

EXTENSIÓN

Seminarios • Talleres • Encuentros

Seminario:

“AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA”

- Control de identidad y detención en caso de flagrancia
- La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba
- Especies y efectos penales de la reincidencia

Nº 3 • Mayo, 2010

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública



Defensoría
Sin defensa no hay Justicia

EXTENSIÓN

Seminarios • Talleres • Encuentros

Seminario:

“AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA”

- Control de identidad y detención en caso de flagrancia
- La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba
- Especies y efectos penales de la reincidencia

Nº 3 • Mayo, 2010

Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

© Defensoría Penal Pública

Libertador General Bernardo O`Higgins 1449, piso 8

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

Registro de Propiedad Intelectual N° 189.882

Santiago - Chile

I.S.B.N. Obra completa N° 978-956-8349-05-9

I.S.B.N. N° 978-956-8349-25-7

Producción y Edición:

Defensoría Nacional

Defensoría Penal Pública

Índice

Presentación	7
Intervenciones Inaugurales	9
Exposiciones:	
Control de identidad y detención en caso de flagrancia	15
La detención declarada ilegal y sus consecuencias sobre las medidas cautelares y el régimen de exclusión de la prueba	25
Especies y efectos penales de la reincidencia.....	35
Comentarios de cierre.....	47
Preguntas.....	63

PRESENTACIÓN

La Defensoría Penal Pública en su constante interés en contribuir al debate académico en materia de políticas públicas pone a disposición de los lectores esta publicación del Seminario “Agenda Corta Antidelincuencia” que organizó en conjunto la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y la Defensoría Regional de Valparaíso.

La elección de la denominada “Agenda Corta Antidelincuencia” como tema central de dicho seminario obedece a que las modificaciones introducidas al proceso penal han mutado su fisonomía de modo radical. Se trata además de una materia que ha estado permanentemente presente en la discusión pública a nivel político, legislativo y comunicacional.

La “Agenda Corta Antidelincuencia”, en cuanto transformación normativa que redefine los contornos del proceso penal, da pie a distintas visiones en torno a su origen, a la efectiva necesidad de su implementación, a su impacto en las decisiones jurisdiccionales y por cierto, en cuanto a su real consonancia con el régimen de garantías vigente.

Por este motivo, se invitó a la comunidad jurídica regional y en especial a jueces, fiscales y defensores, al Seminario “*Agenda Corta Antidelincuencia*”, el que se desarrolló en el Aula Vicuña Suárez de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

El objetivo de esta actividad fue abrir un espacio de discusión sobre las implicancias de la denominada Agenda Corta Antidelincuencia, en tres ámbitos fundamentales:

control de identidad y flagrancia; medidas cautelares y exclusión de prueba; y reincidencia.

Por último, es necesario destacar que el éxito de esta iniciativa no deriva únicamente de los esfuerzos conjuntos de la Defensoría Regional de Valparaíso y de la Universidad de Valparaíso, sino también, y muy especialmente, de la valiosa contribución de los panelistas, profesores de vasta trayectoria académica, quienes desinteresadamente, compartieron con nosotros sus reflexiones críticas sobre esta materia.

INTERVENCIONES INAUGURALES

Aldo Valle Acevedo
Rector
Universidad de Valparaíso

Para la Universidad de Valparaíso y desde luego para su Facultad, y la Escuela de Derecho, es un motivo de gratificación participar como parte de las instituciones que concurren a la organización de este seminario, en un tema de la importancia y trascendencia para los abogados como para el sistema jurídico en general y para la cultura jurídica nacional, como es hablar de los problemas de lo que se denomina con tanta asepsia “Agenda Corta Antidelincuencia”.

El comentario que quiero hacer es que es una expresión que parece muy inocente, pero no lo es. Uno habla de la Agenda Corta Antidelincuencia y puede ser que esto sea muy largo para el Derecho Penal, para la defensa criminal. Me parece entonces que seguramente era el nombre que más acomodaba, tratándose de poner nombre a las cosas. Desde luego que ello no es nada sencillo, pero aquí creo sin duda, escucharemos exposiciones que nos dirán muy bien que no se trata de algo sencillo, de fácil despacho.

Aquí estamos de algún modo constituyendo una esfera pública, deliberante, de principios, de instituciones, que desde luego al mundo académico no pueden ser indiferentes y desde ese punto de vista para la Universidad es un honor ser parte de esta actividad. El que esté presente el Rector y diga unas palabras en esta ceremonia, es simplemente un signo de la importancia, relevancia que la Universidad le atribuye a una actividad como la que

hoy tendrá lugar. De modo que ciertamente insto también a que las demás instituciones cuenten siempre -y todos - con este lugar disponible, abierto para discutir sin ambigüedades, sin eufemismos, con audacia, claridad, valentía. Se necesita desde luego claridad y conocimientos, pero también a veces se requiere audacia, valentía, sinceridad, que sin duda siempre iluminan, cuando estamos frente a temas que necesitan descubrirse, necesitan abrirse, sin dejar lugares por así decir ocultos. Quería reparar en esto. No se me ocurriría tal vez poner otro nombre, pero hablar aquí de la Agenda Corta Antidelincuencia en reforma de tipo penal, los entendidos y las personas que están profesionalmente vinculadas, saben muy bien de qué se trata. Necesitamos en esto tener un debate.

El país necesita tener un debate. No puede ser que sólo circulen algunas opiniones autorizadas. No puede ser que finalmente una gran parte de la población quede al margen de este debate. Las Universidades deben ser lugares abiertos, disponibles para recoger, generar y promover ese mismo debate, porque se trata del derecho penal. Se trata de los derechos de las personas, de un asunto de interés público de la mayor importancia, pero quiero decir que no se puede ser tan aséptico. En consecuencia, dada la calidad y las calificaciones de los panelistas, sin duda que habrá un debate muy enriquecedor. Reitero el sentido de estas palabras. Era sólo dar testimonio del interés que para la Universidad tiene participar en una actividad como esta. Me corresponde también decir bienvenidos, aunque solamente estarán un rato. Bienvenidos, porque cada vez que haya algo así en nuestra Universidad, serán bienvenidos y ojalá haya otras actividades como esta, también estará muy bien. Lo necesitamos. El país lo necesita, la sociedad chilena necesita que haya más reuniones como estas para debatir asuntos públicos de tanta relevancia. Perdonen que me haya extendido. Muchas gracias.

Eduardo Morales Espinosa
Defensor Regional
Región de Valparaíso

Para la Defensoría Penal Pública en general y para la Defensoría Regional de Valparaíso en particular es un orgullo contribuir en esta segunda oportunidad con la Universidad de Valparaíso en la promoción del debate académico sobre los temas del derecho penal y del derecho procesal penal. Agradezco a la Escuela de Derecho, agradezco a la Universidad este espacio que es tan valioso y tan significativo. Agradezco la presencia de todos ustedes por el interés que manifiestan hoy día en esta sala y obviamente, agradezco a los destacados panelistas que han venido a iluminarnos con sus conocimientos, con sus opiniones y a plantearnos sus preguntas. Muchas gracias.

Exposiciones

CONTROL DE IDENTIDAD Y DETENCIÓN EN CASO DE FLAGRANCIA

Claudio Meneses Pacheco

Profesor de Derecho Procesal en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

La verdad es que me ha resultado muy reconfortante escuchar al señor Rector, porque ha invitado a que seamos valientes en esta exposición. Eso me tranquiliza, porque en la entrevista que me hicieron afuera me preguntaron qué opinión tenía de la reforma, y tengo una opinión más bien negativa. Entonces me cuelgo de la valentía a la cual se refería el señor Rector y espero no decir algo políticamente incorrecto. Pero de lo que se trata es que haga observaciones teóricas y dogmáticas de la reforma en lo referido a dos temas sensibles como son el control de identidad y la detención en caso de flagrancia.

Tres hipótesis de trabajo:

Como primer punto para empezar el análisis de esta materia, me parece que es importante destacar algo que en realidad es bastante obvio, pero no menos relevante, que dice relación con el lugar donde se sitúan estas dos figuras. Esto es el control de identidad y la detención en casos de flagrancia. Ellas se ubican al inicio del procedimiento penal. La ley 20.253 indica sobre este particular que esta reforma buscaría reforzar atribuciones preventivas de la policía. Me parece, y ese es el primer punto que me interesa colocar en el tapete, que estas no son atribuciones o funciones preventivas, sino que son atribuciones o funciones que se ubican dentro de la persecución penal. Considero que hay que incluir dentro de la idea

del procedimiento penal. El control de identidad y la detención en caso de flagrancia, aquí está la primera hipótesis de trabajo: pienso que hay que situarlas dentro de la noción de procedimiento penal y puntualmente dentro de esa noción amplia que da el artículo 7 del Código Procesal Penal, que es la “primera actuación del procedimiento”.

Este es el primer aspecto que me interesa destacar. La verdad que estas figuras me complican desde hace tiempo, y ahora más, porque se han fortalecido -en mi opinión- de un modo negativo para los derechos del ciudadano. Por lo mismo, considero que de acuerdo a lo que dice el artículo 7 del Código Procesal Penal estas actuaciones forman parte del procedimiento penal. Son o cuadran con aquella definición que hace la ley de “primera actuación del procedimiento”, toda vez que se ajusta a aquella parte amplia de la norma que dice “cualquier diligencia o gestión sea de investigación, de carácter cautelar o de cualquier otra especie” que realice la policía.

De modo tal que como primera hipótesis de trabajo planteo que el procedimiento penal no comienza solamente por las tres formas que indica el Código Procesal, o sea denuncia, querrela o de oficio por el Ministerio Público, también puede empezar por control de identidad o detención en caso de flagrancia. Esto me parece relevante, porque si se inicia ahí el procedimiento, surgen todas las garantías del imputado, entre las cuales está la debida asesoría jurídica y el derecho a guardar silencio.

La segunda hipótesis de trabajo dice relación con las facultades de investigación autónoma de la policía que surgen con motivo de la reforma en análisis, las que retomaré en un rato más. Me parece que las facultades no cuadran con el artículo 83 de la Constitución Política, que señala que al Ministerio Público le corresponde dirigir en forma exclusiva la investigación penal. A partir de la reforma, la policía tiene un campo autónomo de actuación en la investigación, sin fiscal y por cierto, sin juez. Pero resulta que la Constitución indica de un modo -en mi opinión- perentorio, que corresponde al Ministerio Público dirigir en forma “exclusiva” la investigación penal. Entonces, estas facultades a las que me referiré en un rato más, escapan de ese mandato constitucional. Por lo tanto, pareciera ser que esto no se ajusta al artículo 83.

Esto debería tener importancia en todo el tópico de la licitud de los antecedentes probatorios que recopile la policía en esta etapa.

Como tercera hipótesis de trabajo para analizar estas materias, planteo lo siguiente: según la reforma hoy podemos encontrar treinta y dos horas de investigación a cargo de la policía ¿Por qué treinta y dos horas? Porque la ley permite un control de identidad amplio -con facultades de investigación- con un máximo de duración de ocho horas, de lo cual puede resultar la pesquisa de un delito flagrante y una detención que podría durar veinticuatro horas más antes de entregar el imputado al juez. Si uno le da una mirada general a esta situación, podríamos encontrarnos con treinta y dos horas de investigación penal a cargo de la policía sin fiscal ni juez de por medio. Esto me parece, por cierto que atenta contra el 83, y también contra una interpretación teleológica y acorde con el 19 N° 7, que permite la detención en caso de flagrancia, sólo para trasladar al detenido a la presencia del juez, pero no para investigar.

Hechas entonces estas tres precisiones, analizaré en lo medular el control de identidad y la detención por flagrancia de acuerdo al nuevo estatuto legal.

El control de identidad

El precepto fundamental está en el artículo 85 del Código Procesal Penal que hoy aparece reforzado. En primer término, esta norma alude al “procedimiento”. Hay, en efecto, varias partes del artículo 85 en las que se alude al procedimiento de control de identidad. Sin lugar a duda que es un procedimiento y por lo que dije, considero que es una primera actuación de procedimiento en los términos del artículo 7, lo que -a su vez- implica que aquí surgen garantías para el imputado. De manera que existen garantías a favor de la persona contra quien se dirige este procedimiento, en la medida que éste tenga algún contenido imputativo¹. Creo que esta persona tiene los derechos del imputado, tales como

¹ Camps, José Luis en “*La Defensa del Imputado en la Investigación del Nuevo Proceso Penal*”, pg. 65 ss, Lexis Nexis, Santiago, 2003.

-entre otros- la garantía de la defensa jurídica y el derecho a guardar silencio o a la no autoincriminación. Esto forma parte del procedimiento penal.

Hoy dura ocho horas máximo. Ahí están las ocho horas a las que aludía. El legislador permite que el llamado control de identidad tenga, en realidad, un contenido bastante más amplio que la mera constatación de la identidad de una persona. Como indicamos, puede durar ocho horas, lo que significa nada menos que ocho horas de procedimiento penal a cargo exclusivamente de la policía, sin fiscal ni mucho menos juez.

Se le denomina control de identidad. Es lo que dice el epígrafe del artículo 85. Sin embargo, no es sólo control de identidad. Puede decirse que actualmente en este procedimiento cumple a lo menos cuatro funciones. La policía puede cumplir cuatro funciones al amparo del artículo 85. Una es controlar la identidad de personas sospechosas. Otra es -y aquí viene el tema que mencionaba antes acerca de la investigación-, recabar información útil. Otra es controlar la existencia de órdenes de detención. Y una cuarta, que me parece complica en exceso el cuadro, consiste en permitir la práctica de detención por flagrancia. A continuación me referiré a ellas.

La primera función consiste en el control de identidad que da el nombre al artículo. La norma permite que la policía obtenga información para saber cuál es la identidad de la persona en contra de quién dirigen las consultas de rigor, porque la considera -grosso modo- sospechosa. Aun cuando el Código utiliza la palabra "indicio", podemos decir en general que el motivo del control radica en la sospecha que tiene la policía sobre una determinada persona. Actualmente el precepto emplea el plural "indicios". La disposición permite que este control lo efectúe la policía en casos fundados, analizando las circunstancias y para el evento que estima que existen indicios de que una persona hubiere cometido un crimen, simple delito o una falta. O sea, se le autoriza a la policía para que evalúe la situación, pondere los antecedentes y si considera que hay indicios, practique dicho control. La verdad es que perfectamente podríamos cambiar la palabra indicios por sospecha. Por eso, pienso que en este caso hallamos -a la postre- una detención

por sospecha de ocho horas y que incluso podría durar treinta y dos horas. Seguiré sobre ese punto más adelante.

