

INFORME EN DERECHO. LEY 20.931

Prof. Dra. María Inés Horvitz L.

Indice

- I. Introducción
- II. Situación de la policía represiva en algunos sistemas del derecho comparado y el modelo chileno
- III. Ampliación de las actuaciones policiales autónomas del art. 83 CPP
 - 1. Actuaciones de la policía sin orden previa: resguardo del sitio del suceso
 - 2. Actuaciones de la policía sin orden previa: flagrancia
- IV. Ampliación de las facultades autónomas de la policía contempladas en los arts. 129 inciso final, en relación al art. 215 CPP
- V. La reforma del art. 206 CPP
- VI. Conclusiones
- VII. Bibliografía

I. Introducción

El Departamento de Estudios de la Defensoría Nacional me ha encargado efectuar un informe en derecho acerca de dos grandes modificaciones introducidas por la Ley 20.931, de 5 de julio de 2016, también denominada "Agenda Corta". Tales modificaciones están referidas a:

- i) la ampliación de las facultades autónomas de la policía, reguladas de forma general en el artículo 83 del Código Procesal Penal (CPP); y
- ii) la ampliación de las facultades autónomas de la policía en las hipótesis reguladas en los artículos 129 inciso final, 215 y 206 del CPP.

Se hace presente que, para la elaboración del presente informe se ha tenido a la vista, junto con la bibliografía que se individualiza al final del mismo, una minuta de estudio, análisis y comentarios de la reforma legal realizada y proporcionada por la propia Defensoría en el mes de junio de 2016, pp. 61 a 76.

La ley 20.931 introduce en su artículo 2°, entre otras, las siguientes modificaciones al artículo 83 del CPP:

En la letra c): i) Reemplázase su párrafo primero por el siguiente: "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 perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento, impedirán 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.". ii) Agréganse, en su párrafo cuarto, las siguientes oraciones finales: "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."

Sustitúyese la letra d) por la siguiente: "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."

De este modo, el texto del art. 83 CPP queda como sigue, colocándose en negrita las enmiendas a la redacción para una mejor inteligibilidad:

Artículo 83.- Actuaciones de la policía sin orden previa. Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile

realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:

- a) Prestar auxilio a la víctima;
- b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley;
- c) Resguardar el sitio del suceso. *Deberán preservar **siempre** todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento, impedirán 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.*¹

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

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

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

¹ Asimismo, se modificó la redacción del párrafo, pues el anterior señalaba expresamente: "c) Resguardar el sitio del suceso: Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniera personal experto de la policía que el ministerio público designare."

- 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,**
- e) Recibir las denuncias del público, y
- f) Efectuar las demás actuaciones que dispusieren.

II. *Situación de la policía represiva en algunos sistemas del del derecho comparado y el modelo chileno.*

Como señaláramos en otro lugar,² los sistemas comparados de justicia criminal muestran cierto predominio de desempeño policial autónomo en la fase preparatoria del proceso penal, aunque los textos legales subordinen su actuación a la dirección técnica o funcional de los fiscales. Un esquema de trabajo colaborativo pero independiente entre policías y fiscales en la investigación de los delitos ha sido tradicional en los sistemas del *common law*,³ pero de modo progresivo se verifica también en la regulación legal o en la práctica de los países del *civil law*.

En el modelo angloamericano, la policía lleva a cabo la investigación de una manera autónoma, con controles meramente internos de la propia jerarquía policial, y los fiscales reciben los antecedentes y la evidencia recabada cuando el caso se considera policialmente agotado. En Estados Unidos, por ejemplo, los fiscales poseen medios limitados para imponer sus políticas de persecución penal a la policía local, pues se trata de instituciones independientes orgánica y financieramente y no existe la obligación legal de la policía de obedecer las instrucciones del ministerio público. A diferencia del sistema federal, en el que el Fiscal Federal de Estados Unidos (*U.S Attorney*) y el F.B.I (Policía Federal de Investigaciones) están ambos sujetos a la supervigilancia y control del Fiscal General (*General Attorney*), los fiscales y policías locales no están subordinados a una

² Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002, pp. 173ss.

³ Un caso excepcional de dominio policial absoluto de la persecución penal de los delitos ha sido el inglés, pues hasta 1985 tenía la dirección exclusiva de la investigación y podía decidir el archivo del caso o el ejercicio de la acción penal (Cfr. Horvitz/López, cit., p. 174).

autoridad superior común, pero una relación colaborativa se impone en pos de la aplicación de la ley penal aunque no sin importantes roces.⁴

En esta materia la reforma chilena desestimó la existencia de una policía judicial dependiente de los jueces o del ministerio público⁵ y siguió de cerca el modelo normativo alemán. En éste, y cuando se trata de la investigación de los delitos, la policía se encuentra sometida legalmente a la dirección y el control *funcional* del ministerio público, pues en el aspecto jurídico-organizativo ella depende de los ministerios estatales del interior, mientras que las fiscalías dependen de los ministerios de justicia.⁶ En efecto, la regla general contenida en el §161.I de la Ordenanza Procesal Penal (StPO) establece que el ministerio público se encuentra autorizado para solicitar información a todas las autoridades y realizar investigaciones de cualquier tipo por sí mismo o a través de los funcionarios policiales, a menos que otras disposiciones legales regulen especialmente sus poderes. Asimismo, se señala que las autoridades y funcionarios del servicio de policía deben cumplir con las solicitudes o encargos del Ministerio Público, en cuyo caso tienen derecho a solicitar información a todas las autoridades.

En el ámbito estatal de la persecución penal, el sistema alemán distingue entre funcionarios policiales ordinarios y las *Ermittlungspersonen* del ministerio público,⁷ según se determine a través de reglamentos ejecutivos de los Estados Federales. Ambas policías están obligadas a ejecutar las instrucciones y solicitudes del ministerio público en el ámbito de la persecución penal de los delitos. Asimismo, pueden actuar autónomamente en los casos de detención por flagrancia⁸ para ejecutar medidas de reconocimiento,⁹ para el control de identidad,¹⁰ para la captura de imágenes y la utilización de ciertos medios

⁴ Israel/Kamisar/LaFave, *Criminal procedure and the Constitution*, West Publishing Co., Minnesota, 1994, p. 24.

⁵ Como en Italia, cuya Constitución establece que “[l]a autoridad judicial dispondrá directamente de la policía judicial” (art. 109 Const.); o de Francia, en que la Gendarmería depende del Fiscal General (*Procureur de la Republique*) en conformidad con los arts. 12 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

⁶ Mientras que en Chile, las policías dependen del Ministerio del Interior y el Ministerio Público es autónomo por disposición constitucional.

⁷ “Personas de la investigación”. Antes de la reforma de 2004, se llamaban “funcionarios auxiliares”. Cfr. BGBl 1 2004, 2198. En general, se trata de policías con un cierto grado jerárquico o que se desempeñan en ciertas funciones. Cfr. §152 de la Ley de Organización Judicial (GVG).

