



DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS

MINUTA

Los efectos en el derecho a defensa de la Ley N° 20.516 “Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas”

Gonzalo Aguilar C. /Claudia Castelletti F. /Fernando Mardones V.

N° 3/ 2011/ Julio

Consulte sobre este documento a:
estudios@defensoriapenal.cl

Contenido

I. Introducción	3
II. El sentido y alcance de la reforma constitucional en el sistema de derechos fundamentales.....	4
III. Influencia de la disposición constitucional en el inciso 2° del Art. 91 CPP	5
1. La irrenunciabilidad del derecho.....	5
2. Falta de conformidad de la reforma constitucional con el Art. 91 inc. 2° CPP	7
3. La inaplicación del Art. 91 inciso 2° del CPP.....	8
IV. ¿Desde cuándo rige la reforma constitucional mencionada?	8
V. La “oportunidad legal” para designar defensor y los posibles argumentos que los fiscales usarán para limitar la irrenunciabilidad del derecho y cómo contrarrestarlos	9
1. La ley señala que el derecho a contar con defensor se extiende desde “la primera actuación de procedimiento dirigida en contra del imputado”	9
2. En relación al concepto de “oportunidad”.....	11
3. La ley procesal penal al señalar que la designación de defensor deberá tener lugar antes de la “primera audiencia judicial” sólo establece un límite máximo.....	11
4. Fortalecimiento de una interpretación sistemática en orden a exigir la presencia del defensor en cualquier actuación del imputado en el procedimiento	11
VI. La consecuencia de la nueva disposición constitucional en el proceso penal: nulidad.....	12

I. Introducción

Con fecha 11 de julio de 2011 se publicó en el diario oficial la reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas.

Esta reforma modificó el artículo 19 N°3 de la Constitución introduciendo un nuevo párrafo 4° del siguiente tenor:

Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.

Si bien el proyecto ley se originó a fin de reconocer a nivel constitucional el derecho de defensa a la víctima (modificación del inciso tercero), en la tramitación parlamentaria surgió la necesidad - reflejada en una moción del Diputado Burgos- de otorgarle al derecho de defensa del imputado un respaldo constitucional y fijar un piso importante para la configuración constitucional de la autonomía de la Defensoría Penal Pública. Como resultado de esta propuesta surgió el nuevo inciso cuarto del numeral tercero que dispone *“Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley”*.

Sobre este nuevo inciso cuarto, se consignó en las actas de la tramitación del proyecto de ley, particularmente en el debate dado en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara de Diputados, que *“En lo que se refería al nuevo inciso cuarto agregado a este artículo por la letra b.-, señalaron que ello obedecía a la conveniencia, tal como se había propuesto en el transcurso del debate, de dar un respaldo constitucional a la Defensoría Penal Pública”*¹. El autor de la propuesta, el Diputado Burgos, insistió *“en que si se optaba por la reforma para consagrar expresamente el derecho a defensa de las víctimas, debería también aprovecharse la oportunidad para hacer lo mismo con los victimarios a fin de dar sustento constitucional a la Defensoría Penal”*². Ya en el debate en sala el mismo diputado señaló *“El mismo número agrega un elemento no menor y muy importante: el derecho a la defensa es irrenunciable. Porque uno puede renunciar a ser un querellante particular, sin embargo, jamás al derecho a la defensa del imputado, debido a que es irrenunciable. Dice: “Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno -particular- en la oportunidad establecida por la ley”. Esto es bien relevante, porque estamos*

¹ Historia de la Ley N° 20.516 *“Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas”*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 54.

² Historia de la Ley N° 20.516 *“Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas”*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 56.

incluyendo a la Defensoría Penal Pública en sede constitucional, ya que no lo estaba de manera tan clara. Probablemente, el paso pendiente sea su declaración de autonomía. Me inscribo entre los que creen que debiera ser autónoma. A partir de los problemas presupuestarios que pudiera tener, su condición de autonomía le daría una posibilidad mucho más considerable de crecimiento. Pero éste es un avance importante. Tal como establecemos en la Constitución el derecho a la defensa de la víctima, de manera más precisa si se quiere respecto de lo que consigna el actual artículo 19, también disponemos el derecho de defensa del imputado de un delito. En todo caso, nunca hay que olvidar que mientras no haya sentencia de término, la imputación es transitoria, provisional”³.