Hoy además se permite efectuar este control cuando se trata de una persona que se encuentre encapuchada o con emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad. Vale decir, si un individuo tiene un capuchón o bien una bufanda un poco más grande de lo normal, podría ser objeto de un control de identidad, porque cuadra con la situación de la norma. Así que cuidado con las bufandas para el invierno. Afortunadamente estamos en primavera, aunque un poco helada. Pero cuando llegue el invierno hay que tener cuidado, porque este emboce -que lo va a evaluar la policía- podría significar, ocultar, dificultar o disimular la identidad, y ello autoriza este control. Seguramente los profesores de Derecho Penal de la mesa van aludir a algo sobre el Derecho Penal de autor. Pienso que aquí nos acercamos claramente al Derecho penal de autor. Es decir, estamos preocupados de la imagen de la persona más que de los hechos, con consecuencias bastantes peligrosas o perniciosas. Hay un control de identidad potenciado, muy cercano a la detención por sospecha.

Segunda función: permite obtener información probatoria útil. Esto ya existía, pero se amplió. Esto me parece muy peligroso. Habíamos comentado en cursos de Diplomado en esta Escuela, lo peligrosa que era la facultad del artículo 85 en este punto, pero hoy está extendido todavía más. La norma permite controlar la identidad, ya no para el caso de sospecha sobre una persona, sino que para la hipótesis que se considera que la persona tiene o podría entregar información útil sobre un hecho punible. O sea, controlar para obtener información. Esto se parece demasiado a investigar hechos punibles, y no cuadra con el 83 de la Constitución. Con la ampliación incorporada por la reforma hoy por hoy se permite esta obtención de información sin necesidad de nuevos indicios. De modo que la policía que está controlando la identidad puede registrar libremente vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, no sólo para cuidarse de una posible agresión (lo que es justificable), sino para obtener antecedentes de un hecho punible. Vale decir, a esa persona con la bufanda un poco más gruesa de lo normal, podrían revisársele sus vestimentas,

equipajes o vehículo, y obtener un conjunto de materiales útiles para la investigación penal. Así se amplía el campo del control de identidad para cumplir otra función, consistente en recabar información investigativa, la que luego podría ser utilizada como prueba. Me parece que esta facultad policial se ubica al margen del artículo 83 de la Constitución. En consecuencia, podría afectar la licitud de esos antecedentes en un juicio posterior.

Junto a lo anterior, pienso que es pertinente aludir al artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución, que establece un marco en el tema de la detención en caso de flagrancia. Detener en caso de flagrancia dice la Constitución, solamente puede tener por finalidad trasladar a la persona del detenido hacia un recinto judicial y así ponerla a disposición del juez. En una interpretación extensiva, podríamos entender que detener significa coartar la libertad, utilizando sobre todo un criterio de hermenéutica *pro homine*. Pues bien, en la hipótesis que examinamos, lo que podría suceder es que una persona es coartada en su libertad ambulatoria por ocho horas, pero no para trasladarlo a la presencia de un juez, sino para obtener información probatoria. Por lo mismo, pensamos que esta facultad no sólo no se ajuste al 83 de la Constitución, sino tampoco al 19 N° 7, en una interpretación teleológica y favor *homine*. Es que consideramos que únicamente se puede coartar la libertad de una persona sin orden judicial para trasladarla al juez en caso de flagrancia, pero no para recabar información. Estimo que esto último es investigación y, por lo tanto, no cuadra con el sistema constitucional.

Tercera función: no sólo está la facultad para controlar la identidad y para recabar información útil, sino también para controlar la existencia de órdenes de detención. El actual artículo 85 permite, en rigor impone, a la policía para obtener información sobre la presencia de órdenes de detención en contra de la persona que está siendo registrada. Incluso más, dice que este procedimiento va a durar ocho horas y la persona después debe ser puesta en libertad, pero antes es necesario hacer un chequeo en torno a las mencionadas órdenes de detención. O sea, el control de identidad cumple otra función. No sólo está ahí para obtener información en torno a la identificación de

la persona (y de paso de hechos punibles), sino está también -incluso en forma imperativa- para que la policía ausculte (investigue) si la persona tiene órdenes de detención. Me parece que esta es también una función de investigación y de persecución penal, y no meramente un control de la identidad. Hay un procedimiento penal que ya se inició por la policía, lo que no cuadra con las normas constitucionales que he citado con antelación. La norma se aparta del estatuto constitucional de persecución penal.

Cuarta función: hay otra facultad que considero francamente extrema, y que consiste en permitir que después de todo este procedimiento pueda resultar una detención por flagrancia. Esto me parece peligrosísimo, porque hoy la norma permite que si con motivo de los registros aparecen antecedentes que cuadran con la hipótesis de flagrancia -que hoy además son más amplias que antes- es necesario detener. Vale decir, se le permite a la policía que dentro de estas ocho horas efectúe una indagación y evaluación de los antecedentes (podría escuchar a la víctima o a algún testigo) y detener por flagrancia. La norma lo permite expresamente. Dice que la policía tiene el deber de realizar la detención en caso de flagrancia si sorprende a propósito de los registros de vestimentas, equipaje o vehículo, alguna situación de flagrancia. Es por lo mismo que he hablado de las treinta y dos horas, porque si esto puede durar ocho horas y dentro de tal procedimiento pueden hacerse algunas investigaciones, y con o sin motivo de éstas la policía encuentra alguna hipótesis de flagrancia, puede y debe detener, quedando aún con un tope de veinticuatro horas para poner a disposición del tribunal. Habría treinta y dos horas a disposición de la policía, lo que estimo tremendamente peligroso. Creo que no debe haber duda en torno a que esa persona -primero registrada y luego detentada- debe tener todas las garantías del imputado.

Insisto con la situación actual. El control de identidad es hartó más que el chequeo de identidad, puede incluso transformarse en la preparación de una detención por flagrancia.

La detención en caso de flagrancia

Tras la reforma legal hay un nuevo estatuto para la detención por flagrancia que está fijado por tres preceptos fundamentales: los artículos 83, 85 y 130 del Código Procesal Penal.

En primer lugar, partiendo por el tema de la flagrancia, la reforma fortalece las hipótesis de ésta. Ya se habían extendido, pero la fortifica, porque esa expresión que utilizaba la norma de “tiempo inmediato”, fue definitiva ahora por la ley como un período de doce horas máximo. Hoy tenemos un tiempo inmediato de doce horas desde la comisión de hecho hasta que se efectúa la captura. Si se mira atentamente lo anterior, implica que esa persona puede ser considerada delincuente flagrante hasta doce horas después de cometido el ilícito. Puede además estar ocho horas a disposición de la policía para averiguar si está dentro de esa hipótesis y, por fin, si está en tal hipótesis puede quedar detenida hasta por veinticuatro horas más. Si uno le da una macro mirada, perfectamente podríamos decir que en el Código hallamos una detención por sospecha de treinta y dos horas, lo que no cuadra con el espíritu del artículo 19 N° 7 de la Constitución.

Además, en un precepto que no dice relación con la flagrancia, pero sí con las facultades autónomas de la policía (el artículo 83 del Código Procesal Penal), se permite que en caso de flagrancia y tratándose de zonas rurales o difícil acceso, la policía puede -e incluso debe- practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes. Añade después debiendo dar cuenta al fiscal a la mayor brevedad. Todo el sistema que antes describí, puede además permitir en zonas rurales o de difícil acceso que la policía efectúe todavía más actividades de investigación, debiendo después informar al fiscal (a la mayor brevedad, dice la norma, pero sin fijar plazo).

Nótese: hay un control de identidad que puede transformarse en detención por flagrancia y que para zonas rurales o de difícil acceso, puede transformarse -además- en un vasto campo de investigación para la policía.

En ese cuadro, me parece que la reforma es negativa, puesto que trastoca el sistema de justicia penal ideado por el constituyente, plasmado

en el Código original, y extrema las medidas. Extrema las medidas, porque permite que el procedimiento en algunas de estas hipótesis (hasta incluso, insisto, con treinta y dos horas de duración), quede en manos de la policía, sin fiscal ni mucho menos juez. Eso parece, según mi punto de vista, sumamente peligroso.

A modo de conclusión, termino con un par de comentarios referidos a lo que significa un sistema de justicia penal respetuoso de los derechos del ciudadano.

Ferrajoli, en su conocido libro sobre Derecho y Razón, enfatiza desde la primera página hasta la última, que uno de los elementos de un sistema garantista y de un modelo respetuoso de los derechos de las personas, es la jurisdiccionalidad, vale decir, la presencia del juez que vele por la corrección del procedimiento y ante todo por el respeto de los derechos fundamentales². Pues bien, acá hay un período, y nada menos el período inicial en el que muchas veces se resuelve todo el caso, sin jurisdiccionalidad. Me parece que es sumamente peligroso.

La otra observación se relaciona precisamente con los peligros. La verdad es que como alguna vez han dicho autores penalistas, no hay que perder de vista que cuando el miedo entra, el Derecho sale. Y si se legisla y aplica el Derecho con miedo, desaparecen los derechos de las personas. Personalmente le tengo más miedo a esa situación que al concepto de seguridad ciudadana en la que se inspira esta modificación legal. No hay que olvidar las experiencias que nos ha dado la historia, en la que la lucha contra la criminalidad se ha transformado en algo más feroz y más peligroso que la propia criminalidad, cuando la persecución criminal no tiene límites³.

Cuando el miedo entra, el Derecho sale, como han dicho algunos. Con esa reflexión termino esta exposición.

² Ferrajoli, Luigi en "*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*", pg. 537 ss, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, 3ª edic., Madrid, 1998.

³ Foucault, Michel en "*Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*", pg. 38 ss, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XXI, Buenos Aires, 2006.

LA DETENCIÓN DECLARADA ILEGAL Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y EL RÉGIMEN DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

Héctor Hernández Basualto
Profesor Universidad Diego Portales

Vaya mi agradecimiento a la Defensoría Penal Pública de la Región de Valparaíso y a la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso por la amable invitación que se me ha extendido a participar en este seminario.

Quisiera comenzar haciéndome cargo del extraño nombre que ha recibido la ley que nos convoca y a la que ha aludido el Rector en sus palabras de bienvenida. En rigor, la “Agenda Corta Antidelincuencia” (Ley N° 20.253, de 14 de marzo de 2008) no es más que una síntesis, una abreviatura política y periodística para algo que para buena parte del mundo académico y de los actores del sistema no es más que un paso adicional en la línea de una “contrarreforma”. No es casual que en el extranjero algunos observadores hablen precisamente de la “contrarreforma” chilena. El nombre revela en todo caso -en cuanto cortedad- la ausencia de una reflexión mínimamente profunda en el propósito de un legislador que se aparta firmemente de los principios y valores de la reforma procesal penal.

En lo sustantivo lo más grave es el nuevo régimen de la reincidencia, en tanto que en lo procesal destaca el muy

pintoresco régimen de flagrancia y, por sobre todo, el fortalecimiento brutal de la prisión preventiva, de un modo tal que lo único que quedaría por hacer en esta línea sería derechamente el establecimiento de delitos inexcusables, como en los viejos tiempos. Todo esto es muy lamentable, pero no se me ha invitado a hablar de esos temas, sino que de un ámbito problemático respecto del cual, a mi juicio, la “Agenda Corta Antidelincuencia” no trae grandes novedades ni merece mayores críticas, como es la declaración de ilegalidad de la detención y sus efectos. En esta materia me atrevo a asegurar que la “Agenda Corta Antidelincuencia” llega tarde y estuvo de más, porque en general resuelve cuestiones ya suficientemente resueltas por la práctica.

Como fuera, desde una perspectiva optimista habría que destacar al menos que la ley termina por consolidar normativamente la **audiencia de control de detención**. Esta afirmación puede resultar un poco sorprendente, porque la audiencia en la actualidad parece un hito indiscutido del procedimiento, pero no lo es si se considera que la existencia de la misma no era tan evidente en una primera lectura del código original del año 2000.

Siempre he pensado que la existencia y contenido de la audiencia fluía entonces nítidamente de conectar el artículo 132 del Código Procesal Penal (CPP)⁴, que siempre reguló la primera audiencia judicial del detenido, con el inciso primero del artículo 95, esto es, con el mal llamado amparo ante el juez de garantía, que es amparo en el sentido de **habeas corpus** sólo en el inciso segundo, en tanto que en su inciso primero se limita a consagrar el derecho de cualquier persona privada de libertad a ser conducido a presencia judicial para que el juez, entre otras cosas, “examine la legalidad de su privación de libertad”. A mi juicio, la conexión de ambos preceptos permitía configurar la audiencia de control de detención, en términos de que su oportunidad y formas, además de la posibilidad de ampliación y de formalización estaban establecidas en el primero, en tanto que su función general de garantía estaba dado por el segundo.

⁴ En lo sucesivo, artículos sin otra mención corresponden al CPP.

Sin embargo, hay muchos, que sostienen que la audiencia de control de detención no nació en el Código mismo, sino que en la primera capacitación interinstitucional, como una propuesta práctica que concitó adhesión general. Y si bien se trata de un error desde un punto de vista normativo, no puede negarse que probablemente fue esa adhesión lo que permitió que la idea de una audiencia de control de detención se impusiera en los hechos y se instalara con la fuerza que conocemos, al punto que el legislador, que bien pudo no haber tenido conciencia al respecto el año 2000, ha ido dándole consagración expresa, primero en el art. 393 bis mediante la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, y ahora con la reformulación del art. 132, cuyo nuevo inciso tercero habla expresamente de la declaración de ilegalidad de la detención.

Más allá de los golpes que la historia le ha ido dando (de lo que no escapa el espíritu general de la “Agenda Corta Antidelincuencia”), es indudable que el control cotidiano de la legalidad de las detenciones es probablemente uno de los elementos centrales de este enorme salto histórico que ha representado la reforma procesal penal chilena. La circunstancia - no alterada ni por la “Agenda Corta Antidelincuencia” ni por iniciativas previas - de que en Chile toda persona detenida vea sometida a control judicial la legalidad de su detención sin excepción dentro de las veinticuatro horas siguientes a la misma importa un salto civilizatorio que, afortunadamente, nada indica que vaya a ser revertido. Más aún, la “Agenda Corta Antidelincuencia” -que algún mérito debía tener- en alguna medida lo ha consolidado.

Como es obvio, las cuestiones fundamentales en este contexto dicen relación con las **consecuencias** de la audiencia, en particular cuando se declara la ilegalidad de la detención.

Probablemente la consecuencia más notoria del nuevo régimen de control es la constatación de un porcentaje importante de detenciones ilegales, que si bien parece haber tendido a morigerarse, en parte por una práctica judicial más permisiva, sigue siendo objeto de la polémica nacional en torno al carácter más o menos “garantista” del nuevo sistema de justicia criminal. Lo que en general nadie dice es que los criterios legales de legitimidad de la detención sin orden -que es el

caso problemático- no son más que la repetición de lo dispuesto en el artículo 19 N° 7 letra c) de la Constitución Política de la República que en lo fundamental no es más que el régimen vigente en Chile casi desde los orígenes de la República: en ausencia de orden judicial o de otra autoridad competente sólo se puede detener en situación de *flagrancia*. Es lo mismo que, si se prescinde del ominoso régimen de “detención por sospecha” introducido a mediados del siglo XX y suprimido a fines del mismo siglo, regía y todavía rige por lo demás en el Código de Procedimiento Penal. Lo que ocurre simplemente es que las situaciones de flagrancia son más o menos excepcionales, no obstante lo cual los funcionarios policiales -a veces con buenas razones- proceden de todos modos a la detención. ¿Por qué esto no provocó nunca las dificultades ni la discusión a la que hoy asistimos? Simplemente porque nunca antes en la historia de Chile se controló en serio la legalidad de las detenciones.