⁸ §§ 127 I 1, II, 163b I 2 StPO

⁹ §§ 81b, 163b I 3 StPO

¹⁰ §163b StPO.

técnicos,¹¹ y para tomar declaración a imputados, testigos y peritos,¹² entre otras facultades. La diferencia relevante entre ambas categorías de policía radica en que algunas medidas coercitivas procesales pueden ser ejecutadas únicamente por los *Ermittlungspersonen*.¹³ Estos funcionarios se encuentran autorizados para realizar tales actuaciones de forma autónoma y sin orden judicial previa, pero solo cuando exista "peligro en la demora" [*Gefahr im Verzug*].¹⁴ Tales medidas son los exámenes corporales (v.gr. toma de muestra de sangre) respecto de imputados (§ 81a II) y testigos (§ 81c V); incautaciones (§98 I) y registros (§105.I.1), entre otras. Asimismo pueden actuar por iniciativa propia, cuando reciban denuncias del público, para "impedir el oscurecimiento del hecho" (§163.I.1).

A pesar que la doctrina alemana destaca que las facultades policiales autónomas son excepcionales y deben fundarse en la idea de *urgente necesidad*, como impedir el entorpecimiento actual o inminente de la investigación o la pérdida de evidencia, lo cierto es que diferentes leyes de reforma de la Ordenanza Procesal Penal alemana dan cuenta de un creciente fenómeno de *policialización*¹⁵ de la fase de instrucción preparatoria – en este y otros ordenamientos jurídicos de Europa continental, caracterizado por mayores espacios de autonomía policial en la investigación de la criminalidad mediana y leve. En Alemania, tal situación habría sido posible por las imprecisiones de la ley que, en el contexto de sistemas con tradición inquisitiva, fue consolidando la práctica consistente en que la policía informa y remite al ministerio público los resultados de su investigación cuando ella está avanzada o, incluso, agotada, no obstante que debiera hacerlo "sin demora".¹⁶ No obstante, se afirma que se mantiene decisivamente la dirección funcional

¹¹ §100h StPO.

¹² §§163, 163^a StPO.

¹³ Kindhäuser, Urs: *Strafprozessrecht*, 2^a. Ed. Nomos, Baden-Baden, 2010, pp. 58-59, Beulke, cit., p.71.

¹⁴ Criterio utilizado en la Ley Fundamental alemana, a propósito del derecho constitucional de "inviolabilidad de la morada" (§13 Absatz 2 GG). Bajo la expresión de "peligro en la demora" se describe la situación en la cual pueden producirse daños para bienes jurídicos relevantes o la pérdida de medios de prueba, a menos que actúe una autoridad o persona en reemplazo de aquella que es competente para autorizar la medida (Cfr. BverfGE 103,142).

¹⁵ Gless/Grote/Heine (eds.) *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, T.I, 2001, pp. 660 ss.; Paeffgen, "'Verpolizeilichung' des Strafprozesses- Chimäre oder Gefahr?", en Wolter (ed.) *Symposium für Rudolphi*, 1995, p. 13.

¹⁶ Cfr. §163.1 inciso primero StPO, que faculta a la policía, en el marco de la *primera intervención* "a investigar hechos penales y a dictar todas las órdenes que no admitan dilación (...)", pero que, por otro lado, obliga a informar al ministerio público de las actuaciones realizadas "sin demora" (§ 163.2 inciso segundo StPO). Aunque la regla general en la ley es la actuación de la policía en cumplimiento de las instrucciones de los fiscales (§ 161.1 StPO), la facultad de la primera intervención que solo debiera operar en casos de *urgente*

del ministerio público sobre la policía en la investigación de delitos capitales, como el asesinato, o en delitos complejos, tales como el crimen organizado, el lavado de activos o los delitos de cuello blanco.¹⁷

La atribución de poderes funcionales de instrucción sobre la policía persigue el control de sus actuaciones así como hacerlo responsable de la conducción general de la investigación.¹⁸ Pero al igual que sucede en Chile, el ministerio público alemán carece de poder disciplinario sobre los funcionarios policiales en el ejercicio de sus tareas represivas, circunstancia que ha sido criticada por la creciente discrecionalidad y autonomía adquirida en el tratamiento concreto de los casos que diluye las responsabilidades por el resultado de la investigación.¹⁹ De allí que la ausencia de un poder disciplinario del ministerio público, conjugada con el incremento de la autonomía funcional de la policía, ha ido debilitando la posición del ministerio público en el proceso penal con el consiguiente peligro para los derechos fundamentales y la corrección de los procedimientos.

La referencia a la evolución legislativa comparada resulta pertinente para analizar la creciente tendencia a la *policialización* de la investigación criminal que se advierte también en Chile, a través las reformas legales introducidas en esta materia al Código Procesal Penal en el marco de las denominadas "agendas cortas". Como sabemos, la reforma procesal penal chilena siguió en esta materia el modelo alemán, sometiendo a la policía a la dirección y el control del ministerio público en la investigación de los delitos.²⁰

necesidad, esto es, de manera excepcional se ha ido transformando en una forma de actuación general autónoma de la policía, interpretándose con holgura que la obligación de entrega de los antecedentes al ministerio público solo surge cuando se ha "actuado", es decir, se haya investigado algo. Por otro lado, y contra su significado literal, "sin demora" se interpreta como "después del aseguramiento imposable de las pruebas, de las debidas actuaciones de investigación y de su documentación escrita en el sumario" (Ambos, Kai: *Estudios de derecho penal y procesal penal (Aspectos del derecho alemán y comparado)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 339-364, p. 344. Vid. también, del mismo: "Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität", *Jura*, 2003, pp. 674-682.

¹⁷ En el caso de Estados Unidos, la autonomía funcional de la policía respecto del fiscal es bastante amplia, aunque sujeta a ciertos lineamientos generales de actuación (Israel/Kamisar/LaFave, *Criminal procedure*, cit., pp.15ss.).

¹⁸ Beulke, Werner: *Strafprozessordnung*, 12 Aufl., C.F. Müller, 2012, pp. 68-71.

¹⁹ Ambos, Kai: *Estudios*, cit., pp. 347ss.

²⁰ En Chile esta idea se vio fortalecida con la eliminación, del artículo 98 del Anteproyecto (art. 99 del Mensaje), la frase que imponía el deber a las policías para "por iniciativa propia o por orden del ministerio público, investigar los hechos punibles (...)", pues ella no se avenía con el mandato constitucional que entrega la dirección de la investigación al ministerio público.

En el esquema constitucional y legal, las facultades autónomas de la policía son excepcionales, pues conforme a los principios y la distribución de funciones en el nuevo proceso penal los cuerpos policiales son *auxiliares* en el desempeño de la función de persecución penal de los delitos cuya dirección compete exclusivamente al ministerio público (art. 83 CPR, art. 1 Ley 19.640 y art. 80 CPP). En efecto, en el diseño del nuevo proceso penal, y siguiendo el ejemplo alemán, la subordinación de la policía al ministerio público tenía dos propósitos: i. la dirección técnico-jurídica de las investigaciones por parte de los fiscales, quienes deben ser abogados y, ii. la responsabilidad exclusiva de éstos por el ejercicio de la acción penal, determinada por el sometimiento incondicionado de la policía a las órdenes e instrucciones de los fiscales. El progresivo incremento de sus facultades de actuación autónoma no ha significado, sin embargo, una mayor exigencia de responsabilidad, vacío que puede apreciarse especialmente en la regulación penal. Así, el delito de ocultación, alteración o destrucción de antecedentes, objetos o documentos de la investigación contenido en el art. 269 ter CP tiene únicamente como sujetos activos al “fiscal del Ministerio Público o el abogado asistente del fiscal”, y no a los funcionarios policiales. Esta omisión es particularmente grave si se considera que la policía es quien interviene el sitio del suceso, ejecuta las medidas intrusivas, levanta los medios de prueba y los efectos del delito, entre otras muchas actuaciones relevantes del procedimiento. Asimismo impacta en el delito de obstrucción a la investigación -art. 269 bis CP-, tipo delictivo de sujeto activo común que, sin embargo, no prevé la variante de obstaculizar la investigación mediante la destrucción, ocultación o sustracción de la evidencia y que conduzca al Ministerio Público a no perseverar o solicitar el sobreseimiento de la causa.

