

**CONSTITUCIONALIDAD DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CODIGO PROCESAL
PENAL.**

Informe en Derecho 12 de Marzo de 2003

*Patricio Zapata Larraín. Profesor de Derecho Constitucional. Master en Derecho, Harvard,
E.E.U.U. Master en Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica de Chile.*

Se me ha solicitado que informe en Derecho sobre la constitucionalidad de un Anteproyecto de reforma al Código Procesal Penal que, preparado por el Ministerio de Justicia en Enero de 2.003, fue entregado para su examen y comentario al Sr. Presidente de la Excelentísima Corte Suprema, al Sr. Fiscal Nacional y el Sr. Defensor Nacional.

De entre el amplio conjunto de modificaciones consideradas en el Anteproyecto, casi 50, este Informe sólo se concentra en aquellas que presentan marcadas connotaciones constitucionales.

Este informe concluye que alguna de las modificaciones legales contenidas en el anteproyecto vulneran gravemente la esencia de la garantía constitucional del artículo 19 N° 7 letra c, esto es aquella que define que los casos y formas en que una persona puede ser arrestada o detenida.

Más específicamente, este informe concluye que la operación conjunta de las enmiendas que se proponen a los artículos 9, 94 y 129 del Código Procesal chileno tendría, en caso de ser aquellas aprobadas, el efecto ineludible de tornar en ilusoria la garantía constitucional recién citada.

En orden a fundamentar adecuadamente esta conclusión, este informe se organiza en tres capítulos.

El capítulo I describe y examina el parámetro constitucional al cual debe someterse cualquier norma legal o proyecto de ley que concierna las garantías de la libertad personal en los términos de la Carta Fundamental de 1980.

El capítulo II contrasta la propuesta de modificación al artículo 9° del Código Procesal Penal con el parámetro constitucional enunciado.

El capítulo III somete al mismo escrutinio constitucional a la propuesta de modificación del artículo 129 del Código Procesal Penal.

Dicho lo anterior sobre el objeto de este análisis, conviene precisar el método o aproximación a ser empleado. Este Informe absolverá la consulta formulada sobre la base de un análisis estrictamente jurídico-constitucional, absteniéndose, por ende, de considerar argumentos que digan relación con la

conveniencia o inconveniencia política, económica o social de las enmiendas consideradas en el Anteproyecto.

CAPITULO I

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1980 COMO PARAMETRO DE CONTROL

Cualquier Informe que pretenda enjuiciar la constitucionalidad de un determinado texto legal o proyecto de ley debe, como necesario punto de partido, precisar cuál es, exactamente, la forma en que se entiende la Carta Fundamental. Como es obvio, a distintas apreciaciones sobre el contenido y significado del Parametro, distintas serán también las conclusiones de cualquier examen constitucional.

La Constitución Política es un sistema donde coexisten normas que recogen valores, normas que desarrollan principios y normas que contienen ordenes o prohibiciones directas. Todas estas normas son igualmente jurídicas. Por lo mismo, todas ellas obligan al interprete.

Al hablar de valores nos referimos a ciertas concepciones sobre como debe ser vivida la vida personal o social. Son de índole moral y fuerte contenido político. La Constitución Política de 1980 es prodiga en el reconocimiento de valores. Así ocurre, por ejemplo, con la libertad, la igualdad y la familia (entendida no sólo como un hecho social sino cómo un ideal).

Los principios, a su vez, son ideas jurídico-políticas que pretenden promover o salvaguardar ciertos valores. La Constitución Política de 1980, aunque no los mencione por su nombre, desarrolla varios principios fundamentales: de subsidiariedad, de legalidad, de supremacía constitucional, etc.

Una interpretación literalista, esto es, aquella que sólo fija su atención en el tenor literal de los textos positivos, se revela siempre incapaz de ponderar debidamente el peso de valores y principios.