En vez de polémicas irracionales a través de los medios masivos de comunicación, el nuevo escenario debería dar lugar a un debate serio sobre la razonabilidad del régimen establecido en la Constitución y, consecuentemente, en la ley. Mientras ello no ocurra, no se puede sino pedir que los jueces hagan su tarea y declaren ilegal toda detención que no se ajuste a dicho régimen. La valoración que en este contexto merece la modificación del artículo 130 excede, sin embargo, el encargo que se me ha hecho.

Se me ha pedido que me aboque a lo que debe ocurrir cuando los jueces efectivamente cumplen con su deber. Desde luego debe destacarse que ya no caben dudas en cuanto a que lo que procede es la explícita *declaración de ilegalidad de la detención*, con lo cual se supera definitivamente una discusión que se dio en los comienzos del nuevo sistema en cuanto a si un tal pronunciamiento era procedente o no. Lo cierto es que trataba de una discusión absurda porque no se puede entender en que habría de consistir un examen judicial de legalidad si no conduce a un pronunciamiento formal al respecto, más allá de la terminología que se quiera emplear. En todo caso, con la modificación del artículo 132 queda definitivamente zanjada la cuestión. Al margen

de ese aspecto básico, las cuestiones problemáticas eran fundamentalmente las siguientes:

En primer lugar se discutía sobre las **sanciones** aplicables a los aprehensores. Rápidamente se despejó la posibilidad de que la declaración de ilegalidad implicara automáticamente un pronunciamiento sobre las posibles responsabilidades penales del artículo 148 del Código Penal, lo que, por lo demás, sirvió para superar uno de los principales escrúpulos contra una declaración explícita de ilegalidad. Como fuera, en los casos en que el tribunal entiende que concurren antecedentes que podrían tener relevancia criminal, tratándose del caso normal en que los aprehensores son funcionarios policiales, la competencia que sobre éstos tiene la justicia militar obliga a que se remitan los antecedentes a los órganos de la misma. En la práctica esto ocurre con muy poca frecuencia, lo que puede ser comprensible atendido que en sus límites concretos el concepto de flagrancia es apenas manejable -no ya sólo para funcionarios policiales en situaciones apremiantes, sino también para juristas- sugiere la existencia de un asunto pendiente en materia de mecanismos adecuados de control y atribución de responsabilidad por el eventual abuso policial. Precisamente este aspecto pendiente no fue abordado por la “Agenda Corta Antidelincuencia”.

La segunda cuestión discutible era si no obstante declararse ilegal la detención, podía en la misma audiencia tener lugar la **formalización de la investigación**, con su secuela lógica que es el debate sobre medidas cautelares personales, o si, por el contrario, el imputado debía ser liberado inmediatamente y citado a una audiencia con fines de formalización. La opinión dominante -a la cual personalmente adhería- estaba por la primera solución, no sólo por razones de “economía procesal”, sino sobre todo entendiendo que la formalización estaba prevista como posibilidad para todos los casos en que se celebrara la audiencia prevista en el artículo 132, que no es, como he dicho, una audiencia distinta de la control de detención, sino que precisamente **es** la audiencia de control de detención. Ésta era también la interpretación abrumadoramente mayoritaria en la práctica judicial.

La “Agenda Corta Antidelincuencia” ha consagrado legalmente esta solución, disponiendo en el nuevo inciso tercero del artículo 132 lo siguiente:

“En todo caso la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes...”

El reclamo invariable de los defensores en este punto ha sido siempre que de este modo la declaración de ilegalidad de la detención carece de todo sentido práctico, puesto que el imputado que es detenido ilegalmente de todas formas puede ser formalizado y, especialmente, puede ser sometido, por ejemplo, a prisión preventiva, con lo cual llega mal detenido y termina de todos modos preso. Sin perjuicio de la apariencia inicial, se trata de un reproche al menos parcialmente injusto, porque es indudable que la declaración de ilegalidad de la detención sí tiene importantes consecuencias, aun cuando no sea obstáculo para la formalización. Desde luego por las sanciones que potencialmente trae aparejada y porque de algún modo preconfigura un escenario de posible exclusión probatoria, pero también porque puede y debe tener una gran incidencia precisamente en el *debate sobre medidas cautelares*, en la medida en que -como sostenemos- define cuál es el material que puede servir legítimamente de antecedente para fundar la prisión preventiva u otra medida cautelar personal (artículos 140 y 155).

Aunque la formidable expresión de contrarreforma que fue la supresión del inciso segundo original del artículo 141 le ha quitado fuerza formal al argumento, en base a consideraciones materiales elementales se puede seguir razonando de la siguiente manera: si en principio debe prescindirse de la prisión preventiva cuando conforme a los antecedentes del caso *aun en el evento de condena* el imputado no debería sufrir pena de encierro, con tanta mayor razón no procede la privación de libertad durante el proceso cuando el pronóstico de condena se ve debilitado por la posibilidad de una futura exclusión de prueba, que es precisamente lo que puede ocurrir cuando se declara ilegal la detención gracias a la cual se descubren objetos inculpativos. A partir de esa declaración el juez de garantía puede y debe realizar un pronóstico

sobre la futura posible exclusión de dicho material que se le ofrece para fundar la solicitud de prisión preventiva, en los términos del inciso tercero del artículo 276, y dejar de considerarlo si el pronóstico es favorable. Cualquier otra solución es maldad pura, es volver al viejo sistema inquisitivo en el que la prisión preventiva opera como sucedáneo de una condena que nunca llega o que llega tarde o es insuficiente. Y si bien casi todo en la “Agenda Corta Antidelincuencia” tiende a eso, en este punto no se ha innovado y se puede seguir manteniendo lo mismo que antes.

Desde esa perspectiva no parece que pueda sostenerse seriamente que la posibilidad de formalización y de debate sobre medidas cautelares le reste toda importancia a la declaración de ilegalidad de la detención. Naturalmente puede ocurrir en la especie que la solicitud de medidas cautelares tenga fundamento suficiente en circunstancias independientes de la detención, de modo que podrán imponerse a despecho de la declaración de ilegalidad, pero en ese caso no se aprecia por qué habrían de extenderse hasta ese punto las consecuencias de dicha declaración.

Una cosa muy distinta es, en cambio, que además procediera la *ampliación de la detención* para los efectos de preparar la formalización. En este punto -que constituye la tercera cuestión discutida- la respuesta no podía sino ser negativa, porque desde luego no puede ampliarse legítimamente un estado ilegal de privación de libertad. Lo que sí procede es que, en base a los antecedentes aportados se pueda imponer una medida cautelar personal con su mérito propio, pero para eso el fiscal debe necesariamente formalizar y fundar sus solicitudes cautelares en la audiencia del artículo 132. Si no está en condiciones de hacerlo debe contentarse con solicitar la citación del imputado.

En esto debe reconocérsele un importante mérito a la “Agenda Corta Antidelincuencia”. Porque si bien la solución de la improcedencia de la ampliación gozaba de gran acogida, no faltaba quien -de modo formalmente inobjetable- sostenía que en tal caso de todos modos podía solicitarse y obtenerse la *detención judicial* en los términos del artículo 127, la que reconocidamente puede ampliarse siempre de acuerdo con

el artículo 132. Pues bien, la modificación de este último artículo no deja ahora dudas en cuanto a la improcedencia de dicha ampliación, porque expresamente dispone en su inciso tercero que, no obstante que el Ministerio Público pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, “no podrá solicitar la ampliación de la detención”. A mi juicio esta prescripción no puede ser eludida interpretativamente a través del artículo 127.

Por último, se discutía sobre los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención para el ulterior debate sobre *exclusión de la prueba ilícita* de acuerdo con el inciso tercero del artículo 276, en cuanto a si dicha declaración resolvía de antemano y definitivamente esa cuestión. Y si bien puede tratarse de una cuestión debatible, era evidente que la respuesta debía ser negativa. Es indudable que la declaración de ilegalidad de la detención está llamada a tener muy importantes efectos en el eventual debate sobre la exclusión del material probatorio obtenido gracias a la detención, al punto que en buena manera lo preconfigura (de hecho hemos dicho que puede y debe considerarse una posible exclusión futura para los efectos de resolver sobre medidas cautelares), pero en rigor se trata de debates distintos, no sólo porque se verifican en etapas procesales diferentes, sino también porque responden a lógicas distintas.

Con esto no me estoy refiriendo sólo al hecho problemático e insuficientemente discutido de que distintos jueces -o aun el mismo juez- que conocen en distintos momentos, directa o indirectamente, de un mismo asunto resuelvan de un modo diferente, sino especialmente a que el debate sobre exclusión de prueba incorpora otros elementos y matices que no tienen por qué tomarse en cuenta en el examen básico sobre la legitimidad de la detención. Piénsese solamente en el caso en que la prueba sea luego ofrecida por la defensa o se discuta una hipótesis de descubrimiento inevitable, entre otras situaciones. De modo que, sin perjuicio de que una declaración de ilegalidad de la detención conduzca por regla general a la ulterior exclusión como prueba de lo que se descubra gracias a ella, no puede decirse que esto último quede zanjado definitivamente con dicha declaración.

Así las cosas, la innovación normativa que implica la “Agenda Corta Antidelincuencia” en esta materia no parece mayormente relevante. El nuevo inciso tercero del artículo 132 en su oración final dispone:

“La declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276”.

Como se ve, la ley no agrega nada nuevo. Más bien al contrario, queda de manifiesto que ni siquiera resuelve un asunto mucho más discutible como es si la declaración tiene efecto de cosa juzgada al menos respecto de su objeto específico, cual es la legalidad o ilegalidad de la detención, puesto que se limita a negarle dicho efecto respecto de las “solicitudes de exclusión de prueba”. En lo que respecta a la legitimidad de la detención en cuanto tal la discusión debe seguir abierta.

Más objetable desde un punto de vista del sistema es que la declaración de ilegalidad de la detención sea *apelable*, en los términos del nuevo artículo 132 bis:

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

Más allá de lo incomprensible que resulta que la apelación se restrinja sólo a ciertos delitos -nótese que se trata de una apelación en el solo efecto devolutivo, de modo que no hay ninguna cuestión de urgencia involucrada- si, como la propia ley se ha encargado de disponer, esta declaración no tiene fuerza de cosa juzgada para el ulterior eventual debate sobre exclusión de prueba, que es lo que justificaría este control durante la etapa de investigación, lo cierto es que no se alcanza a apreciar una buena razón para la introducción del recurso.

Como sea, de todos modos se trata de un aspecto menor en comparación con el escándalo que significa que, en virtud del reformado artículo 149, los imputados por ciertos delitos respecto de los cuales se rechaza la solicitud de prisión preventiva deban quedar necesariamente privados de libertad en virtud de la apelación verbal del Ministerio Público, hasta que la respectiva Corte de Apelaciones resuelva en definitiva. Ante semejantes niveles de desconfianza hacia los jueces de garantía, lo razonable hubiera sido que, tratándose de imputaciones por los delitos en cuestión, el control de detención y el debate sobre medidas cautelares se hiciera derechamente ante las Cortes, pero siempre dentro de las veinticuatro horas. A mi juicio, las medidas legales para impedir que la privación de libertad se dilate indebidamente en virtud de la apelación (piénsese en las Cortes compuestas por una única sala) no son garantía suficiente.

En síntesis, la “Agenda Corta Antidelincuencia” no innova mayormente en cuanto a la materia que nos ha tocado abordar: la declaración de ilegalidad de la detención no se opone ni a la formalización inmediata ni al consecuente debate sobre medidas cautelares, sin perjuicio de que defina cuáles son los antecedentes que legítimamente puedan considerarse en dicho debate. Se opone, en cambio, a la ampliación de la detención, y no zanja definitivamente la eventual exclusión de prueba por ilicitud. Como se ve, no es más que eso. Muchas gracias.

ESPECIES Y EFECTOS PENALES DE LA REINCIENCIA

José Luis Guzmán Dalbora,

Profesor de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral

Universidad de Valparaíso

Mis primeras palabras, que ruego al señor moderador no descontar de los veinte minutos de que dispongo para la exposición, tienen que ser para celebrar, como profesor de esta casa de estudios superiores, que estemos realizando por segunda vez una actividad conjunta con la Defensoría Penal Pública Regional, porque, así nos parece tanto a la Defensoría como a nosotros en la Universidad, es una óptima forma de enriquecernos recíprocamente, el mundo universitario, el mundo de la teoría, con el mundo del ejercicio y de la aplicación práctica del Derecho. Que hayamos podido organizar con éxito este segundo seminario y que proyectemos realizar otros en el futuro, es algo que como Facultad, y en particular a mí dentro del Departamento de Derecho Penal, nos llena de satisfacción. Se trata de actividades que, para que ustedes lo sepan, realizamos desinteresadamente, tanto la Defensoría como la misma Universidad. Aquí hay colegas que han trabajado especialmente en sus exposiciones, que han viajado de otras ciudades, como el profesor Héctor Hernández Basualto y el magistrado Mauricio Rettig Espinoza, y que, como el profesor Claudio Meneses Pacheco y yo mismo, dedicamos un buen tiempo de preparación para ponernos al servicio de la comunidad penalista.

En junio de 2006, cuando el Supremo Gobierno tuvo la idea de impulsar lo que se denominó entonces la «Agen-

da Corta Antidelincuencia» -nombre al que faltó el complemento «contra la criminalidad»-, fui invitado junto a otro compañero de la Facultad jurídica porteña, el profesor Raúl Tavorari Oliveros, para emitir un informe a la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Fue un hecho curioso el que ambos, quienes desde luego no nos habíamos puesto de acuerdo en cuanto a lo que íbamos a decir, o sea, que estudiamos las cuestiones penales y procesales penales solicitadas por la reforma sin saber la postura del otro, terminamos por concluir, tanto en la imagen general como en cada uno de los detalles del Proyecto, que se trataba de una iniciativa extraviada.