III. Ampliación de las actuaciones policiales autónomas del art. 83 CPP.

Seguidamente analizaremos cuánto afectan las modificaciones de la Ley 20.931 al diseño constitucional y legal de subordinación funcional de la policía al ministerio público en el cumplimiento de sus tareas de represión del delito. Las modificaciones al artículo 83 CPP, sobre “[a]ctuaciones de la policía sin orden previa” pueden resumirse a grandes rasgos del siguiente modo:

- (a) Se reformula la disposición a partir de la noción de preservación (“resguardar” o mantener indemne) del sitio del suceso y distingue, en relación a este último

concepto, dos hipótesis: lugar de comisión del delito y aquel en el que se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados.

- (b) Amplía las facultades autónomas de la policía, no solo a los supuestos de delito flagrante, sino también al caso de que se reciban denuncias del público por la policía en el ejercicio del deber contemplado en la letra e) del mismo artículo.

1. Actuaciones de la policía sin orden previa: resguardo del sitio del suceso

Con relación al resguardo del sitio del suceso, se hace necesario indagar en el sentido de la modificación del primer inciso de la letra c) del artículo en comento, pues se añade al concepto natural y obvio de *sitio del suceso* – entendido como el lugar de comisión del delito- la hipótesis de lugares en los que se denuncie o aparezcan señales o evidencias de su perpetración. En efecto, bajo la denominación genérica de “sitio del suceso”, que hasta la reforma de 2016 carecía de alguna indicación legal que lo definiera, ahora es identificado como “todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados.”²¹

Punto de partida para clarificar el concepto ha de ser, a nuestro juicio, la definición técnica de “sitio del suceso”. Un Manual Didáctico sobre Trabajo Policial en el Sitio del Suceso, de Carabineros de Chile²² lo define del siguiente modo: “[s]e denomina Sitio de Suceso (SS) al lugar donde ha ocurrido un hecho que tiene el carácter de delito y que requiere ser investigado. En este lugar quedan huellas, indicios rastros o señales que después de ser pesquisados como evidencia física, se transformarán en medios de prueba, que permitirán establecer fehacientemente cómo ha ocurrido el hecho y cuál fue la participación de cada uno de los involucrados. “Otro Manual de Formación, de 2016,²³ es

²¹ En general, el legislador pareciera estar pensando en aquellos delitos graves contra bienes jurídicos individuales, como la vida, la salud, la libertad personal, la autodeterminación o indemnidad sexual, la propiedad, y otros de carácter supraindividual, como los delitos especiales de la Ley 20.000, terroristas y de control de armas, que son aquellos en que una actuación urgente e inmediata en el sitio del suceso pareciera encontrarse siempre fundada: Surge la interrogante, pues la ley no hace distinciones, de si la policía actuará con la misma presteza respecto de delitos graves de corrupción, patrimoniales o económicos, en los que existan señales o evidencias de su perpetración.

²² http://perfeccionamiento.carabineros.cl/capac/manuales/trabajo_policial/trabajo_policial.pdf (revisado el día 14.03.2018)

²³ http://www.esfocar.cl/resources/entradas/archivos/16-01-2017_15-45-0913%20%20PROCED%20POLICIALES%20II.pdf (revisado el día 14.03.2018)

más conciso y señala que: “[e]l Sitio del Suceso se define como el lugar material donde ha ocurrido un hecho que se hace necesario investigar, ya sea desde el punto de vista policial o judicial. Se deben considerar, además, las inmediaciones del lugar, en la medida que existan evidencias físicas asociadas al delito investigado”(p.2).

Como se observa, las definiciones técnicas estándar sobre sitio del suceso incorporan habitualmente tanto el lugar de comisión del delito *como sus inmediaciones*, en las que también pudieren hallarse vestigios del hecho. Pero no pareciera haber sido este el propósito del legislador al incorporar expresamente esta hipótesis, pues consta del Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que 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”.²⁴

La intervención del Senador Espina da cuenta de la voluntad de incluir expresamente como supuesto que autoriza el ejercicio policial autónomo aquel en el que solo habría la mera denuncia de un delito. Con relación al resguardo del sitio del suceso, se busca que tales facultades operen tanto en el caso de delito flagrante con imputado detenido como en el supuesto de denuncias penales sin detenidos y en cuya investigación se encuentren “señales o evidencias” de su perpetración. Esto es, la modificación *no* significaría una ampliación del concepto de sitio del suceso, sino de una clarificación de las hipótesis en que procedería su resguardo o preservación. Lo cierto es que la intervención del Senador Espina conduce igualmente a confusiones, pues el lugar de comisión de delito no siempre será el lugar donde el sospechoso haya sido detenido y, por otro lado, la denuncia de un delito no siempre impedirá identificar el lugar de su comisión, el que podría coincidir o no con aquel en el que se hallen señales o evidencias de su perpetración. No obstante, y para el caso de que se considerase plausible una interpretación extensiva del concepto, se trataría de lugares en los que se “encontraren” señales o evidencias de la perpetración del delito, pues el precepto no se refiere a supuestos en los que se *denuncie* la posible existencia de tales señales o evidencias sino a su *hallazgo*, circunstancia que refuerza la exigencia de contigüidad espacio-temporal de

²⁴ Intervención del Senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82

estos lugares con el sitio del suceso y con la comisión del delito, como la droga o el arma arrojada por el hechor durante la huida una vez que es descubierto.

Abona la interpretación precedente el estatus jurídico de las facultades policiales autónomas en nuestro ordenamiento positivo, las que deben ser siempre excepcionales y fundarse en razones de urgencia e impostergabilidad de la actuación policial en el ámbito de las primeras diligencias de la investigación, con lo cual el criterio restrictivo espacio-temporal es irrenunciable. En cualquier otra hipótesis prevalece la regla general: comunicar el hecho al fiscal de turno para que, en su caso, solicite la autorización judicial correspondiente. Tratándose del sitio del suceso, el fundamento radica en la necesidad de evitar la injerencia de terceros que pudieren alterar, modificar o borrar los rastros o vestigios del hecho, o remover o trasladar los instrumentos usados para llevarlo a cabo. Es evidente, entonces, que ella solo puede justificarse en tanto exista razonablemente la posibilidad real y concreta de un sitio del suceso útil para obtener evidencia incontaminada o para evitar su remoción o destrucción, para lo cual resulta pertinente el criterio alemán de "*peligro en la demora*". *Prima facie* pareciera indiferente si se trata de la denuncia de un delito flagrante con detenido o de una denuncia sin detenido pero que se efectúa *durante el lapso de flagrancia*. En este último caso, la interpretación razonable y conforme con las garantías constitucionales es la limitación de la actuación policial autónoma a los tiempos máximos que el legislador ha establecido para la flagrancia ficta. Fuera de este caso excepcional, carece de toda justificación constitucional y legal la actuación policial al margen de la dirección y la responsabilidad del ministerio público en el ejercicio de la persecución penal pública. De allí que el Fiscal Nacional, en sus instrucciones generales, debiera considerar los límites temporales de la flagrancia junto con la definición político-criminal acerca del modo en que deben emplearse los recursos (siempre limitados) que se asignan para la persecución de los delitos.