Este Informe se inspira en lo que en otro texto hemos denominado interpretación "finalista". Esta perspectiva integra valores, principios y normas, reconociendo el papel de cada uno en la operación general de la Carta Fundamental. Según este enfoque, la interpretación constitucional no se agota en el análisis gramatical de las palabras de la Carta Fundamental ni en el estudio de la intención que tuvo el constituyente al formularlas. La determinación del significado de un precepto constitucional requiere, además, discernir las relaciones entre dicha norma y el resto de los artículos de la Constitución Política.

El estudio del contexto, a su vez, permite descubrir cuál es el papel o función distintiva que cumple dentro del sistema constitucional el precepto cuyo sentido se indaga. Con la finalidad de la norma a la vista, el intérprete estará en condiciones de reconocer a aquélla su sentido más auténtico y genuino, es decir, el sentido objetivo, aquél que trasciende la intención que pudo haber tenido el constituyente.

En el caso de la Carta Fundamental de 1980, su Capítulo I, sobre "Bases Fundamentales", constituye el principal criterio orientador para fijar la finalidad de los distintos preceptos constitucionales.¹ En alguna medida, los valores y principios allí recogidos constituyen el alma o "Espíritu de la Constitución".

Sin perjuicio de las finalidades o *ratio legis* concretas que pueda tener cada precepto constitucional considerado individualmente, cuestión importante de dilucidar en cada caso, no debe olvidarse que todas las normas de la Constitución comparten un fin común: resguardar los derechos fundamentales de la persona humana.

En perspectiva finalista, la inconstitucionalidad no es sólo la incompatibilidad lógica entre dos textos. Se trata, en realidad, de las situación que se genera cada vez que el legislador o el administrador, por acción u omisión, en los procedimientos o en los resultados, en los textos o en los efectos de los mismos, deja de ser fiel a los valores principios y normas de la Carta Fundamental.

Como puede apreciarse, nuestra idea de inconstitucionalidad tiene la virtud de ir más allá del mero análisis formalista. No deja de ser interesante el hecho que jurisprudencia reciente del tribunal constitucional chileno y la Corte Suprema parece ir adoptando esta visión comprensiva e integral del tema.

El estudio de la constitucionalidad también puede ser conceptualizado como el esfuerzo por identificar la presencia de algún vicio de inconstitucionalidad.

Como se desprende de la definición ofrecida más arriba, los vicios de inconstitucionalidad pueden presentarse como defectos de fondo o de forma. Los primeros, a su vez pueden derivar de una contradicción *prima facie* entre textos o bien pueden resultar de una contradicción más compleja entre los efectos que tendrá un precepto legal y el sistema constitucional. Esta no es otra que la distinción norteamericana entre antijuricidad *on it face* y *as applied*.

La omisión del legislador también puede configurar un vicio de inconstitucionalidad. Tanto aquella que consiste en no legislar nada habiéndosele ordenado por la Carta Fundamental como aquella otra que se presenta cuando frente al deber de regular, dicha obligación es satisfecha de manera parcial o incompleta.

Si nos hemos detenido algunos momentos en estas nociones básicas sobre la interpretación

¹ Ver: **Caldera, Hugo**: "Fuerza normativa de las disposiciones contenidas en el Capítulo I "Bases de la Institucionalidad" de la Constitución Política de 1980", Revista de Derecho y Jurisprudencia y gaceta de los Tribunales, Tomo LXXXVII, Número 1, Enero-Abril de 1990, Primera Parte, pp. 25-34.

constitucional es por que el análisis de constitucionalidad que contienen los capítulos que siguen se funda, precisamente, en las categorías recién explicadas.

CAPITULO II

SOBRE LA FORMA EN QUE PUEDE SOLICITARSE Y OTORGARSE UNA ORDEN JUDICIAL.

La primera de las modificaciones en estudio consistiría en agregar una frase al inciso 3° del artículo 9° del Código Penal.