Sabemos que éste fue marchando con cambios en su contenido original, aunque conservó siempre el sello de exasperar el régimen de la reincidencia. En la redacción primitiva se había pergeñado un verdadero sílabo de delitos a los que se sometió a un tratamiento muy peculiar. En el régimen de conmensuración de la pena, sobre todo su graduación legal, la reincidencia quedaba convertida en esas infracciones, no en una circunstancia agravante más, como se lee en el Código, sino en un factor autónomo de modificación de los márgenes punitivos que hacía inaplicable una serie de circunstancias atenuantes, mecanizaba la labor judicial y llegaba a penas severísimas. Además, semejante catálogo tenía también repercusiones procesal-penales de envergadura, comenzando por el hecho de considerarse flagrante un delito cometido hasta doce horas antes de la detención del sujeto -un tiempo que parece bastante prolongado y, en rigor, resulta inconciliable con la idea misma de flagrancia-. Es más, en un principio se decía allí que flagrante era de estimar un delito mientras pudiese ser denunciado, o sea, ¡en tanto que no prescriba! Recuerdo que mi colega de la Facultad dijo en la Cámara que flagrancia es un término que incluso por su ascendencia latina está ligado a la flama, a algo que arde u ocurre en un preciso instante actual. Bien se comprenderá que como nadie puede tener ideas frescas después de doce horas, tampoco cabe calificar como flagrante lo que alguien hizo en el último medio día.

Entonces preparé un trabajo cuyo objetivo era precaver a la opinión pública acerca de lo que realmente estaba en juego aquí, trabajo que

luego se publicó, con algunas ampliaciones, en la forma de un artículo⁵, pero que fue incapaz de detener un alud imparable -visto que en el Parlamento parecía no haber interés en tomar en cuenta lo que decíamos los criminalistas ante una decisión de legislar adoptada sin miramientos, por funestas que pudiesen ser sus consecuencias-. Escribí allí lo que hube de repetir con amargura más tarde, en otro estudio⁶, donde discurro francamente de una *contrarreforma* en curso, expresión tanto más justificada cuanto que en poco más de cinco años contamos la friolera de catorce leyes modificatorias al Código Procesal Penal, todas ellas animadas por el monstruo de una inquisición rampante.

Por lo demás, en lugar del nombre publicitario de «Agenda Corta Antidelincuencia», sería mejor llamarla una reforma que resultó alicorta. Alicorta de entendimiento en su gestación, desarrollo y conclusión, con un pésimo producto final. Es lo que procuraré ilustrarles ahora a propósito de la reincidencia, en un esfuerzo por entender o tratar de entender el régimen vigente de las especies de recidiva y sus consecuencias en la responsabilidad criminal.

Téngase presente, por una parte, que la reincidencia ha tropezado siempre, en el plano de la doctrina penal contemporánea, con muchas e insuperables dificultades para poder acreditarse como motivo de agravación. Por otra, hay que recordar que la única forma de reincidencia acogida a regañadientes por algunos juristas, es la verdadera, no la falsa o ficticia. En lo que viene voy a formular una observación histórica y después trazaré un breve panorama de las teorías más importantes sobre la naturaleza y el fundamento, o falta de fundamento, de la reincidencia en general, para abordar sucesivamente su situación en Chile.

A propósito de la reincidencia verdadera, a principios del siglo XIX, y hasta bien entrado éste, se desarrolló en Europa, bajo el influjo del pensamiento retributivo, una corriente abolicionista de la reincidencia

⁵ *Involución de la reforma procesal penal chilena en Revista procesal penal*, LexisNexis, Santiago de Chile, número 68, febrero de 2008, pg. 9-19.

⁶ Guzmán Dalbora, José Luis en "*Bosquejo y Apreciación de la Reciente Reforma Penal en Chile*", en el volumen "*La Política Legislativa Penal Iberoamericana en el Cambio de Siglo*", pg. 167-199, coordinado por José Luis Díez Ripollés y Octavio García Pérez. Edisofer y B. de F., Madrid y Buenos Aires-Montevideo.

-que había sobrevivido a la reforma penal del Iluminismo-, por considerarla incompatible con un Derecho Penal de acto, amén de contraria al principio de inherencia. Hubo numerosos autores en esta línea de pensamiento, de los que nombraré sólo dos de los más ilustres, Carmignani en Italia y Mittermaier en Alemania. Pese a ello, la reincidencia persistió, impuesta por la presión de viejas tradiciones, sin una real justificación y espoleada por el miedo, el temor que genera la representación de que determinados individuos, que han delinquido una vez, van a recaer en sus fechorías. Así y todo, era tal la mala conciencia del liberalismo penal decimonónico sobre la reincidencia, que las teorías o, por lo menos, la teoría que presentaré brevemente aquí, lo que procuraron fue antes cohonestar que justificar una única forma de reincidencia.

La reincidencia verdadera fue el objeto exclusivo de la teoría de Carrara sobre el particular. El criminalista toscano elaboró una doctrina conocida como «de la insuficiencia relativa de la pena ordinaria», en la que son vivas las contradicciones entre el jurista y el político, así como las incoherencias de este estudioso con bases fundantes de su pensamiento penal en general, parecidamente a la actitud del mismo autor en punto a la prisión preventiva, que él admitió por necesidades procedimentales, sólo que sin advertir que una vez que se acepta la mano que nos tiende el diablo, éste nos hará bailar a su ritmo y nos llevará donde él quiera, por ejemplo, a emplear la prisión preventiva contra individuos rotulados como peligrosos.

Para salvar el instituto de la crítica de los abolicionistas, Carrara arguyó que la reincidencia verdadera, la del sujeto que, habiendo cumplido una pena, vuelve a cometer un delito, estaría legitimada porque respecto de él sería insuficiente la pena ordinaria. El profesor de Pisa usaba todavía la terminología del Derecho común, en que la pena ordinaria o legal aludía a aquella no modificada en sus márgenes por la presencia de circunstancias. Era de imponer, pues, una pena extraordinaria, con la correlativa elevación de los márgenes penales, porque la experiencia estaría mostrando que esa persona resultó insensible a la amenaza penal corriente. Es paladina aquí la capitulación práctica de este jurista, su renuncia al postulado, firmemente defendido por él mismo en otros pasajes de su obra, de que el juez penal juzga actos, quedándole veda-

do mirar la maldad del hombre si es que no quiere trascender los límites de su función. Además, tal teoría hace traición a la doctrina carrariana sobre el fin de las penas. Para él, la pena no debe proponerse como objetivo jurídico la prevención de los delitos, ni general ni particular, pues de otra forma el magisterio punitivo acaba por manipular o utilizar al penado, menospreciando su personalidad. He aquí que Carrara introduce en su pensamiento retributivo la cuña de esas consideraciones preventivas que antes descartó y, lo que es más grave, una valoración de la personalidad por el desprecio o insensibilidad que revelaría el reincidente ante la pena irrogada antaño, o en sus propias palabras, *“dopo avere sperimentato il pattimento effettivo”*.

Si he mencionado esta doctrina es sólo para significar que también el siglo en palabra, testigo de la supervivencia del viejo instituto en los Códigos, mostró antipatía por lo menos hacia la reincidencia ficta. Sólo en la verdadera recidiva, la única digna de este nombre, podía columbrarse un *plus*, algo adicional, sea en el nuevo delito, sea en su sujeto activo. Para los hombres de la Escuela clásica no bastaba una simple condena, el mero pronunciamiento de una sentencia provista de mérito ejecutivo.

Expresamos que la doctrina posterior ha tropezado invariablemente con graves obstáculos en su afán de justificar ese saldo de la cuestionada circunstancia. Hay muchas teorías. No siendo esta la ocasión de repasarlas con detenimiento, hemos de contentarnos con las siguientes consideraciones.

Por lo pronto, no es factible cimentar con éxito la reincidencia en una cuestión de antijuridicidad. El delito pasado no aumenta el injusto de la nueva fechoría. Esto es tan sencillo como pensar que la vida que fue segada por un reincidente vale exactamente lo mismo que la del que muere a manos de alguien que nunca antes cumplió una pena. Tampoco es correcto acudir aquí a un *plus* de injusto sustentado en el quebrantamiento de una norma que prohibiría la repetición delictuosa, como postularon Armin Kaufmann y, tras su estela, Santiago Mir Puig -si bien éste moderó sensiblemente su posición más tarde-. Esa doble infracción normativa, consistente en que el sujeto quebranta la norma

constitutiva del bien jurídico que él ofendió con el nuevo delito y, además, aquella que le veda ser reincidente, es una mera suposición del pensamiento jurídico, o expresado de manera más exacta, puro constructivismo, porque la pretendida segunda norma simplemente no existe. No hay reglas jurídicas que prohíban ser reincidente, como tampoco se puede dar una que nos interdiga ser peligrosos -y de estar escritas en una legislación cualquiera, serían risibles en su total carencia de fundamento filosófico-jurídico-.

Por ende, el camino queda abierto exclusivamente para rastrear el sentido de la reincidencia en términos subjetivos y, sobre todo, en el marco de una apreciación de la personalidad del hechor. Dejemos en esto de lado, por cierto, el viejo galimatías de la peligrosidad, que ya no cuenta con defensores ni siquiera en el país que lo engendró, Italia. La llamada peligrosidad (y sus sucedáneos o eufemismos, como el llamado «compromiso delictivo» que consultan las disposiciones penitenciarias argentinas y chilenas) no es una noción susceptible de ser fijada científicamente. Todos los ensayos por lograr de ella un concepto han ido al garete porque su entidad no se puede constatar ni medir empíricamente, y tanto menos cabe acreditarla en el arco de los pocos minutos en que un juez tiene que resolver, pongo por caso, una solicitud de prisión preventiva apoyada en la calidad peligrosa del imputado. Si un filósofo de renombre mundial y psiquiatra eminente como Karl Jaspers, en su monografía sobre Nietzsche, escribió que es imposible conocer a fondo el alma de otro hombre y, por tanto, saber con precisión cómo se conducirá en el porvenir, parece arrogante o franca soberbia la pretensión de determinar, con los toscos medios del proceso penal, que un inculpado transitará otra vez la senda criminal.

Descartada la peligrosidad, resta la culpabilidad. Sin embargo, la reincidencia no tiene asidero en la culpabilidad propia de un Derecho penal de acto. En verdad, la capacidad de resistir la tentación de cometer delitos no aumenta, sino disminuye con las condenas previas. El fracaso de la pena sufrida revela en el reincidente una especial dificultad para motivarse según las exigencias jurídicas, en definitiva, una menor imputabilidad. Sólo una culpabilidad por el carácter o la conducción de la vida, es decir, la congruente con un derecho penal de autor, es capaz

de justificar la agravación penal de la reincidencia, porque aquí el juicio de reproche *no va encaminado hacia lo que el sujeto hizo, sino a lo que él es*. Y al cifrarse en la manera en que el acusado organizó su vida, tónica que emerge de la repetición de conductas, la recidiva se muestra en su verdadero atuendo, el de una forma aberrante de imputación, primitivismo con arreglo al cual se juzga, no aquello que el sujeto obró, sino lo que le ocurre o sucede. Siendo así, se comprenderá que tras la dudosa institución se oculta un elemento extraño y perturbador para un derecho penal liberal, o lo que viene a ser lo mismo, para el derecho penal propio de un Estado de Derecho, y que la tarea de la Dogmática, en su función crítica o político-criminal, consiste precisamente en acabar con la reincidencia de la faz de las leyes. En los últimos veinte años lo han conseguido Alemania (1986) y, en términos absolutos y radicales, para orgullo de Hispanoamérica, Perú (1991) y Colombia (1980 y 2000), países que, a diferencia del primero, no cedieron al subterfugio de suprimir la agravante so pretexto de someter al reincidente a una medida de seguridad privativa de la libertad.

Chile dista mucho de la feliz situación de Perú y Colombia. Antes bien, en esto nuestra tradición ha sido de severidad, siquiera no de total rudeza. En efecto, el Código reguló formalmente, junto a la verdadera o genuina, la falsa recidiva, criterio ajeno a la fuente española de 1848 y que tampoco adopta la inmensa mayoría de los textos contemporáneos, exceptuado el italiano de 1930, transido como está, de cabo a rabo, por un irremediable autoritarismo. Sin embargo, bien mirada, la reincidencia que mienta la cláusula decimocuarta del artículo 12 no es ni puede producir el efecto de una auténtica circunstancia agravante.

Hay razones sistemáticas y teleológicas que explican esto. Por lo pronto, no es convincente, a mi juicio, el argumento que plantearon hace algunos años Enrique Cury Urzúa y, poco después, Carlos Künsemüller Loebenfelder, en el sentido de que la reincidencia ficta procedería únicamente en el caso de que el sujeto delinca mientras cumple la condena, no después de haberla quebrantado, ya que, según estos autores, siendo el quebrantamiento de condena un delito en sí mismo, entonces no podría, además, agravarse la pena de la infracción cometida durante el plazo en que el quebrantador puede ser castigado en

virtud del artículo 90. Por el contrario, no veo en el supuesto excluido por esa opinión una falta al principio de inherencia, porque una cosa es el quebrantamiento de condena, y otra el delito que perpetra el sujeto *después* del quebrantamiento. Son hechos diversos, substraídos a la prohibición del *bis in idem*. Nuestros motivos de contraste a la agravación de *las dos* hipótesis de reincidencia ficta yacen en un plano distinto de la interpretación lógica. Por un lado, la lectura sistemática de los artículos 12, circunstancia 14^a, y 91, lleva a concluir con perfecta seguridad aquello que hay que hacer cuando se presenten esas hipótesis: que el sujeto cumpla en orden sucesivo las dos penas, con las agravaciones o conversiones contempladas en el artículo 91, párrafos dos y tres. Ese es el único efecto de la falsa reincidencia. La otra consideración es asimismo sistemática, aunque también y principalmente teleológica. Sabemos que la reincidencia verdadera, en la redacción del artículo 92, no agrava en todos los casos la responsabilidad criminal. Debe tratarse de reincidencia específica, o bien la genérica en que se había impuesto dos o más penas de igual o mayor gravedad que la que se cierne ahora sobre el reincidente. Luego, si la propia ley mira con circunspección supina la reincidencia verdadera y, de hecho, la limita, *a fortiori* habrá que excluir de plano el efecto agravante de lo que no es reincidencia.

La llamada Agenda Corta Antidelincuencia no innovó sobre este extremo, el que he de mantener firmemente como punto de partida. Tampoco hoy la falsa reincidencia puede entrar en juego en la conmensuración legal y judicial de la pena. Y este mismo dato sirve para ilustrar la situación actual de la recidiva verdadera, el real objeto de la modificación operada en marzo de 2008.

La ley 20.253 suprimió el participio «castigado» en el número decimoquinto del artículo 12, término substituido allí, al igual que en el artículo 92, por el de «condenado». La vieja expresión aludía claramente, no ya al simple rematado, o sea, el sujeto condenado por sentencia ejecutoria a alguna pena -aunque verse en el período de observación de una condena de ejecución condicional o el de tratamiento de la libertad vigilada-, sino a aquel que cumplió efectivamente la punición. Como refuerzo de la mudanza, en el artículo 92 se reemplazó el giro «después

de haber cumplido» por el de «haberse impuesto una condena», al que sirve como *pendant* la remisión que estampa hoy el párrafo final del precepto a aquellas circunstancias del artículo 12 donde yace la reincidencia verdadera, que no a la decimocuarta, que amadriga la especie fingida del instituto.