El nuevo inciso 1° de la letra c) del art. 83 precisa que el sitio del suceso puede abarcar lugares "públicos o privados", añadiéndose a la tradicional clasificación entre lugares abiertos o cerrados. Lo cierto es que desde su origen, el Código Procesal Penal ha preferido la distinción fenoménica entre lugares *abiertos y cerrados*,²⁵ pero reconociendo implícitamente la distinción jurídica entre lugares públicos y privados. En efecto, en una interpretación sistemática con las disposiciones de los artículos 204 y siguientes del CPP, y prescindiendo de las hipótesis especiales (arts. 209, 210, 211), la ley regula el supuesto

²⁵ Espacios que cuentan o no con límites físicos o materiales que los protegen de factores ambientales o externos, o que se encuentren o no en funcionamiento (v.gr. art. 207 CPP).

de entrada y registro en lugares públicos o de libre acceso al público y la entrada y registro en lugares cerrados que, al mismo tiempo, pertenecen a particulares, puesto que exige el consentimiento del "propietario o encargado" o, en ausencia de tal, la correspondiente autorización judicial (art. 205).

La precisión legislativa respecto de los lugares que constituyen el sitio del suceso, por consiguiente, no pareciera innovar en la materia, en la medida que tratándose de un lugar abierto o cerrado, ya sea público o privado, los funcionarios policiales siempre han estado habilitados para *clausurar* el ingreso al sitio del suceso o para *aislarlo*, con el fin de impedir el ingreso a él de personas extrañas a la investigación. Por consiguiente, el ingreso de personal policial experto al sitio del suceso cuando este fuere cerrado o pertenezca a particulares solo podrá efectuarse autónomamente y sin autorización judicial cuando concurra alguna de las excepciones previstas en el art. 206, incisos 1° y 3°, que hasta antes de la reforma de 2016 se fundaban en la concurrencia de delitos flagrantes²⁶. Se destaca aquí, no obstante, que la ley 20.931 introdujo una polémica hipótesis que se aparta completamente de esta idea y que, como veremos más adelante, resulta extremadamente criticable desde diversas perspectivas.

Asimismo, se elimina la frase que sometía a la designación *por el ministerio público* del personal policial experto que debía intervenir en el sitio del suceso para llevar a cabo las pericias correspondientes. Ello significa que será el personal experto de la policía que primero acuda al sitio del suceso la que podrá intervenir en él sin necesidad de instrucciones previas de los fiscales, aunque subsiste el deber de "información inmediata" (art. 84 CPP). Desde luego, el ministerio público puede regular esta materia a través de instrucciones generales, como precisamente lo dispone el art. 87 CPP, y evitar de este modo que ocurra la experiencia alemana en la materia.

2. Actuaciones de la policía sin orden previa: flagrancia

La ley 20.931 pareciera ampliar las potestades autónomas de la policía previstas para los delitos flagrantes también a los casos en que reciban denuncias del público, aunque no se trate de delitos flagrantes. Aunque la ley nunca ha distinguido la *forma* en que la policía toma conocimiento de un delito que haga necesaria su intervención

²⁶ Llamadas de auxilio u otros signos evidentes indicativos de que en el recinto o lugar cerrado se está cometiendo un delito o existen indicios o sospechas de comisión del delito de abigeato en predios, y las circunstancias impidan recabar la oportuna autorización del juez o del propietario.

inmediata,²⁷ sí se ha entendido que la actuación policial *autónoma* solo podría justificarse en situaciones *urgentes o que no admitan demora*, como el caso de los delitos flagrantes y en el contexto de las *primeras diligencias de la investigación*, pues en los demás casos recupera preeminencia la regla general y se debe requerir la correspondiente instrucción al fiscal competente. En otras palabras, la contraposición entre delito flagrante y denuncia de un delito no es pertinente, porque como es obvio, la policía puede recibir denuncias de delitos en situación de flagrancia, y llevar a cabo las actuaciones previstas en la letra c) del art. 83 en el lapso de doce horas que autorizan sus hipótesis fictas (art. 130 letras d) y e)), aunque no se logre la captura del sospechoso.

Sin embargo, la prescripción de la última parte del inciso final de la letra c) del art. 83, modificado por la Ley 20.931, desafía la conclusión anterior porque pareciera ampliar la autorización de actuación autónoma a cualquier caso de denuncia por el público aunque no se trate de delitos flagrantes. Examinemos su texto:

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.**

Como se observa, la ampliación de las facultades autónomas de la policía al ámbito de la denuncia de delitos no flagrantes se lleva a cabo a renglón seguido del inciso referido a los "delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso," circunstancia que favorecería *prima facie* una interpretación restringida de la disposición, esto es, solo aplicable a los casos de denuncias de delitos no flagrantes que se hubieren cometido en tales lugares, supuesto de actuación autónoma que podría justificarse por las dificultades de comunicación que pudieran suscitarse para recabar instrucciones del ministerio público.

²⁷ Así, la denuncia telefónica o presencial –en la Comisaría– de haber sido víctima de un robo unos minutos u horas antes caería dentro del art. 83 letra e) y, asimismo, constituir un delito flagrante.

Sin embargo, y a pesar de la confusa y deficiente técnica legislativa utilizada, es dudoso que tal haya sido el propósito del legislador. En efecto, de la historia de la ley – como veremos- pareciera desprenderse la finalidad de extender las facultades autónomas de la policía a los delitos no flagrantes que fueren denunciados conforme a la letra e) del art. 83, inferida a partir de la modificación sufrida por la letra d) de la citada disposición a través de la ley 20.931. En ella se insiste en la distinción general entre delitos flagrantes y delitos “denunciados”, cuando se trata de la actuación autónoma de identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos presten voluntariamente (letra d) art. 83), aunque nuevamente en términos muy confusos:

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;

El texto anterior a la ley 20.931 señalaba textualmente: “d) Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, *tratándose de los casos a que se alude en las letras b) y c) precedentes*. Como se observa, esta última parte de la disposición fue suprimida y parece haberse refundido en la cláusula “en los casos de los delitos flagrantes,²⁸ en que se esté resguardando el sitio del suceso,²⁹ o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Esta última hipótesis muestra la falta de prolijidad del legislador, especialmente para delimitarla del supuesto que se prevé en la frase siguiente de la disposición. En efecto, ¿qué significa la remisión a la letra b) del art. 83, que trata sobre la detención en casos de flagrancia? Como se ha dicho, el legislador de la ley 20.931 contrapone flagrancia con la denuncia de delitos. ¿Se trata ahora de tomar declaración voluntaria a los testigos cuando se realiza la detención

²⁸ Que haría referencia a la letra b) del art. 83, sobre detención flagrante, aunque también podría aplicarse a la letra c) en casos de flagrancia.