El propósito de la modificación es aumentar el número de casos en que puede obtenerse una orden judicial por medios electrónicos tales como el teléfono, el fax o el correo electrónico. De esta manera, si en el texto vigente se autoriza este medio extraordinario “tratándose de casos urgentes, en que la inmediata resolución fuere indispensable para el éxito de la diligencia” cuando se solicite una actuación que prive al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, la propuesta agrega que “de igual forma y en los mismos casos podrá solicitarse y otorgarse toda orden judicial”.

Antes del examen constitucional de la propuesta, conviene aclarar cual es exactamente su significado. Literalmente, la propuesta faculta a la Fiscalía y a los intervinientes en general para que, en casos urgentes usen el teléfono para requerir del juez de garantía, o cualquier tribunal, la dictación de una orden judicial cualquiera, la cual, a su vez, podrá ser otorgada también telefónicamente. En todo caso, quedaría en pie la necesidad de la “constancia posterior”.

Sería indudablemente el juez o el tribunal el llamado a calificar si existe “urgencia”.

Varios son los problemas o dudas que suscita la propuesta.

En una lectura ingenua, lo que se hace simplemente es reconocer el hecho que la tecnología moderna pone hoy a disposición de los operadores del derecho ciertos medios que permiten una comunicación muy expedita, evitándose el trámite a veces lento y fatigoso consistente en concurrir físicamente a la sede de un tribunal e ingresar en una oficina o secretaría un conjunto de escritos, los cuales a su vez son respondidos por otros escritos firmados por el tribunal y notificados por distintos medios, siempre en una copia material de la resolución a todos los interesados.

Visto así el asunto, no parecen haber objeciones razonables a lo que se presenta como un simple ajuste modernizador. Por otra parte, algunos de los medios electrónicos pueden ser bastantes fáciles

de registrar y verificar, debiendo desecharse, por tanto, los temores en cuanto a que el abandono del papel puede generar una situación de inseguridad. Mal que mal, tales temores no son muy distintos al atavismo con que algunos tradicionalistas se oponían al juicio oral.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, sin embargo, la verdad es que la reforma propuesta encierra bastante más que una simple puesta al día tecnológica. En efecto, si, por una parte, pareciera ser bastante inofensivo autorizar a la fiscalía de los intervinientes para que formulen sus peticiones de un modo expedito en casos de urgencia, está lejos de ser inocuo que el juez pueda conceder tales peticiones a través de medios que no tengan el efecto de dejar instantáneamente un registro físico que pueda ser portado y exhibido por quienes van a practicar una diligencia y pueda ser, al mismo tiempo, examinado, aunque sea someramente, por aquella persona que deba sufrir alguna merma en sus derechos o en sus intereses con ocasión de la diligencia.

No puede dejar de recordarse que el Artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas: 7°. El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y **después de que dicha orden le sea intimada en forma legal**. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes”.

De esta manera, y desde el momento en que puede no haber todavía un documento escrito en que conste la orden de detención, lo que hace el proyecto es negarle al imputado que va a ser privado de libertad el derecho a que le sea legalmente intimada la orden. Indudablemente se infringe de raíz tanto la libertad personal como la seguridad individual.

Sobre este particular, la conclusión de este Informe no se funda en alguna especulación libre. El propio Anteproyecto, más adelante, propone modificar el artículo 94 del Código Procesal Penal para reconocer que en casos de “urgencia” el detenido pierde este derecho constitucional. A confesión de parte...

El segundo problema se refiere a la coherencia sustantiva del artículo 9° del Código Procesal Penal. En efecto, lo que en su origen constituía un precepto garantista que aseguraba, de acuerdo con la Constitución Política, que ninguno de los derechos fundamentales sería afectado sin que hubiere una orden judicial previa y ajustada a derecho, termina por transformarse en virtud de esta propuesta en una disposición dirigida a facilitar la celeridad de las investigaciones.