En pos de ordenar este panorama, quiero partir de la base siguiente. Aunque esa pareja de artículos del Código no reza «condenado por sentencia ejecutoriada», cual se lee en otros, como el italiano, creo que hay que entenderlos en tales términos, porque de lo contrario estaríamos frente a un mero concurso real de delitos, en franco quiebre con las reglas de punición de éste, en el artículo 74, y retrocederíamos más de doscientos años en la historia de la reincidencia, para devolverla a lo que fue en el Derecho común europeo, que no la distinguió del concurso material de infracciones. Este entendimiento se adecua perfectamente a la locución «después de haberse impuesto una condena», con que se abre el artículo 92, ya que imponer significa en castellano poner una carga u obligación, y el deber de sufrir una pena no nace mientras la condena esté pendiente de fuerza ejecutoria -una sentencia desprovista del efecto de cosa juzgada sólo se ha dictado como fallo-.

Ahora, si el propósito de la reforma, por demás desembozado, fue encruelcerse con la recaída en el delito, degradando sus requisitos a los de la versión ficta, que se contenta con la existencia de un fallo en condiciones de cumplirse, pues afirmo que ese objetivo se malogró. Esto suele ocurrir con las innovaciones legislativas mal elaboradas, que, desoyendo el parecer de la ciencia, alumbran forzosamente vástagos del decisionismo jurídico. Y es que el talante autoritario en el Derecho Penal consigue en ocasiones acertar pese a él mismo. Esbozaré tres posibles salidas interpretativas a la aparente desarmonía generada entre las estructuras que forman los artículos 12, circunstancia decimocuarta, y 91, de los que sabemos que no surten efecto agravante, y los artículos 12, circunstancias decimoquinta y decimosexta, y 92, disposiciones, estas últimas, que fueron concebidas para los casos de reincidencia verdadera, por tanto, con pena cumplida.

La primera interpretación, por la que confieso de antemano mi preferencia, dirá que el campo de aplicación del segundo grupo de disposiciones sigue siendo el de la reincidencia verdadera, nunca el que atrapa al primer grupo. En otras palabras, si el sujeto delinque de nuevo mientras satisface su condena -incluidos el período de libertad condicional o el plazo de cumplimiento de una reclusión nocturna- o después de haberla quebrantado, rige el artículo 91 y, por ende, su «reincidencia» no surtirá otro efecto que los escritos allí. Por modo que la novedad que aporta el artículo 92, en su remozada factura, reside en la posibilidad de considerar como reincidente al condenado que vuelve a delinquir durante los plazos de observación o tratamiento de la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada, con tal que se trate de supuestos de reincidencia *específica*, porque, si la reincidencia fuese genérica, el requisito de dos o más condenas previas a penas iguales o mayores, que continúa planteando el artículo en cuestión, la torna reñida con los presupuestos de la condena de ejecución condicional y la libertad vigilada, que no pudieron ser otorgadas al «plurireincidente» -va de suyo que el condenado condicionalmente que luego perpetra una infracción de igual, mayor o menor gravedad, pero de distinta especie que la anterior, puede ampararse en el artículo 92, número 3º, y no podrá ser calificado como recidivo-.

Las restantes maneras de enfocar el asunto no me parecen satisfactorias y, al revés, harían aún más contraproducente la reforma que lo que ya es en sí misma. Alguien podría suponer que el artículo 92 es ahora complementario del 91, y que las circunstancias 15ª y 16ª complementan la 14ª del artículo 12, por lo cual sólo agravaría la reincidencia genérica en los casos que ya conocemos, aquellos que mienta el artículo 92, y la específica, siempre, incluso si el sujeto delinque mientras cumple su condena o después de haberla quebrantado. En otras palabras, el derecho penal chileno habría pasado a tener sólo la reincidencia ficta, una conclusión que, empero, no se condice en absoluto con la subsistencia del artículo 92 y el neto contraste que lo divorcia del 91. Otra posibilidad reside en que el artículo 92 (y el 12, circunstancias 15ª y 16ª) atañe al mero hecho de haberse dictado una sentencia de condena aún no ejecutoriada, en cuyo caso amadrigaría una hipótesis particular de concurso de delitos, al paso que el 91 debiera aplicarse

sólo si existe un fallo con fuerza de cumplirse, el único que puede ser quebrantado -y de este manera hallaría explicación el tenor actual del artículo 12, circunstancia 16^a: no ya «ser reincidente», como rezó hasta la fecha, sino «haber sido condenado»-. Tesis que tampoco tengo por aceptable, dado que desconoce la diversidad de contenido de los artículos 91 y 92, incluso el epígrafe del párrafo 2, título IV, del libro I del Código («de las penas en que incurrir los que durante una condena delinquen de nuevo»), y que el artículo 92, párrafo final, remite hoy a los números 15 y 16, no al 14 del artículo 12.

En resumen: la reforma ha dejado en pie la distinción de reincidencia verdadera y reincidencia ficta, así como continúa substrayendo esta última a una agravación de la penalidad. El elemento inédito consiste sólo en la conversión de lo que fue un supuesto impune de falsa reincidencia, el del sujeto que delinque durante el período de observación y tratamiento nombrado en los artículos 5 y 16 la Ley 18.216, en motivo de agravación del delito cometido en el ínterin.

Si lo primero, esto es, la preservación de la impunidad de la falsa recidiva y el mantenimiento de los elevados requisitos de la reincidencia verdadera, merece plácemes, el mérito no hay que atribuirlo a las intenciones de la reforma, que ha acertado *malgré elle*. Lo segundo, en cambio, es asaz lamentable, si es verdad que provoca el sinsentido de exasperar el juzgamiento del nuevo delito perpetrado por quien jamás cumplió la pena anterior -precisamente porque el Estado confió en que no volvería a delinquir, siendo claro que con los costos de la defraudación de la expectativa ha de cargar quien la acarició-, y, al propio tiempo, mantener intacto el de quien delinque mientras estuvo encerrado o tras haberse evadido de la cárcel. Esto retrotrae en un siglo y medio el Derecho nacional en el devenir, ya claudicante a la sazón, de la reincidencia. Y si de metáforas se trata, conviene tener presente que la caja impulsora del Derecho penal no posee varias «velocidades», según un desafortunado símil en uso, sino sólo dos marchas, una hacia adelante, de racionalización o humanización, y otra hacia atrás, de embrutecimiento. No sólo en vista de esta reforma, sino conocidas otras habidas en el último tiempo, mucho me temo que Chile ha optado resueltamente por la palanca del retroceso

COMENTARIOS DE CIERRE

Mauricio Rettig Espinoza

Juez del Segundo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago

Primero quiero agradecer la invitación que me ha formulado la Defensoría Penal Pública y la Universidad de Valparaíso.

En la primera intervención el profesor nos señala que el control de identidad y la detención por flagrancia formarían derechamente parte del procedimiento en sí.

A mi juicio el control de identidad y la detención por flagrancia son actuaciones autónomas de la policía y en el caso del control de identidad, éste aparece dentro del marco de las facultades preventivas de la policía, razón por la cual no hay verdaderamente una imputación determinada que permita referir a ciencia cierta que en la especie estemos enfrente de un imputado por un delito determinado⁷, respecto del cual deban nacer todas las

⁷ El control de identidad, es una actuación autónoma de la policía de carácter preventivo respecto de personas que, hasta ese momento, no han sido imputadas de la comisión de un determinado delito, efectuada con la finalidad de evitar la eventual comisión de delitos y que como su nombre lo dice, sólo tiene por objeto establecer la identidad de la persona requerida, no permitiendo que los funcionarios policiales realicen por sí y ante sí, diligencias investigativas, fuera de las contempladas en el artículo 83 del Código Procesal Penal, sin la debida autorización del fiscal del Ministerio Público, en tal sentido Alex Carocca, expresa respecto del control de identidad: "Siendo facultades de orden policial, en su desarrollo no se podrían encontrar supeditados a las órdenes directas de los fiscales del Ministerio Público, *lo que cambia en el evento que efectivamente se inicie la investigación de un delito, porque entonces quedan sometidos al organismo que dirige la persecución penal (artículo 87 del Código Procesal Penal)*". Es decir, a consecuencia de un control de identidad puede surgir una imputación debiendo en estos casos iniciarse una investigación criminal a cargo del Ministerio Público (Carocca, Alex en "El Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno", pg. 70-71 Editorial LexisNexis, 2008). Así por ejemplo, no puede la policía autónomamente, y en el marco de un control de identidad, en el cual obviamente no se encuentra el abogado

garantías procesales del caso, tales como la lectura de derechos, por cuanto dicha situación dificultaría el funcionamiento preventivo de la policía. Dicho de otra forma, creo que en el marco de un control de identidad la policía no está obligada a realizar la lectura de derecho y el sujeto controlado no tiene la calidad de imputado.

Evidentemente me parece que una vez que exista una imputación penal respecto de una persona por un delito determinado en el marco

defensor, interrogar al acusado, por cuanto, el artículo 91 del Código Procesal Penal, no admite lugar a dudas. Este artículo establece como regla general que el imputado solo puede ser interrogado de manera autónoma por la policía en presencia de su abogado defensor, y si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto, circunstancia que en la especie evidentemente no ocurrió. Luego si, en ausencia del defensor, el imputado aun manifiesta su deseo de declarar, *la policía debe tomar las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal*, por lo tanto la instrucción del fiscal no puede consistir derechamente en tomar la declaración del acusado. A continuación el artículo 91 establece otra excepción a la regla general (consistente en que el imputado solo puede ser interrogado de manera autónoma por la policía en presencia de su abogado defensor), la cual dice relación con el hecho de que no fuere posible tomar las medidas necesarias para que el imputado declare inmediatamente ante el fiscal. Así las cosas, el Ministerio Público debe explicar *porque no fue posible adoptar las medidas necesarias para que el imputado declarara ante el fiscal y no ante la policía*, cuando sea procedente. Luego, sólo una vez que se han verificado y cumplido los resguardos anteriores el artículo 91 del Código Procesal Penal autoriza a la policía a consignar las declaraciones que el imputado se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal la cual evidentemente no se puede dar a priori, por cuanto no le compete al Ministerio Público renunciar a los resguardos que el legislador ha establecido en beneficio del imputado, máxime cuando el interrogatorio policial tiene por finalidad obtener la confesión del imputado respecto de su participación en el delito investigado, sin la presencia de un abogado defensor y sin explicar las razones por las cuales no fue posible que se adoptaran *las medidas necesarias para que dicha declaración se prestara inmediatamente ante el Ministerio Público*. Lo anterior resulta evidente si se considera que todos estos resguardos que limitan el interrogatorio del imputado de manera autónoma por la policía, no obedecen al mero capricho del legislador por cuanto la discusión parlamentaria de la citada disposición giró en torno a la necesidad de eliminar los interrogatorios policiales autónomos por constituir la mayor fuente de excesos y abusos (Horvitz Lennon/López Masle en *"Derecho Procesal Penal Chileno"*, pg.495, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, 2003.). En este sentido Hernández Basualto, (La Exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal Chileno, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004, p. 98), precisa como casos de prueba ilícita los siguientes: *"El interrogatorio del imputado sin advertirle previamente de sus derechos como corresponde conforme a los artículos 93 letra a), 94 letra b) y 135 inciso 2°, específicamente de su derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g) y a ser asistido por un abogado (artículo 93 letra b), debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración. D) El interrogatorio policial autónomo del imputado sin la presencia de su defensor o, en su defecto, sin la autorización del fiscal o impidiendo en cualquier caso la presencia del defensor, todo ello con infracción del artículo 91, debería dar lugar a la exclusión de todo el material probatorio obtenido directa o indirectamente gracias a su declaración"*.

de una detención, han de operar todas las garantías que respecto del imputado contempla el ordenamiento jurídico, sobre todo en lo que a la lectura de derechos se refiere.

Paso ahora a la segunda idea que se señaló con mucha fuerza, en el sentido de que el control de identidad se asimila a la detención por sospecha. Me parece que en la Agenda Corta Antidelincuencia precisamente algunos Diputados y Senadores intentaron que el control de identidad se transformara exactamente en una detención por sospecha. Por qué, bueno porque pretendían que la apreciación del *indicio* que es el fundamento del control de identidad quedara en manos de la policía⁸. Me parece que es ahí donde radica la diferencia entre control de identidad y la detención por sospecha. Esto es, en el control de identidad efectivamente hay un control jurisdiccional respecto de la existencia o no de un *indicio*. Es el Juez de Garantía quien determina si existen o no circunstancias, elementos que permitan llegar a la conclusión de que existen indicios que hacen procedente y legítimo el control de identidad y por lo tanto aún cuando se pretendió igualar estas instituciones, la verdad es que esa moción fue desechada, no prosperó, aunque a algunos parlamentarios claramente les habría gustado la institucionalización de la detención por sospecha.

El profesor nos planteaba además que en la regulación sobre el control de identidad habían diligencias investigativas referidas básicamente a la facultad de registro. La verdad es que si uno analiza la historia del artículo 85 del Código Procesal Penal, aparece que la modificación que permitió a la policía proceder al registro de las vestimentas y de los vehículos de la persona controlada tiene por objeto que la policía se

⁸ Aún cuando los diputados Burgos y Walker presentaron una indicación para entregar la apreciación de la existencia de un indicio a la policía a fin de liberarla de acreditar judicialmente la existencia de las circunstancias que hacen procedente la diligencia, y ello pareció razonable al senador Espina, ello no prosperó y por lo tanto, la existencia de indicios objetivos que autoricen el control de identidad, sigue siendo una cuestión que puede ser planteada y debatida en la audiencia de control de la legalidad de la detención, debiendo en consecuencia ser resuelta por el Juez de Garantía por tratarse, como bien lo refiere Bofill, de una diligencia que restringe los derechos constitucionales del afectado y que por lo tanto, no puede dejarse al arbitrio de la policía como ocurría con la detención por sospecha (Piedrabuena, Guillermo en "*Agenda Corta Antidelincuencia*", pg. 93-98, Editorial Legis, 2008).

cerciore de que la persona controlada no porta armas para evitar algún peligro para la integridad física de los policías, en este sentido se pronunció el profesor Julián López Masle, citando jurisprudencia Norteamericana⁹. Por lo tanto, lo interesante está precisamente en determinar qué tan intensivo puede ser el registro, para que esto no se transforme en verdaderas diligencias investigativas sin la instrucción del fiscal ni el debido control del Juez de Garantía. Creo que en la interpretación de las facultades sobre registro en el marco de un control de identidad, las limitaciones tienen que ser severas, es decir la norma debe interpretarse de manera bastante restrictiva, porque efectivamente se corre el peligro de que esta actuación se transforme en una especie de actuación de investigación que afecta garantías sin la dirección de la fiscalía y sin la autorización del Juez de Garantía. Así, creo que en el contexto de un control de identidad la policía no podría, por ejemplo, revisar la ropa interior de las personas, ni rajarse parte del chasis del auto para ver si encuentra droga. Me parece que si el fundamento del registro era evitar esta peligrosidad inicial para la integridad física de la policía, claramente el exceso en el registro traería como consecuencia problemas en la legalidad de la detención y respecto de la licitud o ilicitud de las evidencias emanadas de la diligencia defectuosa¹⁰. Lo anterior adquiere aun mayor importancia si se considera que el plazo

⁹ Así lo refirió en la tramitación parlamentaria López Masle (Piedrabuena, Guillermo en "*Agenda Corta Antidelincuencia*", pg. 97, Editorial Legis, 2008.