²⁹ Que haría referencia a letra c) del art. 83, que puede darse en casos de delitos flagrantes y no flagrantes.

por flagrancia? Pero este supuesto no requiere denuncia y, además, se hallaría abarcado ya por la primera hipótesis. ¿O se trata simplemente de un error y se quería hacer remisión a la letra e) del artículo 83? ¿Y lo que se busca es que la policía tome declaración voluntaria a los testigos que acompañen al denunciante? ¿O de aquellos testigos que quieran prestarla cualquiera sea el lapso transcurrido tras la comisión del delito o en cualquier estado del procedimiento, como pareciera desprenderse de la última frase de la disposición?

La historia de la ley arroja luces al respecto, pues se aprecia el propósito de terminar con la "mala práctica" policial de negarse a tomar declaración a los testigos que acuden a las comisarías, con o sin el denunciante, arguyendo que requieren primero una instrucción 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"³⁰.

En el mismo sentido intervino el profesor Matus, añadiendo que,

*(...) 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.*³¹

Por consiguiente, no se trata de facultar a los funcionarios policiales para que autónomamente citen a los testigos a las comisarías o salgan a obtener declaraciones en terreno sin instrucción o control del Ministerio Público, sino de facultarlos para recibirlas cuando los testigos voluntariamente accedan a prestarlas concurriendo ante la policía.

El representante del ministerio público ante la Comisión de Constitución del Senado, al pronunciarse sobre la indicación del Ejecutivo que pretendía extender la facultad policial de empadronar y consignar las declaraciones de testigos cada vez que

³⁰ Intervención del Senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 82.

³¹ Intervención del Profesor Jean Pierre Matus en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Informe de la Comisión; pág. 87.

en el ejercicio de sus funciones tomen conocimiento de un hecho que revista caracteres de delito³² 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.*³³

En razón de la argumentación anterior se decidió rechazar esta hipótesis amplia reemplazándola por la referida a la recepción de denuncias, de modo que la remisión correcta es a la letra e) y no a la letra b) del art. 83, destacando la importancia de que esta actuación fuera regulada a través de instrucciones generales del ministerio público. Así, 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".*³⁴

Sin embargo la "hipótesis amplia" se mantuvo en la última frase de la letra d) del art. 83, pues como se trata de la recepción de declaraciones voluntarias de testigos "fuera de los casos anteriores", es evidente que se tratará de supuestos en que ha transcurrido bastante tiempo desde la comisión de delito, haya o no una investigación abierta sobre el delito en cuestión. En este contexto, será fundamental la forma en que se regule esta actuación autónoma de la policía y los criterios que se adopten en las instrucciones generales, pues es el Fiscal Nacional quien debe resolver sobre los límites de la

³² Indicación 20, de Su Excelencia la señora Presidenta de la República, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 80.

³³ Intervención del representante del Ministerio Público ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 84.

³⁴ Intervención del Senador Espina en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado; Segundo Informe de la Comisión; pág. 85

delegación de las atribuciones que al ministerio público corresponden en la investigación criminal, tanto por razones de eficacia como por la potencial afectación de derechos fundamentales.

Un criterio clave para la definición de la pertinencia y oportunidad de la injerencia policial autónoma está determinada por el tiempo transcurrido entre la comisión del delito y el conocimiento que se tiene del mismo a través, por ejemplo, de una denuncia o querrela. Sin perjuicio de los límites temporales fijados para la flagrancia –altamente laxos- otro baremo decisivo se fija en el inciso 2° del artículo 180 CPP, que indica el lapso relevante para la obtención de evidencia útil para la acreditación de un delito. En efecto, en él se señala que “(...) *dentro de las veinticuatro horas siguientes* a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieren para verificar su responsabilidad (...).”

En tanto la policía es auxiliar del ministerio público, y la ley insta a la práctica de diligencias útiles y pertinentes de investigación dentro de un determinado lapso que considera relevante para su eficacia, pareciera lógico que este también operara como límite para conferir autonomía a la policía en el contexto de las “primeras diligencias de la investigación”. Por consiguiente, no debieran conferirse facultades autónomas a la policía cuando pueda recabarse la oportuna instrucción particular del fiscal de turno o cargo del caso, a menos que se determinen criterios relevantes, precisos y restrictivos (gravedad de los delitos, circunstancias de su comisión) que ameriten un lapso más prolongado de autonomía desde la realización de la denuncia correspondiente.

El criterio limitador de la ley es extremadamente vago (“hechos lejanos en el tiempo”) e inconsistente con la excepcionalidad de las facultades autónomas que deben tener las policías. Corresponde, pues, al Ministerio Público velar porque tales atribuciones se mantengan dentro de límites razonables, atendida la entidad de los delitos denunciados y las circunstancias que pudieran justificar la actuación de la policía sin necesidad de orden previa del ministerio público, en el contexto de la interpretación

histórica restrictiva del artículo 83 CPP.³⁵ Como se vio al inicio de este informe, la experiencia comparada muestra que a mayor autonomía que se confiera a la policía, menor será el peso del ministerio público sobre los resultados de la investigación y de su capacidad de dirigir la acción penal pública conforme a criterios jurídico-penales estrictos, cuestión fundamental en un estado constitucional y legal de derecho.³⁶

IV. Ampliación de las facultades autónomas de la policía contempladas en los arts. 129 inciso final, en relación al art. 215 CPP.

La ley 20.931 modificó el inciso final del art. 129 CPP, sobre detención en caso de flagrancia, añadiendo la frase que se destaca en cursiva:

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.

La disposición se refiere al caso de persecución en delito flagrante y a la posibilidad de que, en tales circunstancias, la policía proceda autónomamente a la entrada, registro e incautación de objetos y documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución.

Asimismo, se modificó el artículo 215 CPP, suprimiendo la exigencia de orden judicial previa, cuando con ocasión de la práctica de entrada y registro se descubrieren objetos o documentos no relacionados con el caso que dio origen a la medida intrusiva, sino con otro distinto, esto es, los denominados "hallazgos o descubrimientos casuales".³⁷

La señalada disposición quedó redactada en los siguientes términos:

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

³⁵ Sobre la génesis de este artículo y las modificaciones sufridas durante la tramitación parlamentaria, cfr. Maturana, Cristián (coord.) *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, pp. 428 ss.

³⁶ Ambos se refiere a las medidas adoptadas en Alemania para mitigar esta tendencia (*Estudios*, cit., pp.347ss.).

³⁷ Del alemán *Zufallsfunde* (Beulke, cit., pp. 178-179).

del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación [previa orden judicial], debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará.

De la lectura sistemática de las modificaciones realizadas a ambas disposiciones legales se concluye que se eliminó el diferente tratamiento procesal de la incautación de objetos y documentos encontrados en lugares cerrados, según si ellos estuvieran o no vinculados al caso investigado, echando de un plumazo por la borda una distinción sustantiva para el debido resguardo de los derechos individuales y las garantías fundamentales.

En efecto:

- a) se autoriza a la policía para que, *sin necesidad de informar y pedir instrucciones previas al ministerio público ni de autorización judicial* en el contexto de la persecución *por delito flagrante* de un sospechoso que se refugia o halla en un lugar cerrado, mueble o inmueble, pueda ingresar a él, lo registre e incaute los documentos u objetos *vinculados al caso* que dio origen a la persecución, dando cuenta inmediata al fiscal; la referencia al art. 215 puede resultar controvertida a la luz de la forma en que quedó redactada esta norma, pues pareciera admitir la incautación de objetos y documentos *no vinculados* al caso (art. 129, inciso final)
- b) se autoriza a la policía para que, *sin necesidad de informar ni pedir instrucciones previas al ministerio público, ni tampoco solicitar autorización judicial* –que antes se exigía– en el contexto de *una diligencia de registro* de un lugar cerrado, incaute los documentos u objetos hallados en él que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento en que la orden respectiva se haya librado, dando cuenta inmediata al fiscal (art. 215).

