criterios son: 1) Cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra. 2) 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. Esto está en consonancia con la modificación al estatuto de la reincidencia, por lo que lo afirmado al respecto también debe aplicarse en este supuesto y 3) Cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en

libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Pese a la nueva redacción es posible entender que se mantiene el sistema vigente hoy (entiéndase el anterior a la publicación del proyecto “agenda corta”), en el sentido de que la libertad personal es protegida prioritariamente frente a los criterios preventivos. En este sentido el inciso 4° del art. 140 CPP sólo establece otros criterios a los que prevén en el inciso 3°. En ningún caso pueden entenderse como presunciones de peligro que invierten el principio de presunción de inocencia, de ello quedó constancia en la historia fidedigna.

7.2. Efectos de la negativa a la prisión preventiva:

7.2.1. Alcances

Una interpretación restrictiva de esta excepcionalidad sólo se contempla para aquellos delitos que poseen pena de crimen contemplados en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del CP y en la ley N° 20.000. Se debe aclarar que esta interpretación es la que resulta más plausible conforme al tenor gramatical del inciso segundo del art. 149 CPP en su nueva redacción. La exigencia en torno a que los delitos han de tener pena de crimen vaya entre comas hace que la misma se predique respecto de todo el catálogo enunciado y no sólo del último grupo de delitos a que se alude (los de la ley N° 20.000). Nótese, en sentido contrario, que en el nuevo art. 132 bis CPP el legislador utilizó una técnica legislativa similar, pero sin recurrir a las comas para la cláusula que tengan pena de crimen; con lo que es dable concluir que en esta última norma si es posible encontrar una voluntad legislativa diferenciadora para referirse sólo a aquellos de la ley N° 20.000 que tienen pena de crimen. Por todo lo anterior en aquellas causas por delitos que no tienen pena de crimen establecidos en los ya indicados artículos del CP -como el secuestro simple (art. 141, inc. 1°) o el robo por sorpresa (art. 436, inc. 2°)- o bien en la ley N° 20.000 la resolución que niega o revoca la prisión preventiva no tendrá el efecto excepcional a que alude el nuevo inc. Segundo del art. 149 CPP.

7.2.2. Constitucionalidad

Es interesante destacar que la constitucionalidad de esta norma, aunque ya fue mayoritariamente resuelta por el tribunal constitucional, tuvo un sugerente voto de minoría en el cual se plantea con total claridad “que el efecto de mantener privada de libertad a una persona en contra de la decisión del único juez que se ha pronunciado a su respecto es, en primer lugar, contrario a lo dispuesto en la letra e) del numeral 7° del artículo 19 de la Carta Fundamental” . Debe recordarse que en esta norma la CPR asegura que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para alguno de los tres fines que la propia norma señala. Pero “en virtud de la disposición legal en examen la privación de libertad del imputado se mantendrá aun cuando el juez expresamente haya resuelto que no la considera necesaria. La contradicción de ambas normas es palmaria y la Carta Fundamental no autoriza que un imputado puesto a disposición de un juez permanezca privado de libertad por la sola voluntad de un fiscal del Ministerio Público” .

8. INTERVENCIÓN DEL ABOGADO ASISTENTE DEL FISCAL

Esta norma establece la posibilidad de que actúe válidamente el abogado asistente del fiscal, siempre que cuente con la autorización expresa del fiscal. De acuerdo a la normativa constitucional vigente el ejercicio de facultades como las de formalizar, solicitar cautelares o ampliación del plazo de detención, constituyen manifestaciones paradigmáticas del ejercicio de la acción penal. Esta prerrogativa está reservada constitucionalmente a los Fiscales del MP (artículo 80 A inciso primero CPR; arts. 2 y 44 de la LOC 19.640 del Ministerio Público). Por lo tanto, esta modificación es contraria a la

CPR y a la LOC. La autorización expresa del fiscal no tiene ningún efecto en lo anterior, sólo la LOC o la CPR le pueden otorgar la facultad de ejercer la acción penal.

El TC ha establecido que para mantener la constitucionalidad de la intervención del abogado asistente del fiscal, éste debe ser funcionario del Ministerio Público y sus actuaciones deben ceñirse a las facultades que en cada caso específico se le hayan otorgado por el fiscal, las cuales han de constar fehacientemente .

III. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LAS RELACIONES ENTRE LA LEY DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y LEY N° 20.253

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Como se sabe, el objetivo político criminal de la Ley N° 20.253 es, como lo dice su propio Mensaje, “introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor” que se advierte en la ciudadanía. Advertimos desde ya, entonces, que no es nuestra finalidad hacernos cargo, explicar o prever todas las posibles consecuencias prácticas que la “Agenda Corta” pueda tener que en la persecución penal de adolescentes, en el número de jóvenes de privados de libertad o en las formas de término de las respectivas causas. Simplemente pretendemos con estas líneas enfrentar algunas dudas interpretativas que puedan presentarse a partir de ciertas materias reguladas por la Ley N° 20.253, cuando es un adolescente el imputado y mencionar algunas consecuencias concretas de su aplicación.

Así, nos parece evidente que las modificaciones que el Artículo 1 de la “Agenda Corta” hace a los Art.12 N° 15 y 16 del CP, así como al Art.92 del mismo cuerpo legal, van a tener un impacto en el sistema penal juvenil. De la misma manera, los cambios introducidos al control de identidad permiten aventurar, ante la mayor discrecionalidad de la policía, más detenciones de adolescentes (independiente de la discusión que se produzca en el respectivo control de detención).

Pero como lo anunciamos, no pretendemos hacer este tipo de análisis y nos centraremos en los siguientes aspectos:

- El Art.31 de la Ley N° 20.084 y su relación con las modificaciones relativas a las actuaciones policiales, facultades de los fiscales y declaración de ilegalidad de la detención.
- Los cambios de la Ley N° 20.253 en materia de prisión preventiva.
- Modificaciones al Art.237 CPP.
- Las nuevas facultades de los abogados asistentes de los fiscales.

2. CRITERIO GENERAL DE INTERPRETACIÓN

Como se ve, las cuestiones en que prevemos se pueden presentar problemas interpretativos se refieren a algunas modificaciones de la Ley N° 20.253 al CPP.

Nos parece que como criterio de interpretación general a las modificaciones hechas por la Ley N° 20.253, en cuanto a los posibles efectos en el sistema de la Ley N° 20.084, se puede señalar lo siguiente: La Ley N° 20.253, modifica algunas normas del CPP y no hace ninguna modificación a la Ley N° 20.084. Lo anterior implica que todas aquellas materias que la LRPA regula de manera expresa y, especialmente, aquellas en las que se preocupa de hacer excepciones a las reglas generales del CPP, siguen absolutamente vigentes, sin ningún tipo de cambio. Obviamente como la propia LRPA en su Art.27 establece la aplicación supletoria del CPP, en todas aquellas materias no reguladas especialmente por la Ley N° 20.084, modificadas por la llamada “Agenda Corta”, podrá haber algún efecto en el sistema penal juvenil.

3. EL ART.31 DE LA LEY N° 20.084 Y SU RELACIÓN CON LAS MODIFICACIONES RELATIVAS A LAS ACTUACIONES POLICIALES, FACULTADES DE LOS FISCALES Y DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN.

3.1 Modificaciones al Art.83 CPP

Como se ha señalado, la Ley N° 20.253, agrega dos párrafos (tercero y cuarto) a la letra c) del Art.83 CPP, referente a las actuaciones de la policía sin orden previa. El nuevo párrafo tercero regula la situación de aquellas localidades en que no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, extendiendo al personal policial que llegue al sitio del suceso la obligación de recoger y guardar la evidencia y entregarla al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible. El párrafo cuarto, por su parte, regula el caso de delitos flagrantes en zonas rurales o de difícil acceso, señalando la obligación de la policía de practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación, dando cuenta al fiscal a la mayor brevedad.

Se ha señalado que esta reforma no tendrá relevancia práctica, porque es la manera de proceder que se ha instalado en el sistema. También se ha observado un vicio de constitucionalidad en este “nuevo párrafo cuarto”, ya que entrega facultades de investigación que corresponden exclusivamente a los fiscales del Ministerio Público a la policía. No obstante lo anterior, nos interesa recalcar a propósito del criterio general de interpretación expuesto anteriormente, que bajo ningún punto de vista estas normas pueden interpretarse como excepciones a las limitaciones que a la persecución penal de adolescentes establece el Art.31 de la Ley N° 20.084, por lo tanto, sigue absolutamente vigente para todas las situaciones, incluidas aquellas reguladas por estas modificaciones, la norma que prescribe que el “adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad”.