¹⁰ El material probatorio recabado no podrá ser utilizado por el Juez de Garantía en la resolución que se pronuncia sobre las medidas cautelares solicitadas, por haber sido obtenidos con infracción a las garantías fundamentales (19 número 7 derecho a la libertad ambulatoria) y lo mismo ocurre con aquel material probatorio derivado causalmente de la ilicitud de base o "*prueba derivada*" (Hernández Basualto, *La Exclusión de la prueba ilícita en el Proceso Penal Chileno*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004, p. 76), es decir, cuando entre el acto original espurio y la prueba cuestionada por su derivación de éste, exista una relación evidente e inmediata, de modo que la prueba se haya obtenido verdaderamente gracias a la prueba contaminada y no a resultados de otros procedimientos investigativos (Zapata, Francisca en "*La Prueba Ilícita*", pg. 29, Editorial LexisNexis, 2004; y también en Tavolari, Raúl en "*Instituciones del Nuevo Proceso Penal*", pg. 154 ss, Editorial Jurídica de Chile, 2005.), como ocurre en los casos de "*prueba independiente*" o "*teoría del cauce independiente*" en donde la prueba derivada tiene su origen en otra de carácter lícito, o bien en los casos de *descubrimiento inevitable* en donde conforme al estado concreto de la investigación, valorados conforme a un criterio *ex ante*, el material probatorio hubiere sido obtenido inevitablemente, con una seguridad rayana en la certeza, dentro de corto tiempo y en la misma condición a través de otro curso causal que ya había sido puesto en marcha con independencia de la actividad declarada ilegal.

para realizar el control de identidad se aumentó a *ocho horas*¹¹, plazo que dicho sea de paso fue solicitado únicamente por Carabineros de Chile en razón de las dificultades técnicas del Servicio de Registro Civil e Identificación¹², fundamento bastante discutible toda vez que se obliga al ciudadano a pagar los costos del mal funcionamiento del sistema aun cuando se encuentra en juego la libertad ambulatoria protegida constitucionalmente¹³.

Luego, donde sí creo que la institución se acerca peligrosamente con la detención por sospecha es en el agregado que señala: “el caso de la persona que se emboce o encapuche para ocultar, dificultar o disimular su identidad”. Ello ya que no es poco frecuente, por ejemplo en invierno, que la gente use bufandas u otros objetos para capear el frío y ello no es una señal de nada, ni mucho menos de que se disponga a cometer algún delito, razón por la cual esta modificación se parece a la detención por sospecha institución que pensábamos desterrada, por tratarse de una fuente de arbitrariedad y discriminación. Por lo tanto, evidentemente merece toda la crítica posible¹⁴.

Respecto del control de identidad, creo que un punto interesante consiste en determinar qué se entiende por indicio. Creo que ahí está lo vital, el punto central, en el control de identidad. A mi juicio, debe en-

¹¹ Al respecto cabe recordar que en principio el Código Procesal Penal establecía un lapso de 4 horas el cual fue modificado por la ley 19.942 aumentándolo a 6 horas. Ahora se aumenta a 8 horas el plazo máximo argumentando en base a las deficiencias técnicas del Servicio de Registro Civil e Identificación. Como se aprecia se privilegia la deficiencias técnicas de un servicio del Estado por sobre la libertad ambulatoria del ciudadano.

Ante el Senado López Masle criticando el aumento del plazo para realizar el control de identidad, por cuanto se traduce en otorgar a las policías un plazo para investigar sin orden del fiscal ni control del juez, lo que no se aviene con las exigencias de un Estado democrático de derecho (Piedrabuena, Guillermo en “*Agenda Corta Antidelincuencia*”, pg. 96-97, Editorial Legis, 2008).

¹² Piedrabuena, Guillermo en “*Agenda Corta Antidelincuencia*”, pg. 96, Editorial Legis, 2008.

¹³ El control de identidad implica por esencia una *restricción eminentemente transitoria de la libertad*, toda vez, que se trata de una *actuación autónoma de la policía*, cuyas normas deben ser interpretadas y aplicadas de manera restrictiva acorde a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 5 del Código Procesal Penal, el cual prescribe que: “*Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”.

¹⁴ En este sentido se pronunció Tavolari Oliveros durante la tramitación parlamentaria (Piedrabuena, Guillermo en “*Agenda Corta Antidelincuencia*”, pg. 98, Editorial Legis).

tenderse por indicio, siguiendo al Diccionario de la RAE “*aquello que permite conocer o inferir la existencia de algo que no se percibe*”. Por lo tanto, existe indicio en el sentido del artículo 85 del Código Procesal Penal, en aquellos *casos fundados* en los cuales, *según las circunstancias*, existe algún antecedente que le permita a la policía conocer o inferir que la persona cuyo control de identidad pretende, hubiere cometido o intentado cometer un crimen o simple delito o falta, o que se dispusiere a cometerlo, o que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta o *en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad*. Evidentemente es un concepto normativo, pero me parece que habiendo distintas situaciones, debe ser entregada al juez la facultad de ponderar cuándo se da este requisito normativo.

Así en Estados Unidos, el tribunal más alto del país, cumple la función que es fijar ciertos estándares a los demás jueces, en el sentido de cómo deben apreciar ciertos elementos normativos, lo cual derechamente es una solución para que el legislador no nos fije criterios taxativos, en aquellos espacios del proceso penal, en donde se requieren estos elementos más flexibles para poder apreciar las distintas situaciones que se pueden producir en distintos momentos y lugares con características tan diversas.

Aquí aprovecho de pasar a otro punto conflictivo de la Agenda Corta Antidelincuencia, el cual consiste en el límite de doce horas para determinar qué debe entenderse por “tiempo inmediato” en los casos de detención por flagrancia en que se alude a este elemento. Aquí resulta que el legislador estableció respecto de las causales d) y e) del artículo 130 del Código Procesal Penal, un tiempo expreso para determinar cuándo hay flagrancia, aun cuando la flagrancia, es una cuestión normativa que estaba bien planteada, conforme a criterios que permitían a los jueces, evaluar la concurrencia o no de la flagrancia en atención a las circunstancias del caso, que hacían *ostensible* la determinación del sujeto que cometió el delito dada la *inmediatez* con que éste había tenido lugar. En doctrina se entendía por inmediatez, la concatenación existente entre la comisión del hecho y la detención del imputado y por ostensibilidad, la posibilidad de percibir de manera directa que el

detenido es el autor del delito, tales conceptos debían ser apreciados de distinta forma según si el delito se había cometido en el campo, en la cordillera, en la ciudad repleta de gente, etc.

A mi juicio los criterios de corte normativo conforme a los cuales debía resolverse si había o no flagrancia eran adecuados y fijar un límite determinado de doce horas me parece fuera de lugar. De hecho hasta el señor Fiscal Nacional, en su oportunidad, dijo que se conformaba con seis horas¹⁵. “Con seis horas estamos bien”, sin embargo, el legislador resultó ser más papista que el Papa y estableció un plazo de doce horas.

Evidentemente el plazo de doce horas desnaturaliza la institución de la flagrancia, por cuanto, se supone que los delitos son flagrantes cuando existe una cierta claridad respecto de la persona que cometió el hecho delictivo, pero después de transcurridas doce horas esa claridad no es tal¹⁶.

¹⁵ Piedrabuena, Guillermo en “*Agenda Corta Antidelincuencia*”, pg. 116, Editorial Legis, 2008.

¹⁶ No olvidemos que la detención por flagrancia es una actuación autónoma de la policía y que puede ser llevada a cabo por cualquier ciudadano en virtud del derecho a la autotutela, por cuanto estamos en presencia de casos en los cuales resulta clara la determinación de la persona que se encuentra cometiendo el delito o que acaba de cometerlo, claridad que se pierde con un plazo de esta envergadura. Así me parece que esta reforma constituye una ampliación desmesurada de la facultad policial para detener y conllevará una facultad soterrada de la policía para investigar de manera autónoma acerca de participación del imputado en el delito por el cual se le detiene sin instrucción del Ministerio Público ni autorización del Juez de Garantía aun cuando la actuación policial implica de suyo la afectación de garantías constitucionales, que puede prestarse para arbitrariedades.

Además la mentada modificación contraviene lo dispuesto en el art 83 de la Constitución Política de la República cuyo inciso 3° dispone: “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 los restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”. Si el constituyente es así de exigente respecto de las actuaciones realizadas por el Ministerio Público con mayor razón debe procederse respecto de las actuaciones autónomas de la policía.

El propio mensaje del proyecto refiere que: “el tiempo inmediato implica todo aquel en el que todavía puede apreciarse una conexión material directa e inmediata –huellas, instrumentos- entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible”. ¿Puede afirmar que existe una conexión material directa e inmediata entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión transcurridas 12 horas?

Pasemos ahora brevemente a la exposición del profesor Hernández. Concuero con él en que la detención sin orden judicial ha provocado problemas. Así resulta que las policías no parecen tener claras las diferencias entre el control de identidad y la detención por flagrancia. En los juicios orales ello es indudable. Ahora, el punto es que tratándose de actuaciones autónomas de la policía resulta a lo menos exigible que la policía pueda distinguir entre ambas instituciones, sobre todo tratándose de facultades autónomas y de las cuales pueden provenir evidentemente ciertas restricciones para los derechos fundamentales.

Concuero con el profesor en el sentido de que la Agenda Corta Antidelincuencia no trae una gran novedad respecto del valor que los antecedentes que pudieran obtenerse a partir de un control de identidad viciado o de una detención declarada ilegal y lo mismo ocurre con aquel material probatorio derivado causalmente de la ilicitud de base¹⁷ o “*prueba derivada*”, es decir, cuando entre el acto original espurio y la prueba cuestionada por su derivación de éste, exista una relación evidente e inmediata, de modo que la prueba se haya obtenido verdaderamente gracias a la prueba contaminada y no a resultados de otros procedimientos investigativos¹⁸⁻¹⁹, como ocurre en los casos de “*prueba independiente*” o “*teoría del cauce independiente*” en donde la prueba derivada tiene su origen en otra de carácter lícito, o bien en los casos de *descubrimiento inevitable* en donde conforme al estado concreto de la investigación, valorados conforme a un criterio *ex ante*, el material probatorio hubiere sido obtenido inevitablemente, con una seguridad rayana en la certeza, dentro de corto tiempo y en la misma condición a través de otro curso causal que ya había sido puesto en marcha con independencia de la actividad declarada ilegal.

Así, concuero con el profesor Hernández en el sentido de que el artículo 276 del Código Procesal Penal cumple en nuestro ordenamiento procesal penal la función de una prohibición general de valoración de

¹⁷ Hernández, Héctor en “*La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Chileno*”, pg. 76, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004.

¹⁸ Zapata, Francisca en “*La Prueba Ilícita*”, pg. 29, Editorial LexisNexis, 2004..

¹⁹ Tavolari, Raúl en “*Instituciones del Nuevo Proceso Penal*”, pg. 154 ss, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

la prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales²⁰, por cuanto el Código procesal Penal en su conjunto razona sobre la idea de que no es posible resolver en base a antecedentes que han sido obtenidos con infracción de garantías fundamentales. Luego si el Juez de Garantía estima que el control de la detención es ilegal evidentemente los antecedentes que de él emanan, no podrán luego ser utilizados por el Juez de Garantía para los efectos de fundar una resolución que decrete la prisión preventiva.

Luego, también me parece que tanto la resolución que resuelve acerca de la legalidad de la detención como la resolución que resuelve sobre la prisión preventiva, así como la resolución de la Ilustrísima Corte de Apelaciones que resuelve el recurso de apelación respecto de la resolución del Juez de Garantía que se pronuncia sobre la petición de prisión preventiva, son esencialmente provisionales.

Ello por cuanto, evidentemente, el asunto de fondo que dice relación con la exclusión de la prueba, debe darse ante el Juez de Garantía en la audiencia de preparación de juicio oral, luego la puerta está cerrada para la exclusión de la prueba por cuanto el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal no está facultado para excluir prueba, pero como éste es quien valora la prueba rendida en el juicio oral en su conjunto, puede decidir en definitiva si la valora o no de manera positiva o negativa, por cuanto es evidente que el tribunal oral no está obligado a condenar en base a prueba obtenida con infracción de garantías fundamentales. Tema que no es menor y que es bastante discutido por el profesor López Masle, con quien claramente no concuerdo en este punto, por cuanto olvida que el Juez de Garantía resuelve con los antecedentes que señalan las partes y por lo tanto, es evidente que la amplitud de la información que se incorpora en el juicio oral es mayor y por lo tanto puede ocurrir que los vicios o ilicitudes solo salieran a la luz en el juicio oral y que por lo tanto el Juez de Garantía nunca se haya podido enterar de éstos. Digámoslo claro. Declarando los testigos en el juicio oral, declarando la prueba viva, evidentemente puede salir a luz incluso antecedentes que

²⁰ Hernández, Héctor en "*La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Proceso Penal Chileno*", pg. 90, Colección de Investigaciones Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, 2004.

ni el mismo fiscal pudo tener a la vista. De de ahí entonces que entiendo que el tribunal oral no está obligado a fallar en base a prueba que ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales.

Respecto de la ponencia del profesor Guzmán Dalbora sólo señalar que la *reincidencia* presenta los siguientes problemas: a) Infringe el principio de culpabilidad personal por el hecho concreto. Se agrava la responsabilidad penal del sujeto, no en atención a una intensificación del injusto o de la culpabilidad en relación con el hecho que motiva la condena, sino en consideración a su comportamiento anterior, el que ya fue objeto del correspondiente reproche y sanción²¹; b) Se funda en el carácter del sujeto, propio de una concepción peligrosista radical, ajena a un estado democrático de derecho. A lo más debiera servir para determinar la forma de cumplimiento de la pena pero no su agravación²²; c) Infringe el principio del *non bis in idem*, por cuanto el plus de pena se funda en una conducta anteriormente sancionada y d) Afecta el principio de proporcionalidad. Para afirmar positivamente la vigencia de las normas en la conciencia colectiva, la gravedad de la pena debe ser proporcionada a la gravedad del hecho cometido, representada por el grado de nocividad social del ataque al bien jurídico. Por lo tanto, deben rechazarse tanto el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) o la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda relación valorativa con el hecho, contemplado en la totalidad de sus aspectos. Sin perjuicio de que la relación entre el hecho y la pena que éste merece depende del momento histórico y de factores socioculturales, puede señalarse que el principio de proporcionalidad apunta a la relación entre el merecimiento de pena y el daño social causado²³. Por su parte, Aguado Correa sostiene que la exigencia de *proporcionalidad abstracta* entendida como proporción entre la gravedad del injusto y la gravedad de la pena con la

²¹ Mera, Jorge en "*Derechos Humanos, en el Derecho Penal Chileno*", pg. 141-142, Editorial Lexis-Nexis, 1998.