El art. 215, y el inciso final del art. 129 que remite al primero, ambos del CPP, adolecen de vicios de inconstitucionalidad,³⁸ puesto que prescinden de la aprobación judicial

³⁸ En el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley, aunque fue declarado constitucional, el voto de minoría de los ministros Aróstica, Brahm, Letelier y Vásquez estuvo por declarar inconstitucional el artículo 2º, N°6, referido a la modificación al art. 129 CPP, en los siguientes términos: "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 19, 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, en orden a

previa en hipótesis que no son ni pueden constituir una excepción a la norma constitucional contenida en inciso 3° del artículo 83, la que perentoriamente dispone que,

El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, *las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa.*

Como sabemos, las únicas excepciones a esta regla son el consentimiento del titular del derecho y la flagrancia, esta última fundada en la necesidad de actuación urgente e inmediata por el peligro en la demora para los fines del proceso penal. En este sentido, la circunstancia de estarse actualmente cometiendo un delito o de que éste acaba de cometerse y la mayor posibilidad de aprehender a quienes efectivamente intervinieron en él y de incautar los instrumentos y efectos del delito³⁹ justifican la excepción al deber general de aprobación judicial previa no obstante que se trata de una amenaza de afectación de derechos constitucionales. También se suele acudir a la idea de flagrancia para conferir cobertura legal a los hallazgos casuales, en tanto ella permitiría entender que la situación fáctica que se produce de forma *inesperada* o *fortuita* excusaría de la necesidad de autorización judicial, pues el delito recién se percibe por la evidencia encontrada, exigiendo de manera inmediata la intervención policial.⁴⁰

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

³⁹ Así, la doctrina y la jurisprudencia españolas plantean que la flagrancia se define por tres notas características: 1. inmediatez temporal o "inmediatez de acción"; es decir, que se está cometiendo un delito o que haya sido cometido instantes antes; 2. inmediatez personal, consistente en que el delincuente se encuentre allí en ese momento en situación tal con relación al objeto o a los instrumentos del delito que ello ofrezca una prueba de su participación en el hecho; 3. necesidad urgente, de tal modo que la policía, por las circunstancias concurrentes, se vea impelida a intervenir inmediatamente, con el doble propósito de poner fin a la situación existente impidiendo en la medida de lo posible la propagación del mal que la infracción penal acarrea, y de conseguir la detención del autor de los hechos, necesidad que no existirá cuando la naturaleza de los hechos permita acudir a la autoridad judicial para obtener el mandamiento correspondiente (cfr. Alvarez de Neyra, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio), en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (RIEDPA), N°2, 2011, pp. 19-20.

⁴⁰ Alvarez de Neyra, cit., p. 27, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el que ha llegado a sostener que, en caso de no existir flagrancia, los descubrimientos o hallazgos casuales entrarían de lleno en el art. 11.1 LOPJ, invalidando las pruebas halladas. Ejemplo de esto es la STS de 20 de septiembre de 2006 que absolvía a los condenados por un presunto delito contra la salud pública, al considerar, en un hallazgo casual, que no existía flagrancia (cfr. sentencias señaladas en nota n° 67). Cfr. infra nota 45 para la regulación alemana.

Pero la flagrancia resulta controvertida en nuestro ordenamiento procesal penal por la excesiva extensión del concepto a hipótesis fictas que no aseguran del mismo modo la vinculación del sospechoso con el delito que se persigue. En efecto, la determinación legal de "tiempo inmediato a la perpetración del delito" habilitaría a la policía para registrar sin control del ministerio público ni autorización judicial previa y dentro del lapso de doce horas un lugar cerrado que bien podría pertenecer a un tercero ajeno a la investigación, e incautar directamente objetos y documentos no vinculados al delito que dio origen a la persecución, sino a uno desconocido y respecto del cual no existiera ningún indicio previo de su existencia.⁴¹ Esta posibilidad aparece *prima facie* favorecida por la remisión al art. 215, a pesar de que los antecedentes de la historia legislativa dan cuenta de la voluntad contraria.

En efecto, la referencia que la frase final del art. 129 hace al artículo 215 -que regula la incautación de objetos o documentos no relacionados con el hecho investigado pero que dan cuenta de un hecho punible distinto- se efectuó precisamente para dejar indemne dicho supuesto pues, al momento de la discusión del art. 129, el artículo 215 entonces vigente requería orden judicial previa. El texto del inciso final del art. 129, tal como provenía de la Cámara de Diputados, disponía 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." Esto es, no existía ninguna referencia al carácter "vinculado" o no de los objetos incautados en la persecución flagrante.

En la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia del Senado la Defensoría Penal Pública advirtió acerca de "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".⁴² Frente a ello, el Senador Araya intervino señalando "que la Defensoría Penal plantea dudas muy plausibles en relación a la materia en estudio. Observó que es muy enojosa la situación que puede

⁴¹Incluso podría darse el supuesto que ello ocurra en persecución de un sospechoso que no fuera habido en el lugar cerrado, pero que se señale que estuvo allí, pues legitimaría el registro que la entrada, registro e incautación se efectúe en el marco de una persecución "para practicar la detención".

⁴²Intervención del representante de la Defensoría ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p.120.

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*".⁴³ Especial relevancia tiene, atendido el origen gubernamental del proyecto, la intervención de la entonces Ministra de Justicia, quien sostuvo 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".⁴⁴ Por su parte, el profesor Juan Domingo 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 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".⁴⁵ Fue justamente en base a este argumento que se añadió la referencia al art. 215, para asegurar la necesaria intervención judicial en la incautación de objetos no vinculados, lo que queda en evidencia con la utilización de la expresión "[l]o anterior procederá **sin perjuicio** de lo establecido en el art. 215", que se utiliza para dejar a salvo una excepción. De otro modo ¿qué sentido tendría hacer expresa referencia en la disposición a los objetos y documentos *vinculados*, si en definitiva también los *no vinculados* podrían ser incautados autónomamente?

Una situación similar se produce con la modificación del art. 215, disposición legal que regula la hipótesis de hallazgos casuales en el marco de la ejecución de una diligencia de registro autorizada judicialmente. Antes de la reforma se exigía, para la incautación "de 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", una orden judicial previa que ponderara las circunstancias del hallazgo

⁴³ Intervención del Senador Araya en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p. 121.

⁴⁴ Intervención de la Ministra de Justicia en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p. 121.

⁴⁵ Intervención del profesor Acosta en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, Segundo Informe de la Comisión, p. 121.

con la entidad del derecho constitucional amenazado o perturbado. La supresión de este requisito fundamental en una hipótesis que la propia ley designa como el descubrimiento de evidencia de un delito no relacionado con aquel que es materia del registro autorizado, así como la ausencia de necesidad imperiosa que impida la suspensión del registro para recabar dicha orden, nos lleva a afirmar la inconstitucionalidad de la disposición legal en estudio. En efecto, el registro e incautación autónoma de la policía respecto de objetos y documentos no vinculados con los hechos investigados afecta la esencia de los derechos constitucionales a la inviolabilidad del hogar y al debido proceso, al prescindirse del control judicial *ex ante* de medidas intrusivas que no han podido fundarse en indicios previos de su existencia, y cuya procedencia y proporcionalidad solo pueden ser ponderadas debidamente por un órgano jurisdiccional.