La verdad es que la mutación, o degeneración, del artículo 9° ya comenzó a operar desde el momento en que la ley 19.789 agregó el actual inciso 3°, aquel que precisamente introduce la hipótesis de los casos urgentes y las resoluciones virtuales.

En nuestra opinión, el haber reunido en un solo artículo la protección de un valor (garantía de los derechos de las personas) y la promoción de un principio (la eficacia de las investigaciones que realiza el Ministerio Público y en general de las diligencias judiciales), representa no sólo un caso de mala técnica legislativa, que lo es; sino que un muy buen caldo de cultivo para que uno u otro, el valor o el principio, se fagociten entre sí.

Ahora bien, una buena legislación procesal penal es aquella que hace de la tensión entre derechos de las personas e intereses de la comunidad un factor a conciliar y no un asunto de trade-off .

¿Por qué es tan grave que se haya desnaturalizado el artículo 9? La respuesta se nos aparece con fuerza cuando recordamos que el mentado artículo 9° es una disposición que se ubica en el título I del Código Procesal Penal, que lleva por nombre “De los principios básicos”. Es decir el artículo 9 es de aquellas normas que recogen un valor apreciado por la comunidad, desarrollan jurídicamente una defensa de dicho valor y, sobre la base de ese desarrollo, orientan a jueces y administradores.

La reforma de 30 de enero de 2002 tuvo por efecto introducir, con o sin intención del legislador, un nuevo principio al catálogo del título I del Código Procesal Penal, que podríamos denominar el principio de celeridad o urgencia. ¿Qué ha de hacer el intérprete judicial frente a este nuevo, y expansivo, aunque clandestino, principio procesal? ¿Tiene el mismo peso que, por ejemplo, el principio del Juez Natural (art. 2°), la presunción de inocencia del imputado (art. 4°) o la protección de la víctima (art. 6°)?

Si la reforma de enero del 2002 insinuaba problemas como los enunciados, la nueva propuesta termina por desfigurar por completo el sentido del artículo 9.

Dicho lo anterior sobre los problemas generales que aquejan a la modificación propuesta, conviene, a continuación, detenerse en las dificultades más específicas que presenta el anteproyecto.

La primera dificultad específica estriba en valorar la posición en que se encuentra un juez de garantía para discutir o cuestionar cuándo la inmediata realización de una diligencia es indispensable para su éxito. Presumiblemente, en la mayoría de los casos será la fiscalía la interesada en acelerar las diligencias y contará con los elementos de juicio necesarios para juzgar fácticamente si la premura está o no absolutamente justificada. En la misma medida en que el juez de garantía no lleva las riendas de la investigación sino que, más bien la supervigila, será muy difícil para el magistrado hacer esta calificación de manera ponderada luego de una simple conversación telefónica.

Ahora bien, en la medida en que este medio extraordinario se reserva para los casos en que se priva al imputado del ejercicio de un derecho, situaciones que no debieran ser muy frecuentes, es posible imaginar que el juez va a poder ejercer en cada caso el tipo de reflexión criteriosa que exige una decisión de esta importancia. En cambio, si se multiplican las situaciones en que se pide la autorización por estas vías especiales, pudiendo, en la práctica pasar a ser, no ya la excepción, sino

la regla general, el juez tendrá mucha menos posibilidad de analizar debidamente los méritos de cada petición.

La propuesta también genera dudas desde el momento en que no se precisa cuándo ha de registrarse la "constancia posterior". Es evidente que este trámite resulta de fundamental importancia para que los demás intervinientes puedan saber cuales son los avances que está teniendo la investigación.

En síntesis, la modificación propuesta al artículo es inconstitucional pues niega, en la práctica, a las personas un derecho que la Constitución garantiza categoricamente. No dejaría de ser paradójal que el Código Procesal Penal, Estatuto garantístico para la normalidad, fuera en esta materia más mezquino de lo que es el régimen jurídico del Estado de Emergencia.