²² Bustos, Juan en "*Obras Completas*" pg. 1209, Tomo I, Editorial Ara Editores, 2004.

²³ Mir Puig, Santiago en "*Derecho Penal, Parte General*", pg. 136-137, Editorial B de F, 2005; Silva Sánchez, Jesús María, en "*Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*", pg. 260, Editorial Bosch, 1992.

que éste se conmina se dirige al legislador, en tanto que la exigencia de *proporcionalidad concreta* entendida como la necesaria proporción entre la gravedad del hecho concreto cometido y la pena aplicada al autor, tiene como destinatario al Juez o Tribunal. En cuanto a la primera (*proporcionalidad abstracta*) señala que la gravedad de la pena ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, a la gravedad del injusto, siendo fundamental la gravedad intrínseca del hecho, es decir, el desvalor de acción y desvalor de resultado e involucra criterios tales como: la importancia del *bien jurídico protegido*, la gravedad extensiva (número de bienes jurídicos afectados) o intensiva (grado de ofensa al mismo bien jurídico protegido) del ataque, intensidad del elemento subjetivo del desvalor de la acción (dolosa o imprudente), la trascendencia social del hecho, el grado de ejecución del delito y la forma de participación en el mismo. Respecto de la segunda, (*proporcionalidad concreta*), refiere que en el momento de imponer la pena concreta al autor, el juez deberá atender tanto a la gravedad del injusto como a la culpabilidad concreta, por lo tanto tendrá que analizar en primer lugar la gravedad del injusto (principio de proporcionalidad) y en segundo lugar debe valorar en qué medida es atribuible a su autor (principio de culpabilidad)²⁴.

La Agenda Corta Antidelincuencia endurece la aplicación de las circunstancias agravantes de reincidencia propia, las cuales ya no exigen para su concurrencia del *cumplimiento material efectivo de la pena precedentemente impuesta*, de modo que en los casos de remisión condicional de la pena u otra medida alternativa al cumplimiento de las penas privativas de la libertad, en los cuales los tribunales estimaban que no concurría la agravante por estimar que el cumplimiento o ejecución de la pena se encontraba suspendido, ahora procede aplicar la agravante.

Respecto de la circunstancia del Artículo 12 número 15, deben concurrir los siguientes elementos para ser aplicada: *a) Que el sujeto haya sido condenado anteriormente*. A mi juicio para que proceda esta cir-

²⁴ Aguado, Teresa en "El Principio de Proporcionalidad en Derecho Penal", pg. 282-322 Editorial Edersa, 1999.

cunstancia modificatoria de la responsabilidad penal, resulta exigible que el sujeto activo hubiere sido condenado por sentencia firme y ejecutoriada a la fecha de comisión del nuevo hecho que se juzga.

En efecto, mientras la sentencia no se encuentre firme y ejecutoriada siempre existe la posibilidad de que el sujeto sea absuelto en el proceso penal desapareciendo con ello el presupuesto de la agravación. Además, mientras el sujeto no fuere condenado por sentencia firme y ejecutoriada rige a su respecto la presunción de inocencia propia de un debido proceso en un Estado democrático de derecho, por cuanto de anularse la sentencia definitiva y el juicio oral deberá llevarse a cabo un nuevo juicio oral en el cual seguirá rigiendo respecto del acusado la presunción de inocencia.

Que la sentencia esté firme y ejecutoriada a la época de comisión del hecho resulta exigible toda vez que la circunstancia comentada se fundaría en el hecho de que pese a que el sujeto fue objeto de reproche penal, este no sirvió para disuadirlo de cometer nuevos delitos.

b) Que hubiere sido condenado por dos o más delitos de distinta especie. Exige la comisión previa de más de un delito, dos o más, lo que se ve confirmado no solo por el empleo del plural en el texto, sino además por el artículo 92, que al hacer referencia a la reincidencia precisa en su número 2 que debe tratarse de dos o más delitos, los que pueden ser crímenes o simples delitos, aun cuando no hayan sido materia de distintas sentencias.

c) Que la pena asignada a estos delitos sea igual o superior al nuevo delito perpetrado. La gravedad se enjuicia en abstracto, esto es atendiendo a la sanción conminada en la ley y no a la que en concreto aplicó la sentencia.

En cuanto a la circunstancia del artículo 12 número 16 (reincidencia propia específica), deben concurrir los siguientes elementos: a) Que el sujeto haya sido condenado anteriormente. Lo cual exige lo mismo que en el caso anterior, es decir, que el sujeto activo hubiere sido condenado por sentencia firme y ejecutoriada a la fecha de comisión del nuevo hecho que se juzga.

b) Basta con la condena por un solo delito de igual especie, siendo irrelevante que haya sido de mayor o menor gravedad que aquel por el cual se persigue nuevamente al sujeto. Implicaría la idea de que el delincuente va adquiriendo el hábito de caer en delitos de la misma especie y por lo tanto que el hecho de haber sido objeto de reproche penal por sentencia firme y ejecutoriada no han sido eficaces.

c) Que el sujeto haya sido condenado por delito de la misma especie. Si bien el artículo 351 entiende por delito de la misma especie *aquellos que afectan al mismo bien jurídico protegido*, la jurisprudencia y la doctrina agregan como factor relevante *las modalidades de comisión o formas de ataque*²⁵.

Sin embargo, dada la actual redacción, me parece que conforme al principio de legalidad dicha institución debe ser aplicada, con los siguientes límites: 1) Conforme a la presunción de inocencia, la o las sentencias condenatorias anteriores, dependiendo del caso, deben estar ejecutoriadas; 2) la o las sentencias anteriores deben estar ejecutoriadas con anterioridad a la comisión del hecho que se juzga, por cuanto conforme al texto legal, es evidente que la valoración cambió en el siguiente sentido: la sanción debe agravarse por cuanto pese al hecho de haber sido objeto de reproche penal por sentencia firme y ejecutoriada, éste no logró disuadir al sujeto de continuar delinquiriendo y 3) en el caso de la reincidencia específica, debe exigirse no sólo la misma afectación de bienes jurídicos sino también la misma forma o modo de ataque del mismo.

Por último, quiero terminar con algunas alusiones muy breves, con algunos datos. La verdad es que la Agenda Corta Antidelincuencia se basa y así lo dice el mensaje, en una mayor inseguridad de parte de la sociedad. Pero me pregunto cuáles son los datos duros en los cuales se basa, cuáles son las estadísticas que avalan un aumento en la criminalidad. La verdad es que si uno analiza las estadísticas oficiales, la criminalidad, esto es la cantidad de delitos cometidos, ha tendido a mantenerse. Por qué entonces la inseguridad ciudadana se dispara.

²⁵ Cury, Enrique en "Derecho Penal Parte General", pg. 512, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2005.

Diez Ripollés trata este problema en España y señala que la influencia de los medios de comunicación es sumamente relevante por cuanto priorizan, resaltan u oscurecen ciertos temas basados en determinados programas políticos que se quieren desarrollar, bajo la idea de crear la sensación de la existencia de una oleada de criminalidad que justifique el cambio legislativo²⁶. Es decir, si de los 700 controles de la detención que se practica todos los días en Santiago, se toma el caso, en que se piensa que puede existir error judicial, y se pasa una y otra vez en la televisión, evidentemente se asusta a la gente que no está vinculada con el sistema y queda la sensación de que éste no funciona. Sin embargo, nada se dice de la mayoría de los casos en que las detenciones son resueltas sin mayores recursos por parte de los intervinientes y ni hablar del manejo político que se hace del tema. Por lo tanto, el tema no va por la inseguridad ciudadana.

Para quienes entendemos que la pena debe tener, entre otras, alguna finalidad preventiva especial, el aumento de personas privadas de su libertad que ha traído consigo indesmentiblemente la Agenda Corta Antidelincuencia, es una calamidad. Si las cárceles ya estaban colapsadas y de hecho las personas están en condiciones inhumanas en muchas cárceles de nuestro país, resulta que con este tipo de modificaciones la finalidad de prevención especial una vez más ha quedado de lado. La verdad es que estos criterios peligrosistas de derecho penal totalitario, una vez más han primado por sobre las garantías. Así lo dicen las cifras: el 1999 sin reforma procesal penal la cantidad de personas privadas de libertad eran 30.051. El 2004, con Reforma Procesal Penal, la cifra aumentó a 36.374. A agosto de 2008, esto es con Reforma Procesal y con Agenda Corta Antidelincuencia, en la actualidad las personas privadas de su libertad ascienden a la suma de 50.689 personas. Esto es el efecto que ha traído esta serie de reformas como la que hoy discutimos. La verdad es que desde el punto de vista de la prevención especial ha sido devastador.

²⁶ Diez Ripollés, José Luis en "*La Racionalidad de las Leyes Penales*", pg. 27 ss, Editorial Trotta, 2003.

Sabemos que la Agenda Corta Antidelincuencia entrega mayores facultades a la policía, en muchos casos de manera desmesurada. Echo de menos en el debate parlamentario la idea de que cuando un juez declara ilegal la detención está cautelando las garantías ciudadanas y en todo caso debe considerarse que a la época en que se discutió la Agenda Corta Antidelincuencia sólo el dos por ciento de las detenciones habían sido declaradas ilegales, según cifras del Ministerio Público con lo cual las frases cliché bastante poco originales por cuanto fueron tomadas de campañas electorales foráneas, tales como “la puerta giratoria”, “la tercera es la vencida”, “los jueces mano blanda o garantistas” (esta última idea bastante ridícula por cuanto la función del Juez de Garantía es precisamente cautelar el debido proceso) no son ciertas, porque digamos las cosas como son: “la prisión preventiva goza de buena salud en Chile”, lo cual se ratifica con las cifras que acabo de leer.

Se olvida que el proceso penal no sólo importa la obtención de la verdad sino la forma que esta verdad se obtiene. En definitiva, el problema radica en señalar qué clase de limitaciones a nuestras libertades públicas como sociedad vamos admitir a cambio de mayor seguridad. Una cámara en nuestra casa, interceptaciones telefónicas sin los requisitos de fondo, registros a diestra y siniestra. El Código Procesal Penal plantea una serie de resguardos que establecen las reglas del juego en base a la cuales puede obtenerse información de manera lícita, pero reformas como estas que tienden a romper estos controles, para favorecer la persecución penal, en perjuicio de las garantías fundamentales, no sólo rompe el sistema, sino que lo acerca a un derecho penal totalitario, en el cual evidentemente, ni yo quiero vivir, ni me gustaría que en un sistema de ese corte crecieran mis hijos. Gracias.

PREGUNTAS

1. ¿Qué opinión le merece la utilización del agente revelador y la posterior detención por flagrancia en el marco de la aplicación del artículo 206 del Código Procesal Penal, considerando que es más bien un provocador del delito? La pregunta es para don Héctor Hernández.

R. A ver, saquemos el elemento provocación. Hay un problema de interpretación con el artículo 206 que es el siguiente.

¿Qué significa signos evidentes?

Ese es el punto. Claro uno puede tener una discusión circular al respecto. Qué son signos evidentes, pero por lo tanto tiene que decidirse respecto de cuál es la función de la norma y tal vez de allí puede sugerir no la función de la norma es esta y consecuentemente el sentido, el alcance que deben tener esos indicios. Digamos esos signos evidentes, perdón se cumplen según cuál sea la función del precepto. Me atrevería a decir que hay al menos dos lecturas posibles del precepto. Hay una claramente que me parece se ha impuesto, y que en esa perspectiva la respuesta es si uno está de acuerdo con eso no hay ningún problema. Con esto en qué sentido significa signos evidentes. Significa básicamente certeza que yo tengo una información creíble, no certeza, un dato fijo...un dato fijo de que adentro de esa casa están por ejemplo manipulando droga. Esto es signos evidentes, significa datos fijos, datos seguros de comisión flagrante. Demos por descontado, fuera delito flagrante. Es una discusión también larga, pero démosla por descartado. Esa

es una lectura de estos signos evidentes y si es así, si tengo un informante que me dice fijo ahí están. Los que hayan visto gangster americano, no voy a entrar en detalles mejor, pero están procesando dentro de un lugar y tienen el dato fijo, el dato inequívoco que ahí se está haciendo eso. Si eso es signo evidente, me temo que la interrupción policial sin orden previa, diría que está legitimada por el 206, si ese es el sentido del artículo 206, porque se daría el presupuesto. Consecuentemente es un caso en el cual la ley faculta para ingresar sin orden previa. Si en cambio, los signos evidentes tienen que ver más bien con por así decirlo con información que fluye directamente del objeto del lugar, no es solamente que tengo la información por otra vía, sino que la información me la da el lugar mismo y las circunstancias. Para eso están los ejemplos. Estos gritos, llamados de auxilios, etc. No recuerdo exactamente cómo dice la ley. Eso además lo vincula, bueno y por qué no pedir orden en estos casos. Qué quiere hacer el legislador, lo mismo que quiere hacer con la flagrancia. Lo que dice es bueno si pedimos orden vamos a llegar muy tarde, están matando a alguien que si no se actúa inmediatamente sin necesidad de pasar por un juez de garantía se va a perpetrar o va a hacer imposible hacer algo útil en esta situación si uno lo entiende así obviamente el caso se ve de una manera distinta, porque signos evidentes es mucho más restrictivo. No basta con tener un dato fijo y ahí el mensaje normativo sería si usted tiene un dato fijo, el dato fijo convence al fiscal y que el fiscal pida la orden, si lo puede hacer por celular y consecuentemente en un caso de droga donde están manipulando, y la verdad hay droga y cuando tengan la orden más allá de una problema interpretativo de las otras 205 voy a poder entrar igual. Bueno entonces no es necesario aplicar el 206. El sentido del 206 se perdería, y consecuentemente no sería necesario. La pregunta en el fondo responde de la siguiente manera, depende de cuál es el alcance que le dé al 206, qué entiendo por signos evidentes. Hay lecturas. La primera lectura, la que se ha acentuado hasta donde alcanzo a ver en el país. O sea, lo que importa es que tengo un dato fijo, un antecedente plausible, razonable para entrar, teniéndolo puedo entrar. Por eso, cómo interpreto la norma. Ahora, respecto de la provocación es un tema distinto, y creo en este caso

no se da la discusión. Se da mucho más fuerte y naturalmente en aquellos casos que los compradores. Los supuestos compradores. Hay una norma especial en la ley, no recuerdo cuál es la norma, ley 20.000, en donde hay una respuesta legislativa clara inequívoca que si a uno no le gusta sólo le queda el camino de la objeción de constitucionalidad. Pero en todo caso, creo que aquí no es el caso o sea si el 206 me permite entrar a un lugar cerrado sin autorización previa en base a un dato plausible razonable que se está cometiendo actualmente un delito, en eso a mi juicio no hay provocación. No se podría discutir lo que es la jurisprudencia norteamericana llama el entrapamiento tipo de acepciones generadas jurisprudencialmente y luego legalmente por la idea de la provocación. Por otra parte, y con esto termino. Me temo que esa lógica el entrapamiento por lo menos en la tradición continental, estoy pensando en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, me temo que tuvo algún ímpetu en algún momento. Me temo que progresivamente a lo más se está pensando para rebaja y modificaciones de pena, en ningún caso para excluir de responsabilidad. Lo que así fueron sorprendidos ahora por el 206 es el punto. Puedo leerlo de todas maneras muy diferentes y con resultados prácticos muy diferentes.