Si bien la regulación alemana sobre hallazgos casuales, en relación a una entrada y registro autorizado judicialmente, no exige solicitar la aprobación judicial previa para proceder a la incautación de objetos que no guarden relación con los hechos en actual investigación,⁴⁶ es importante destacar que en dicho país no se encuentra garantizado a nivel constitucional el control jurisdiccional previo de las actuaciones de persecución penal que afecten derechos constitucionales. No obstante, la jurisprudencia alemana ha rechazado la aplicación de este parágrafo cuando pueda acreditarse que el hallazgo de objetos no relacionados no fue "casual" sino que fueron deliberadamente buscados por la policía. Asimismo, ella aplica la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto, esto es, sopesa de modo concreto el interés en la persecución penal del delito con el interés individual afectado para pronunciarse sobre la admisibilidad probatoria de tal evidencia.

V. *La reforma del art. 206 CPP*

Finalmente nos referiremos a la modificación del art. 206 CPP, pues la ley 20.931 introdujo una nueva hipótesis de entrada y registro a lugares cerrados sin autorización judicial:

Artículo 206 inciso primero.- Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden. La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlos, sin

⁴⁶ § 108.I StPO, cuyo texto señala: "Si, con ocasión de un registro, se encuentran objetos que, aunque no guarden relación con la investigación, indiquen la perpetración de otro delito, deben ser incautados por el momento. La fiscalía debe ser informada."

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.**

Se introduce otra facultad policial autónoma en un supuesto que en modo alguno resulta equiparable a los actualmente previstos en el art. 206, los que constituyen situaciones de flagrancia o de peligro para las personas, y sí justifican una restricción al derecho a la inviolabilidad del hogar. En tal sentido, este precepto legal es inconstitucional.

Cabe tener presente que la Comisión de Constitución del Senado rechazó una indicación del Ejecutivo (N°60) orientada expresamente a regular el caso de incautación de objetos no vinculados en el marco de una entrada y registro en virtud del art. 206, exigiendo que solo se pudiera proceder a ella "previa orden judicial, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 9". No obstante, dicha indicación fue rechazada por la Comisión, la cual consideró que en este caso procedía la incautación autónoma por la policía⁴⁷.

Por consiguiente, se habilita a la policía para ingresar y registrar autónomamente un lugar cerrado con el fin de evitar una *potencial* pérdida de medios probatorios bajo un estándar mínimo de comprobación, a saber, basta que "*exista algún indicio*" de destrucción de evidencias que "pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito" o bien "aquellos que de éste provinieren."

Ahora bien, el "indicio" no es más que una conjetura, la inferencia de un hecho que no se conoce a partir de uno que sí se conoce, mediante un razonamiento lógico

⁴⁷ 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 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." Esta intervención muestra una nula comprensión de la importancia de estos controles en el sistema procesal penal chileno, prefiriendo el sacrificio de las garantías a la búsqueda de soluciones técnicas de comunicación más expeditas.

inductivo-deductivo.⁴⁸ Resulta altamente discutible que la policía, sin antecedentes previos serios, se percate desde lugares abiertos o en la vía pública de indicios que al interior de “un lugar cerrado se están destruyendo documentos u objetos que dan cuenta de un delito”. Si contara con tales antecedentes, correspondería solicitar la respectiva autorización judicial. A la luz de la intervención del Senador Espina, pareciera que la finalidad hubiera sido habilitar a la policía para actuar autónomamente en forma análoga a como lo hace con el control de identidad, sin consideración alguna a la entidad del derecho constitucional vulnerado. En efecto, en una valoración de los intereses en juego, esto es, la existencia de “indicios de una potencial destrucción de evidencia respecto de cualquier delito”– pues no hay restricciones por gravedad- versus “el derecho constitucional a la inviolabilidad del hogar o domicilio”, no cabe duda que, en tales términos, se infringe el principio de proporcionalidad, máxime cuando se prescinde del control previo del ministerio público y la intervención del juez de garantía.

No obstante la inconstitucionalidad del precepto legal en relación a la entrada y registro en lugar cerrado, cabe efectuar una interpretación conforme con la Constitución cuando se trate del hallazgo –y posible incautación- de objetos o documentos en el lugar cerrado que se registra, y siempre que no estemos frente a un delito flagrante.⁴⁹ En tal caso, la policía requerirá de orden judicial para incautar los objetos que encuentre al efectuar el registro autónomo, pues si se trata de objetos relacionados con el hecho investigado procede aplicar la norma del art. 217 CPP, que exige orden judicial si la persona afectada no entrega voluntariamente los objetos o cuando el requerimiento de entrega pueda poner en peligro la investigación. Si se descubren objetos *no relacionados* con el delito investigado no cabe aplicar el art. 215 CPP, pues dicha disposición contiene una regla excepcional que solo es admisible respecto del registro *fundado en una orden judicial*.⁵⁰ La existencia de tal orden judicial previa permite asegurar, siquiera preliminarmente, que existe una investigación formal en curso cuyos antecedentes fueron valorados por un tribunal y que los hallazgos de objetos que dan cuenta de la comisión de otro delito fueron efectivamente *casuales* o *imprevistos*. Por consiguiente,

⁴⁸ Maier, Julio: *Derecho procesal penal*, III (Actos procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 180.

⁴⁹ En tal caso, la hipótesis de flagrancia cubre o absorbe este supuesto, haciendo procedentes sus reglas particulares.

⁵⁰ “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...**”.

en este caso procede la aplicación general del art. 9 CPP, esto es, se requiere autorización previa del tribunal de garantía.

VI. Conclusiones

- a. En el derecho comparado se aprecia un relevante margen de autonomía de la policía en el ámbito de la persecución penal de los delitos. En la práctica esto significa que aunque la policía se encuentre funcionalmente subordinada a la dirección del ministerio público, siempre ha tenido -o han ido ampliándose- sus atribuciones autónomas en la investigación de los delitos. Resulta sin embargo criticable que, en Chile, esta mayor independencia no ha ido acompañada de una mayor exigencia de responsabilidad, tanto administrativa como penal.
- b. La Ley 20.931 estuvo orientada, entre otros objetivos, a dotar de mayores atribuciones a la policía en relación con el sitio del suceso, denuncias del público y en el contexto de medidas intrusivas que pueden dar lugar a los denominados "hallazgos casuales". Esta ampliación de facultades conlleva problemas interpretativos y, en algún caso, objeciones de constitucionalidad.
- c. Con relación al sitio del suceso, se precisa que las facultades del art. 83 letra c) operan tanto en el caso de delitos flagrantes con imputado detenido como en el caso de denuncias penales sin detenidos y en cuya investigación se *encuentren* "señales o evidencias" de su perpetración. La expresión utilizada por el legislador da cuenta de la preocupación por incluir expresamente dentro del concepto de sitio del suceso aquellos lugares que técnicamente no se consideren tales – por no tratarse del lugar de comisión del delito- pero que tienen relevancia probatoria y deban ser custodiados, tanto en caso de flagrancia como denuncia.
- d. De relevancia es la pregunta sobre la incidencia que tendría la nueva distinción sobre el carácter de los lugares que podrían ser objeto de la facultad policial autónoma establecida en la letra c) del art. 83 CPP. En efecto, la reforma legal añade a la tradicional clasificación fenoménica entre lugares "abiertos o cerrados" la más jurídica que distingue entre lugares "públicos o privados". No obstante, estimamos que implícitamente siempre ha reconocido esta última distinción al exigir, para la entrada y registro en lugares cerrados, el consentimiento del "propietario o encargado" o, en su ausencia, la correspondiente autorización