Aun cuando la génesis del precepto legal fuera explicitar de manera específica en la carta fundamental el derecho de defensa del imputado con miras a incluir a la Defensoría Penal Pública en sede constitucional, la norma puede generar otros rendimientos para la defensa que pasaremos a revisar brevemente.

II. El sentido y alcance de la reforma constitucional en el sistema de derechos fundamentales

La reforma constitucional, en la parte referida al derecho de defensa, debe ser leída en conformidad con los compromisos internacionales asumidos por Chile.

En efecto, el artículo 14 3.a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.”

Por su parte, el artículo 8 2.b) y c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establecen: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, suprema intérprete de la Convención, ha explicado respecto del artículo 8 que “el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.

³ *Historia de la Ley N° 20.516 “Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas”.* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, p. 88.

Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2.b, a que el investigado encuentre en determinada fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención. En efecto, *impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada*. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.”⁴

III. Influencia de la disposición constitucional en el inciso 2° del Art. 91 CPP

1. La irrenunciabilidad del derecho

Si bien los antiguos incisos segundo y tercero del numeral 3° del art. 19 de la CPR, garantizaban constitucionalmente el derecho a defensa técnica -no sólo en el aspecto puramente judicial⁵- la introducción del nuevo inciso cuarto resulta muy relevante para la defensa porque eleva expresamente a nivel constitucional el derecho a defensa técnica del imputado y agrega una garantía de vital importancia para su eficacia en el proceso penal, esto es, el carácter “irrenunciable” de la defensa técnica.

Una de las formas de propender a la equiparación de posiciones entre el acusador y el acusado es, sin duda, el erigir a la defensa técnica en un presupuesto de la validez del procedimiento. Pero la particularidad de este derecho ha residido más en su obligatoriedad que en su “irrenunciabilidad”⁶. De ahí que el reconocimiento constitucional de la “irrenunciabilidad” del derecho a defensa técnica, especialmente en lo que toca al derecho a guardar silencio, brinda una mayor protección a la posición del imputado en el proceso penal.

En efecto, nadie duda que el ejercicio efectivo del derecho a guardar silencio, dependa en gran medida de que el imputado haya tenido la posibilidad de contar con la asesoría de su defensor para que le instruya sobre la conveniencia de renunciar al derecho a guardar silencio. Por eso, hoy en día, la discusión ha girado alrededor de las formas prácticas que posibilitan cerciorarse acerca del resguardo de las exigencias que prevén la mejor manera para asegurar el funcionamiento

⁴ Corte IDH: Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206, para. 29 (el destacado es nuestro); Corte IDH: Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, para. 145.

⁵ VERDUGO Y PFEFFER, *Derecho Constitucional*. Tomo I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 219.

⁶ Vid. MAIER, Julio, *Derecho procesal Penal*, Tomo I, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 549.

efectivo de la garantía. Para nosotros, desde el punto de vista práctico, la exigencia decisiva para asegurar que el acto de la declaración del imputado se lleva a cabo, reside en la presencia del defensor y en la posibilidad de que él pueda conferenciar previamente con su defendido, al menos antes de la declaración sobre el hecho. Pues la sola presencia de la fuerza pública implica, sin la presencia del abogado defensor, en la vida real, coacción suficiente para producir un consentimiento viciado o, al menos, otorgado con error acerca de la facultad del requirente, y, por lo demás, a la misma fuerza pública le es posible emplear mecanismos sutiles de coacción, que no se verán reflejados al juzgar el acto, o que serán fáciles de ocultar al documentarlo o para el caso de intentar su reconstrucción judicial⁷.

De este modo, al haberse explicitado el derecho a defensa técnica del imputado en la Constitución con carácter de “irrenunciable”, se ha instaurado una garantía constitucional de primera importancia, ya que en virtud de esta normativa constitucional el consentimiento del imputado a renunciar a su derecho a guardar silencio sería irrelevante si no cuenta con la asesoría previa de su defensor.