3.2 Nuevo inciso 2° del Art.193 CPP.

Esta nueva norma faculta al fiscal para hacer traer a su presencia las veces que sean necesarias para los fines de la investigación, al imputado detenido o preso, debiendo dar aviso al juez y al defensor.

Hemos sostenido que la regla que prescribe que el adolescente sólo puede declarar ante el fiscal en presencia del defensor, pese a su ubicación en el Art.31, que como se aprecia claramente en su inciso 3° no regula tan solo la detención, debe entenderse de aplicación general durante todo el procedimiento, asegurándose por medio de un defensor la validez y voluntariedad de toda declaración del adolescente imputado. El deber de respetar prioritariamente los derechos del adolescente, es decir, de considerar siempre su interés superior de acuerdo con el Art. 2°, hace insostenible cualquier intento de restringir este derecho fundamental a la defensa solamente al período de la detención.

Aplicando, nuevamente, el criterio de interpretación general propuesto, al establecer el Art.31 LRPA exigencias distintas al CPP no modificadas por la Ley N° 20.253, debemos entender que, además del aviso al juez y al defensor exigido por el nuevo Art.193 inc.2° CPP, el fiscal requerirá la presencia del defensor para obtener una declaración del adolescente imputado que se encuentre detenido o en internación provisoria.

3.3 Modificaciones en relación con la declaración de ilegalidad de la detención

Con respecto a estas modificaciones, contenidas en los nuevos Art.132 inc.3 y Art.132 bis, ambos del CPP, prescindiendo de lo relativo al abogado asistente del fiscal, que comentaremos más adelante, y coherentes con el criterio de interpretación general planteado, al no existir norma especial en la Ley N° 20.084 respecto de estas materias reguladas por la Ley N° 20.253, no nos queda otra cosa que concluir que estas nuevas disposiciones tienen plena aplicación para los adolescentes.

Sin embargo, se ha de tener presente que, en caso de declararse ilegal la detención por considerársele improcedente por aplicación del Art. 124 CPP en relación con el Art. 23 N° 5 LRPA (delitos únicamente sancionados con penas no privativas de libertad), el Ministerio Público carecerá de recurso contra dicha decisión.

4. LOS CAMBIOS DE LA LEY N° 20.253 EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA.

4.1 Nuevo inciso 2 del Art.144 CPP

Esta nueva disposición, ya se ha dicho, elimina la obligación del tribunal de citar a los intervinientes a una audiencia para debatir sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la prisión preventiva, cuando han transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se ordenó o mantuvo la medida cautelar. Como sabemos, el Art.149 CPP, sólo permite el recurso de apelación en esta materia cuando la resolución respectiva se dicta en una audiencia, consecuentemente, al no estar obligado el tribunal a resolver en audiencia, se limita de manera seria el derecho al recurso (sin perjuicio, obviamente, de la acción de amparo constitucional).

La Ley N° 20.084 nada dice al respecto, por lo que se trata de una norma aplicable para los adolescentes.

Sin perjuicio de lo anterior, dado el carácter excepcional de la privación de libertad de los adolescentes, en caso de rechazos reiterados y de plano de una solicitud de revisión de la internación provisoria, el defensor debiera recurrir a otros mecanismos, como por ejemplo, la acción de amparo constitucional.

4.2 Nuevos incisos 2° y 3° del Art.149 CPP

En materia de recursos relacionados con la prisión preventiva, la “Agenda Corta” incorporó estos dos nuevos incisos que ciertamente configuran uno de los cambios más importantes al sistema procesal penal.

Lo primero que nos parece necesario dejar en claro es que estas normas lo que modifican es el sistema de recursos relacionado con la prisión preventiva y, consecuentemente con la internación provisoria. No regulan la procedencia de estas medidas cautelares. En cuanto modifican las consecuencias de las resoluciones sobre esta extrema medida cautelar y la interposición de recursos en ciertos casos –materias no reguladas especialmente por la Ley N° 20.084- se trata de una reforma aplicable a un adolescente imputado.