- judicial, en tanto un lugar privado suele estar delimitado por cierres u otros mecanismos análogos que impiden el libre acceso del público a él.
- e. Para que se “encuentren” señales o evidencias del delito, el lugar será regularmente uno abierto o público, pues solo a través de una denuncia fundada tales evidencias podrían encontrarse en lugares cerrados. Al respecto, y por las restricciones espacio-temporales que habilitan el ejercicio de facultades autónomas, consideramos que el ingreso de personal policial experto al sitio del suceso cuando este fuere cerrado o perteneciere a particulares solo podrá efectuarse autónomamente y sin autorización judicial cuando concurra alguna de las excepciones previstas en el art. 206, incisos 1° y 3°, que hasta antes de la reforma de 2016, se fundaban estrictamente en la concurrencia de delitos flagrantes.
- f. La voluntad legislativa de ampliar las facultades autónomas de la policía a supuestos en los que existe la mera denuncia de un delito debe conciliarse con el fundamento estrictamente excepcional de tal autorización, a saber, *la impostergabilidad de la persecución penal en el marco de las primeras diligencias de la investigación, por el peligro que conlleva su demora*, a saber, potenciales daños para la víctima o pérdida de la evidencia. En efecto, la injerencia en los derechos de las personas sin el control del ministerio público ni previa aprobación judicial debe sostenerse razonablemente en un pronóstico objetivo de peligro para la indemnidad de las personas o los fines de la investigación, como obtener evidencia útil o evitar su remoción o destrucción, de modo que los límites ya bastante extensivos de la flagrancia constituyen una valla infranqueable. Consecuentemente, cualquiera sea la forma en que se tome conocimiento del hecho punible, *la actuación policial autónoma debe limitarse a los tiempos máximos que el legislador ha establecido para la flagrancia ficta*. Fuera de este caso excepcional, carece de toda justificación constitucional y legal la actuación policial al margen de la dirección y la responsabilidad del ministerio público en el ejercicio de la persecución penal pública.
- g. La modificación del inciso final del art. 129 CPP traía, en un principio, únicamente como consecuencia la autorización a la policía para ingresar a un lugar cerrado cuando estuviere en actual persecución del sospechoso de un delito, no solo para practicar su detención sino también para registrar el lugar e incautar los objetos y documentos *vinculados al caso* que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal. Se mantuvo el inciso final que establece que lo anterior

procederá " *sin perjuicio* de lo establecido en el artículo 215." Esto es, aún en casos de delito flagrante, el legislador exigía el *criterio de conexión* de los objetos y documentos susceptibles de incautación con el hecho en actual persecución penal. Sin embargo, con posterioridad se modificó el artículo 215 CPP suprimiendo la exigencia de orden judicial previa, cuando con ocasión de la práctica de entrada y registro se descubrieren objetos o documentos *no relacionados* con el delito que dio origen a la medida intrusiva, sino con otro distinto. De la lectura sistemática de las modificaciones realizadas a ambas disposiciones legales se concluye que se eliminó el diferente tratamiento procesal al hallazgo de objetos y documentos en lugares cerrados, según si estuvieran o no vinculados al caso investigado, eliminando distinciones sustantivas para el debido resguardo de los derechos individuales y las garantías fundamentales.

- h. En nuestra opinión, el artículo 215 CPP – y el inciso final del art. 129, por su remisión a éste- adolece de vicios de inconstitucionalidad, puesto que prescinde del control del ministerio público y la aprobación judicial previa en hipótesis que no son ni pueden constituir una excepción a la norma contenida en el inciso 3° del artículo 83 de la Constitución. Las únicas excepciones a la regla constitucional son el consentimiento del titular del derecho y la flagrancia, esta última fundada en la necesidad de actuación urgente e inmediata por el peligro en la demora para la protección de la víctima y el esclarecimiento procesal de un delito determinado.
- i. Por último, la modificación al art. 206 CPP significó habilitar a la policía para efectuar entradas y registros en lugares cerrados en una hipótesis no asimilable a la flagrancia o al peligro para bienes personalísimos, únicas justificantes -en principio- de una restricción al derecho a la inviolabilidad del hogar. En su virtud se autoriza a la policía para ingresar y registrar autónomamente un lugar cerrado con el fin de evitar una *potencial* pérdida de medios probatorios bajo un estándar mínimo de comprobación, a saber, que "*exista algún indicio*" de destrucción de evidencias que "pudiesen haber servido o haber estado destinados a la comisión de un hecho constitutivo de delito" o bien "aquellos que de éste provinieren." Este precepto legal viola el principio de proporcionalidad de los bienes o intereses en juego introduciendo un nuevo vicio de constitucionalidad.
- j. No obstante el vicio de inconstitucionalidad del art. 206 CPP referido a la entrada y registro en lugar cerrado, cabría efectuar una interpretación conforme con la Constitución cuando se trate del hallazgo y eventual incautación de objetos o documentos vinculados o no al delito investigado en hipótesis distintas de la

flagrancia. En el primer caso es aplicable el art. 217 CPP, disposición legal que exige orden judicial si la persona afectada no entrega voluntariamente los objetos o cuando el requerimiento de entrega pueda poner en peligro la investigación. En el segundo caso no cabe aplicar el art. 215 CPP, pues dicha disposición contiene una regla excepcional que solo es admisible respecto del registro *fundado en una orden judicial*. Por consiguiente, fuera de los casos de flagrancia – que se rigen por sus reglas y fueron analizadas- procede la aplicación general del art. 9 CPP, esto es, se requiere instrucción previa del ministerio público y, en su caso, autorización del tribunal de garantía.

VII. Bibliografía

Alvarez de Neyra, Susana, "Los descubrimientos casuales en el marco de una investigación penal (con especial referencia a las diligencias de entrada y registro en domicilio), en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje* (RIEDPA), N°2, 2011.

Ambos, Kai: *Estudios de derecho penal y procesal penal (Aspectos del derecho alemán y comparado)*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.

: "Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität", *Jura*, 2003.

Beulke, Werner: *Strafprozessordnung*, 12 Aufl., C.F. Müller, 2012.

Gless/Grote/Heine (eds.) *Justizielle Einbindung und Kontrolle von Europol*, T.I, 2001, pp. 660 ss.; Paeffgen, "'Verpolizeilichung' des Strafprozesses- Chimäre oder Gefahr?", en Wolter (ed.) *Symposium für Rudolphi*, 1995.

Horvitz/López, *Derecho Procesal Penal chileno*, T. I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2002

Israel/Kamisar/LaFave, *Criminal procedure and the Constitution*, West Publishing Co., Minnesota, 1994, p. 24.

Kindhäuser, Urs: *Strafprozessrecht*, 2ª. Ed. Nomos, Baden-Baden, 2010.

Maier, Julio: *Derecho procesal penal*, III (Actos procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.

Maturana, Cristián (coord.) *Reforma procesal penal. Génesis, historia sistematizada y concordancias*, Tomo I, Facultad de Derecho U. de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.