CAPITULO III

SOBRE EL ERROR EN LA EVALUACIÓN POLICIAL DE LA FLAGRANCIA

El artículo 129 del Código Procesal Penal establece textualmente lo siguiente:

“Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito inflagrante, debiendo entregar inmediatamente a la policía al detenido, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendiere infraganti en la comisión de un delito.

No obstará a la detención las circunstancias de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere previsto y sancionado en los artículos 361 A, 366 quater del Código Penal.

La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva.”

Inmediatamente después del artículo 129 recién citado, el artículo 130 define la “situación de flagrancia” y lo hace en los siguientes términos:

“Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a. El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;*
- b. El que acabare de cometerlo;*
- c. El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*
- d. El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en si mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y*
- e. El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse”*

El anteproyecto propone agregar un nuevo inciso final al artículo 129, agregándose la siguiente frase: “Sin perjuicio del posterior examen de legalidad de la detención practicada invocándose flagrancia, se presume que el error en el que hubiere incurrido el agente policial al calificar la procedencia de los casos enumerados en el artículo siguiente es excusable para efectos disciplinarios”.

Aún cuando el texto del anteproyecto tenido a la vista al elaborar este informe no contiene una justificación o exposición de motivos que pudiera ayudar a entender el objetivo que se buscaría con esta enmienda, bien cabe suponer que se trata de solucionar algunos de los, al parecer, numerosos, problemas prácticos que enfrentan las policías, los tribunales e incluso la doctrina para definir con precisión, y para cada caso concreto, los contornos exactos de las distintas hipótesis de flagrancia del artículo 130 ya citado.

De esta manera, la modificación sugerida en el anteproyecto sólo tendría por objeto eximir de sanción disciplinaria al agente policial que incurre en un error al considerar que se ha producido una flagrancia cuando en realidad ello no es así. Hay quienes han creído ver tras esta propuesta una reposición de la llamada “detención por sospecha”, causal que fue derogada hace no mucho tiempo tras larga e intensa discusión parlamentaria.

En defensa de la modificación de la reforma, se ha señalado que el párrafo propuesto está lejos de crear una nueva hipótesis de detención válida, distinta de las reconocidas constitucionalmente. Se trataría, en propiedad, de un simple reconocimiento al hecho que la situación fáctica de la flagrancia se presta a la comisión de errores de buena fe, que, de ser castigados, acarrearían una inhibición severa de la necesaria capacidad de iniciativa que deben presentar las policías que enfrentan lo que parece ser un hecho delictual.

Más allá de las explicaciones y las etiquetas, es evidente que esta propuesta busca apoyar la acción de las policías en la represión del fenómeno delictual. En este informe, tal como se señaló en la introducción, no corresponde enjuiciar el mérito o la oportunidad de una determinada política policial. Lo que si cabe, sin embargo, es contrastar esta norma, y los efectos que presumiblemente tendrá, con el parámetro constitucional en los términos del capítulo I

El análisis de este problema debe comenzar por recordar el hecho que todas las disposiciones de la Carta Fundamental, como normas jurídicas que son, encierran siempre un mandato o prohibición que, en caso de ser vulnerado, no puede sino generar algún tipo de responsabilidad y sanciones.

En el caso del tema que nos ocupa, no es posible dejar de citar dos disposiciones constitucionales que, a propósito de los principios de la supremacía constitucional y el principio de legalidad, establecen de manera general la regla según la cuál las vulneraciones constitucionales han de tener siempre alguna sanción. Nos referimos, concretamente, a los incisos finales de los artículos 6° y 7° de la Carta Fundamental:

*“6°.- ...La infracción de esta norma generará las **responsabilidades** y **sanciones** que determine la ley.”*

*“7°.- ...Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las **responsabilidades** y **sanciones** que la ley señale.”*

En algunos casos, la propia Constitución define el tipo de sanción a que se hace merecedor determinado tipo de infracción (véase, por ejemplo, el artículo 48, número 2 de la Carta Fundamental). En otras oportunidades, toca a las leyes definir la forma concreta en que se ha de castigar la infracción a un deber constitucional.