Subsecuentemente a lo dicho, puede sostenerse la inaplicabilidad, por inconstitucional, del inciso segundo del art. 91 del CPP, la que declarada, permitiría cuestionar la legalidad de la detención, o instar por la exclusión de prueba o por la valoración negativa de la prueba. ¿Por qué? Sabido es que el inciso segundo del art. 91 CPP permite a los funcionarios policiales tomar declaración al imputado de manera autónoma, sin la presencia de su abogado defensor, cuando el imputado manifiesta su deseo de declarar, es decir, cuando decida renunciar a su derecho a guardar silencio. Sin embargo, el nuevo inciso cuarto del numeral 3° del art. 19 de la Constitución, al declarar que el derecho de defensa técnica es “irrenunciable”, resulta contrario a dicha norma del CPP, esto es, la norma constitucional resulta inconciliable ante la renuncia del imputado a declarar sin la asesoría previa del defensor.

Entonces, la pregunta es ante esta contradicción normativa ¿Puede el juez de garantía declarar inaplicable (derogación tácita) el inciso segundo del art. 91 del CPP por resultar inconciliable con la declaración constitucional de “irrenunciabilidad” del derecho a defensa técnica? ¿Es posible un pronunciamiento de esta naturaleza si esta competencia ha sido entregada al Tribunal Constitucional?

La Corte Suprema ha señalado que sí es posible. En efecto, el máximo tribunal ha resuelto en la causa Rol 5.420-2008 que *“Incumbe a todo Juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión (...) La integridad y coherencia de dicho sistema de normas obliga al juzgador a elegir la norma o grupo de normas precisas que utilizará y el sentido de las mismas. En el ejercicio de esa labor intelectual de selección e interpretación puede identificar reglas jurídicas que contienen sentidos opuestos, e incluso reglas jurídicas que se oponen a sendos principios rectores del sistema jurídico. Pues bien, la solución de tales conflictos*

⁷ Id., p. 686.

de normas es también objeto del juzgamiento (...) No se discute, en la doctrina constitucional, que los jueces del fondo tengan facultades para interpretar las reglas legales conforme a la Constitución, así como tampoco la utilización de las normas constitucionales de un modo directo para la solución del conflicto específico y, en ambos casos, el juez ha debido interpretar la Constitución (...) Del mismo modo, es de competencia de los jueces del fondo el determinar la vigencia de una regla jurídica, ante la existencia de normas posteriores de contenido opuesto, sea que esa norma posterior tenga rango legal o constitucional". Agregó en este fallo "No altera el aserto precedente la modificación de nuestra Carta Fundamental, efectuada con ocasión de la Ley N° 20.050 de 25 de agosto de 2005. En efecto, el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República no prohíbe una actuación de esa índole y sólo contiene una facultad para el juez que conoce del asunto, en el sentido de elevar la consulta al Tribunal Constitucional, en caso de duda relativa a la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Curicó si no tuvieron dudas acerca de la existencia de una antinomia, han actuado dentro de la esfera de sus competencias al proceder en la forma cuestionada por el recurso".

En este orden ideas, la Corte Suprema, siguiendo parte de la doctrina, ha afirmado que los jueces pueden inaplicar una norma legal que ha devenido en inconstitucional por contravenir una norma constitucional posterior. De este modo, el tribunal de garantía o el tribunal oral, acatando la norma constitucional de "irrenunciabilidad" del derecho a defensa técnica, pueden excluir o valorar negativamente por ilícita (infracción al derecho a guardar silencio y al derecho a defensa técnica) toda aquella información proporcionada por el imputado a la policía cuando no haya intervenido el defensor, aun cuando haya perseverado en su intención a declarar por ser, constitucionalmente, "irrenunciable".

2. Falta de conformidad de la reforma constitucional con el Art. 91 inc. 2° CPP

El artículo 91 inc. 2°, sobre la declaración del imputado ante la policía, establece: "Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia".