2. ¿Las garantías del artículo 31 de la ley 20.084 se extienden a todo el procedimiento o tan sólo operan cuando el imputado adolescente se encuentra detenido? ¿Los delitos que tienen asignadas penas de falta de conformidad al art. 6 de la ley 20084 ameritan detención?

R. Héctor Hernández: “A primera parte si es que me acuerdo del artículo 31. Quería hablar de flagrancia. Mi tema con el 31 es el siguiente, y puede que cometa alguna imprecisión. Honestamente, el derecho penal juvenil no es mi competencia claramente. No la es más allá de la preocupación de cualquier profesor de derecho penal. Espero estar más o menos al día y la época que uno está más al día y ésta no es una época mía del derecho penal juvenil. Diría que la preocupación del artículo 31, si la pregunta va por ese lado, tiene que haber un defensor sinceramente. Honestamente, tendría que decir que no. Esto es delicado. Me parece tiene que estar detenido. Tiendo a pensar que no es ese tampoco el punto. Creo que el

punto tiene que ver con lo que lo llamaría el primer contacto con el sistema criminal. Es el momento de la máxima vulnerabilidad. Naturalmente cuando es el primer contacto desde luego de una situación de privación de libertad si está fuera la discusión digamos que es la mayor vulnerabilidad en que se encuentra el adolescente. En mi opinión si ese es el punto, porque puede que no esté entendiendo bien la pregunta. Si el punto tiene que ver con la presencia del defensor, a mi juicio eso es ineludible, absolutamente obligatoria, y con efectos perjudiciales para la investigación, si es que no se cumple con ello. Es lo que llamaría el primer contacto del sistema con el adolescente. Para mí ese primer contacto está dado por la asesoría de letrado. Creo que ese es el sentido de la norma que en algún momento cuando el sistema entra en contacto con el adolescente, el sistema tiene que llevarlo inmediatamente al juzgado. No puede hacer nada con el que esté detenido o no esté detenido. Allí se activa la presencia de un abogado defensor que me parece que lo primero sensato que le tiene que decir un abogado defensor a su imputado, es ilustrarlo en forma clara, nítida, tajante respecto de cuáles son los derechos que tiene. Me parece que exigir presencia del abogado defensor es casi un requisito de validez, porque no es el punto, pero casi como un requisito simple para cualquier cosa. Me parece que es una interpretación, diría que excesiva y creo que buena parte de su justificación como se desprende de lo que acabo de decir. Creo que ya no resiste, esa es la lectura, y como no estoy involucrado con la práctica específica en el área de derecho penal de adolescente, tampoco tengo una noción clara al respecto de qué está pasando en la práctica y cuál es la interpretación que se ha privilegiado. Una advertencia final me parece que muchas veces las pretensiones maximalistas terminan siendo contraproducentes. Cuando tengo una exigencia que no puedo cumplir, el sistema lo ha demostrado siempre, se adapta y le busco una salida y esa salida puede terminar siendo buena en la medida que se pueda, siempre que el defensor esté disponible en ese momento, o cosa por el estilo, a no está y lo hacemos igual. Diría mi estrategia sería insistir, tal vez esto está totalmente desfasado de la práctica, mi estrategia sería apostar por una garantía de alcance relativamente modesto, pero

en términos absolutos. Mire que si no hay defensor en el momento de la máxima vulnerabilidad, bueno mala suerte, tienen que esperar a que y, eso es intransable. Eso es un punto claro cuando estiro la cuerda, el sistema va a buscar una salida práctica por algún lado y puede terminar deteriorando incluso en aquello que es esencial, la garantía. Eso es mi aproximación al 31. Insisto, ignoro lo que está ocurriendo en la práctica al respecto.

Delito que tienen asignada pena de falta artículo 6°. Me temo que se modificó el artículo 6°. Esa clasificación no está y conforme al nuevo artículo 21, las penas, el carácter de crimen, simple delito o falta se rige por los marcos abstractos, término artículo 3° del Código Penal, de suerte que falta lo que según el Código Penal sea falta tenemos la norma del 94, cuando hay penas mixtas manda la privativa de libertad. Si no es el punto y tuviéramos solamente más que por el lado de las penas, solamente falta, si mal no recuerdo. El artículo 134 del Código Procesal Penal sigue hablando de los casos del artículo 124 del mismo Código de los casos y da su propia, no, no la ley de responsabilidad penal juvenil no se remite al 134 ni al tratamiento de la detención respecto de faltas no dice en los casos artículo 124 procede esto, que significa esto que el supuesto de la norma el supuesto de hecho está definido, está dado por el artículo 124 y el tratamiento a ese supuesto hecho está dado por la ley de responsabilidad juvenil y cuál es ese tratamiento. Fuera, déjelo libre, 134. A mi juicio es respecto de determinada falta flagrante. No es aplicable, ojo, no estoy negando la existencia del artículo 134. Es una consecuencia del tipo de remisión que tiene el artículo. Perdóneme que no recuerde el número de la ley de la responsabilidad juvenil, pero no dice no remita las reglas del Código Procesal Penal. Me dice en los casos de artículo 124 procede esto, no lo que diga el Código Procesal Penal, sino que esto que dice la propia ley procesal penal juvenil si los casos de la artículo 124 procede esto, no lo que diga el Código Procesal Penal. Esto que dice la propia ley de responsabilidad juvenil, si los casos del artículo 134 no están modificados siguen siendo, siguen estando ahí las faltas. No procede la detención ni aún por las faltas especialmente tratadas en el artículo

134. Es un problema de la técnica de remisión lo que fue un error la ley de responsabilidad procesal juvenil debió haberse remitido sin más al Código Procesal Penal y no haber hecho esta cosa rara. Me remito en algunas cosas y en otras cosas, no. En esa remisión 134, a mi juicio no tengo siquiera aquí ni la ley responsabilidad juvenil, en esa forma de remisión 134 a mi juicio quedó fuera. No debe ser aplicado.

Comentario de Mauricio Rettig:

Se me quedaba un punto en el tintero, respecto de la afirmación del profesor Hernández en orden a que la audiencia de control de la detención sea tomada por las Cortes de Apelaciones. No comparto esa posición por las siguientes razones. Me parece que en el sistema inquisitivo, el recurso de apelación en contra de la resolución que sometía a proceso al reo y que decretaba la prisión preventiva, se justificaba por el hecho de que en el sistema antiguo el Juez del Crimen era juez y parte, investigaba y a la vez resolvía. Por lo tanto, el hecho de que la Corte de Apelaciones conociera de la resolución judicial de primera instancia evidentemente era una garantía del reo. Me parece que seguir debilitando las funciones del Juez de Garantía que precisamente está para cautelar el debido proceso durante la etapa de investigación y de preparación del juicio oral, restándole el control de legalidad de la detención para entregárselo a la Ilustrísima Corte de apelaciones es un error, máxime si se considera que estamos en presencia de un Juez especializado en el área y ante Cortes de Apelaciones que conocen de todas las materias.

Lo que sucede es que el recurso de apelación respecto de la resolución que declara la ilegalidad de la detención no debiera ser procedente y la Agenda Corta Antidelincuencia hierra en esta modificación, por cuanto solo se centra en la idea de que determinados imputados quedaron en libertad y no en la corrección o incorrección de la resolución que declaró la ilegalidad de la detención en consideración a la protección de las garantías fundamentales en el marco de un Estado Democrático de Derecho, esto es, pareciera ser que para el legislador solo importa la

obtención de la verdad siendo irrelevante, desde un punto de vista de las garantías, la forma en que esta verdad se obtuvo. Me parece que se trata de una inadecuada reforma, llevada a cabo en base a frases cliché, más que en estudios serios y que por lo tanto no se ajusta a la realidad, por cuanto sólo el dos por ciento de las detenciones habían sido declaradas ilegales a la época en que se discutió la llamada Agenda Corta Antidelincuencia, todo ello según las propias estadísticas del Ministerio Público. Por lo tanto, esta reforma obedece claramente a una sobre reacción que busca debilitar las funciones del Juez de Garantía, no en base a estudios serios ni a razones estrictamente jurídicas sino a la “sensación térmica” de la ciudadanía cuya opinión de encuentra fuertemente contaminada por la prensa.

Ahora entregar más encima, una de las principales funciones del Juez de Garantía, precisamente en materia de cautela de garantías, a la Corte de Apelaciones es derechamente dejar al Juez de Garantía sin una de sus principales atribuciones y con ello la verdad es que salvo respecto del control de la licitud de las pruebas en la audiencia de preparación del juicio oral, no veo de qué manera se justificaría el cambio de sistema.

Comentario de Héctor Hernández:

Es para aclarar mi punto. Estoy de acuerdo con el punto que en principio la Corte no debería intervenir en esta materia. Si el problema es que el legislador tomó esas decisiones, ya no le puede parecer bien o mal. Si la tomó porque desconfía de los jueces garantía, eso es grave. Puedo estar totalmente de acuerdo. Lo único que me preocupa más que las relaciones interpersonales al interior de poder judicial, el problema en que en esta pasada hay una persona que tiene que esperar para que se resuelva sobre su libertad. En definitiva y sobre la legalidad, en términos absolutos esperar que esto lo resuelva la Corte hay un elemento provocativo. Ustedes habrán visto algún efecto que provocó mi comentario provocativo, pero en el fondo ese es el punto. Señor legislador si usted desconfía del juez de garantía para ciertos delitos y usted le da confianza a las Cortes, perfecto. O sea no perfecto, tengo

todas estas razones en contra, pero si lo decide, al poder decidirlo usted, está provocando todos estos efectos perniciosos. Si lo decide así ocurre que con esa decisión está afectando muy gravemente, además de pasada, derechos de la persona cuya detención se está examinando. En ese sentido, si desconfía tanto, haga una cosa razonable, pásele esas responsabilidades a las Cortes de Apelaciones para que el tipo sepa dentro de las veinticuatro horas y no cuando se conoce el recurso sepa que la detención fue legal o ilegal. No soy ningún partidario fervoroso de que las Cortes conozcan estas cosas, pero digo que me interesa menos. Eso es un tema institucional y de diseño del sistema en términos de garantía. Lo que interesa a la persona que se resuelva sobre el estatus la situación de su detención dentro de las veinticuatro horas, que era lo que la reforma le prometió al comienzo. Nada más que eso.

Comentario de José Luis Guzmán:

Me quería referir a algo que no se me preguntó, pero me dejó vivamente preocupado. Es el problema de la prueba en las intervenciones de agentes provocadores. Esto lo he sostenido por escrito en un trabajo que se llama el delito experimental, experimentación con medios delictivos y he sostenido lo siguiente. Cuando el agente provocador y voy a llamarlo por su nombre no con ese eufemismo que se usó en la ley, cuando el agente provocador actúa como tal, provocador es decir provocando con su intervención delitos concretos que no se hubiesen cometido y sus actitudes de instigación, oferta de complicidad, oferta de coautoría. Por ejemplo, cuando el policía engaña al líder haciéndole creer que él viene a comprar droga como cualquier ciudadano, o sea como cualquier ciudadano, me refiero, como a cualquiera dueña de casa. Sabe además que la prueba de la droga es una prueba ilícita. El opio circulaba en el siglo 19. Los británicos demolieron el puerto de Pekín para meter el opio a raudales y se fumaba opio como podemos fumar cigarrillos. El que el agente provocador actúa como tal provocador. Por algo la misma ley 20.000 dice que quedará exento de responsabilidad criminal por los delitos, ese el término que emplean delitos que hubiere cometido o que no hubiere podido impedir siempre

proporcionado. Esa no es una causa de justificación, es una excusa absolutoria. El término delito tiene claramente significado, un acto típico antijurídico y culpable. Aquí no hay cinco posibilidades interpretativas sobre la reincidencia, es una sola. Cargo si el acto es un acto típico antijurídico el estar provocando un delito que no se provocó, estoy hablando del agente provocador como tal, sino como agente encubierto o como sapo mirando, sino que provocando derechamente. Entonces, si el queda amparado por una excusa absolutoria no por una causa de justificación si su acto amén de típico culpable es antijurídico, pues no puede ser conforme ante derecho la prueba que se obtuvo en esas situaciones. No soy procesalista. No se puede incorporar con valor real al valor probatorio a juicio. Por lo demás no nos olvidemos que el propio Código Procesal Penal prohíbe métodos de investigación basados en el engaño, en la manipulación de los seres humanos. Lo prohíbe. Esa norma que yo sepa no está derogada.

Diseño y Producción:

www.graficametropolitana.cl

La Defensoría Penal Pública en su constante interés en contribuir al debate académico en materia de políticas públicas pone a disposición de los lectores esta publicación del Seminario “Agenda Corta Antidelincuencia” que organizó en conjunto la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso y la Defensoría Regional de Valparaíso, en noviembre de 2008.

La elección de la denominada “Agenda Corta Antidelincuencia” como tema central de dicho seminario obedece a que las modificaciones introducidas al proceso penal han mutado su fisonomía de modo radical. Se trata además de una materia que ha estado permanentemente presente en la discusión pública a nivel político, legislativo y comunicacional.

La “Agenda Corta Antidelincuencia”, en cuanto transformación normativa que redefine los contornos del proceso penal, da pie a distintas visiones en torno a su origen, a la efectiva necesidad de su implementación, a su impacto en las decisiones jurisdiccionales y por cierto, en cuanto a su real consonancia con el régimen de garantías vigente.

Por este motivo, se invitó a la comunidad jurídica regional y en especial a jueces, fiscales y defensores, al Seminario “Agenda Corta Antidelincuencia”, el que se desarrolló en el Aula Vicuña Suárez de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.



Centro de Documentación Defensoría Penal Pública

www.dpp.cl