Dentro de un cierto margen de autonomía, la ley establecerá la forma en que se hará efectiva la responsabilidad del agente estatal que realiza la acción antijurídica. La responsabilidad se expresará en el hecho que el autor del acto viciado ha de soportar un castigo, efectuar una prestación o abandonar una función. La responsabilidad, a su vez, y dependiendo del tipo de ilícito y de la naturaleza del autor, podrá ser política, civil, penal o administrativa.

Lo que no cabe aceptar, sin embargo, es que, so pretexto de la reseñada autonomía del legislador, pueda éste, en la práctica, dejar sin protección real un derecho que se le ha encomendado defender. Para estos efectos, es igualmente violatorio de la Carta Fundamental que el legislador omita absolutamente sancionar la inconstitucionalidad o que contemple mecanismos completamente ineficaces o meramente simbólicos.

El artículo 19 Número 7, como se examinó, tiene un claro contenido normativo. No se trata, en modo alguno, de un consejo al legislador o al administrador. Las ordenes y prohibiciones allí contenidas no pueden sino acarrear infracciones para los responsables. Tal es la importancia de esta garantía que la Constitución le dedica un artículo especial, el 21, a la venerable Acción Cautelar destinada específicamente a dar Amparo en caso de vulneración.

Al llegar a este punto del análisis, sin embargo, alguien podría contestar que, desde el momento en que ya existe en el Código Penal una norma sancionatoria, el artículo 148, que tiene por objeto, precisamente, castigar al agente estatal que detuviere ilícitamente, la propuesta de terminar con las sanciones disciplinarias no implica necesariamente la desprotección de la garantía del 19 Número 7.²

Una mirada atenta al asunto, sin embargo, lleva a concluir que el tipo penal en cuestión, coherentemente con la naturaleza subsidiaria del derecho de la punición, sólo castiga hipótesis especialmente graves de vulneración. En efecto, para incurrir en el tipo del artículo 148 no basta con haber practicado una detención ilegal, esto es, con infracción de los requisitos del artículo 125 del Código Procesal Penal, sino que, además, es preciso actuar "arbitrariamente", esto es, movido exclusivamente por el capricho o ajeno a toda razonabilidad.

² "Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente ...detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios"(artículo 148 del CP).

Dado que resulta muy difícil imaginar un caso en que pueda probarse que el agente policial actuó de manera irracional, la norma penal en cuestión tiene escaso o nulo efecto disuasivo de cara a las presiones e incentivos reales a que están sometidos los agentes de la seguridad y el orden público.

En todo caso, si alguna vez se acreditara tal ánimo caprichoso, no hay que olvidar que el artículo 159 del Código Penal exonera completamente a los agentes policiales infractores si ellos justifican que han obrado por ordenes de sus superiores. A estos superiores, a su vez, que enfrentarían una pena leve, les resultarían aplicables, además, y con toda seguridad, o la atenuante del 11 número 10 (obrar por celo de la justicia) o la eximente del 10 número 10 (obrar en cumplimiento de un deber u oficio).

En síntesis, la probabilidad remota de que alguna vez, quizás, un superior de la policía sea condenado a un castigo casi simbólico, no puede ser considerada protección jurídica suficiente para la vigencia de la libertad en examen.

En este contexto normativo, la modificación propuesta al artículo 129, en la práctica, tiene el efecto de eliminar de nuestra legislación positiva la única sanción real a la que se arriesga quien detiene contra Derecho. Al tener este efecto, y configurar por tanto un vicio por omisión, la proposición en estudio vulnera la Carta Fundamental y debe, por tanto, ser desestimada.