Lo que no se puede desprender de estos nuevos incisos es que hayan modificado la Ley N° 20.084 en lo que se refiere a la procedencia de la internación provisoria, materia regulada especialmente para los adolescentes en los Art.32 y 33 LRPA, que no fueron alcanzados por la llamada “Agenda Corta”. Nos pareció importante advertir lo anterior, pues, en el evento de que prime la opinión que entiende al robo por sorpresa (Art.436 inc.2 CP) incluido en el listado de delitos a los que se refiere esta nueva regulación, podría generarse cierta confusión en los operadores que es necesario aclarar. El robo por sorpresa no es “de las conductas que de ser cometidas por una persona mayor de dieciocho años constituirían crímenes”, por lo tanto, de acuerdo al Art.32 LRPA, no

procede respecto de este delito la internación provisoria. El resto de los delitos enumerados en este nuevo inciso 2, tienen asignada por la ley pena de crimen, por lo que no resulta necesario referirse a ellos.

En caso que se apele la resolución que niega la internación provisoria, al producirse de hecho una ampliación de la detención hasta que la Corte se pronuncie sobre el recurso, por disposición del Art. 31 LRPA el adolescente sólo podrá estar privado de libertad en un centro de internación provisoria del SENAME. El impacto humano y práctico de esta situación es alto, considerando el limitado número de estos centros a nivel regional, lo que implicará aumentar los traslados, dificultar la separación de los adultos e ingresar jóvenes por breves períodos de tiempo –de confirmar la Corte el rechazo a la internación provisoria- en el sistema privativo de libertad del SENAME.

4.3 Modificaciones al Art.150 CPP

Esta modificación se refiere a los permisos de salida que el tribunal puede conceder al imputado sujeto a prisión preventiva. Nuestra opinión en este punto, es que habiendo regulación especial en el Art.34 LRPA, al menos respecto de la salida diaria rige la Ley N° 20.084. Sin perjuicio de lo anterior no vemos problema alguno en recurrir a estas normas para fundar un permiso por un período determinado al adolescente en internación provisoria.

4.4 Modificaciones al Art.237 CPP.

Como la Ley N° 20.084 no tiene regulación especial al respecto, estas modificaciones rigen para los adolescentes, de lo que se puede esperar un impacto importante en el funcionamiento del sistema. Nos permitimos hacer dos comentarios:

- a) Con esta reforma se limita la aplicación de esta salida alternativa, lo que es criticable desde la perspectiva de un sistema penal juvenil especializado, en que debiera regir con mayor fuerza el principio de mínima intervención.
- b) La inclusión de todos los robos con fuerza en las cosas en el listado de delitos respecto de los cuales el fiscal debe someter su decisión de solicitar la suspensión condicional del procedimiento al Fiscal Regional, permite aventurar un número importante de causas de adolescentes cuya tramitación va a tomar mayor tiempo que antes de esta reforma.

5. LAS NUEVAS FACULTADES DE LOS ABOGADOS ASISTENTES DE LOS FISCALES.

La Ley N° 20.253 faculta a los abogados asistentes de fiscales para intervenir en la audiencia de control de detención, de manera que puedan formalizar la investigación en nombre del Ministerio Público y, solicitar las medidas cautelares que sean procedentes respecto del imputado (nuevos incisos 2 y 3 del Art.132 CPP). También esta ley permite a los abogados asistentes tomar declaración a testigos (modificaciones a los Art.190 y 191 CPP). Independientemente de las dudas que presentan estas nuevas normas en cuanto a su constitucionalidad, nos parece que la intervención de abogados asistentes en causas de adolescentes está francamente reñida con la ley.

En efecto, el Art.29 LRPA establece el requisito de especialización para jueces de garantía, jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, fiscales adjuntos y defensores penales públicos que intervengan en causas de adolescentes. Esta exigencia de especialidad de los intervinientes hecha por la LRPA permite, excepcionalmente, la intervención de fiscales no especializados, pero es muy difícil llegar a sustentar que la ley 20.084 permita la intervención de los abogados asistentes. El fundamento de esta afirmación se encuentra en el criterio general de interpretación que hemos señalado: La

Ley N° 20.084 establece exigencias especiales a los fiscales (que es lo que nos interesa), que no han sido modificadas por la Ley N° 20.253, por lo tanto se debe concluir que los abogados asistentes de los fiscales no están facultados legalmente para intervenir en causas de adolescentes.

No obstante lo anterior, nos parece necesario advertir que el riesgo de que se acoja esta posición en casos en que se presente a la audiencia de control de detención sólo un abogado asistente, puede ser la ampliación del plazo de detención, aunque de acuerdo a la interpretación, por nosotros sustentada, sólo podría ser solicitada por el fiscal y no por su abogado asistente.