De acuerdo con la reforma constitucional mencionada, el artículo 91 inc. 2° del CPP no se encontraría en conformidad con la Constitución. La Constitución reconoce al imputado el derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor desde el inicio de la investigación.

Por lo tanto, el imputado –en términos materiales- no puede prestar declaración ni voluntariamente ni exigírsele que preste declaración en ausencia del defensor ya que este derecho es irrenunciable. Permitir que la policía o el fiscal tome declaración a aquella persona imputada de

delito es potenciar de una manera no conforme con la Constitución los poderes investigativos del Estado en desmedro de los derechos fundamentales de la persona investigada.

Todo ello porque el imputado tiene derecho a nombrar defensor desde el primer momento en que la investigación penal se dirige en su contra. En efecto, varias disposiciones del CPP lo establecen así, desde ya y como se verá más adelante, el artículo 102 del CPP señala que el imputado tiene derecho a nombrar libremente a un abogado defensor desde la primera actuación del procedimiento.

3. La inaplicación del Art. 91 inciso 2° del CPP

El artículo 91 inciso 2° del código Procesal Penal no es conforme con la Constitución modificada por la ley 20.516, en su artículo 19 N°3 párrafo 4°. En este estado de cosas el juez –así como toda persona, institución o grupo (art. 6 y 7 de la Constitución)-, en los casos de que conozca, debería someter su acción a la Constitución. En consecuencia, el juez debería inaplicar la norma legal referida, la cual se encuentra en contradicción con la Constitución, y, en su lugar, aplicar derechamente la Carta Fundamental, en lo que se refiere al derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor y extraer todas las consecuencias procesales y probatorias que ello acarrea. En este contexto, cabe hacer presente que se aplica “un principio general de Derecho, *iura novit curia*, [...] en el sentido de que el juzgador posee la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente.”⁸

IV. ¿Desde cuándo rige la reforma constitucional mencionada?

Desde su publicación en el diario oficial, 11 de julio de 2011. Sin embargo, esta reforma constitucional otorga un estándar de protección más alto para el individuo, en este caso el imputado, ya que el propio texto constitucional señala que el derecho a ser asistido por un abogado defensor es irrenunciable. En esta virtud, se aplica el principio constitucional pro imputado consistente en la prohibición de la retroactividad salvo que la regla sea más beneficiosa para el imputado. Una manifestación particular de este principio constitucional se encuentra incorporado expresamente en el hoy inciso 8° del N°3 del artículo 19. Refuerza el razonamiento anterior el hecho de que el derecho a ser asistido por un abogado defensor es un derecho humano fundamental y dentro de las reglas básicas de interpretación de los referidos derechos se encuentra el principio *pro homine* o *pro persona* (en cuyo marco general se inserta el principio

⁸ Corte IDH: Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, para. 184.

singular pro imputado).⁹ El mencionado principio indica que entre varias interpretaciones posibles debe preferirse aquella más beneficiosa para el individuo.

En consecuencia, la regla de la irrenunciabilidad de la defensa por un abogado defensor, que convierte en contrario a la constitución el artículo 91 inc. 2 del Código Procesal Penal, debería tener una aplicación retroactiva.

Todos aquellos procedimientos penales donde se haya utilizado o se pretenda utilizar –directa o indirectamente- las declaraciones prestadas por el imputado –ante la policía o ante el fiscal- en ausencia del abogado defensor, como prueba en perjuicio del imputado contravienen la norma del artículo 19 N°3 inciso 4°. Las declaraciones del imputado obtenidas en ausencia del abogado defensor son ilícitas ya que sólo se puede interrogar al imputado en presencia de su defensor. Este derecho es irrenunciable, en consecuencia, las declaraciones del imputado obtenidas sin defensor serían recabadas sin respetar los derechos y garantías del imputado consagradas en la Constitución.

V. La “oportunidad legal” para designar defensor y los posibles argumentos que los fiscales usarán para limitar la irrenunciabilidad del derecho y cómo contrarrestarlos

La frase “si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley” será la que seguramente usarán los fiscales o las policías para evadir la irrenunciabilidad de la norma, en cuanto dirán que la oportunidad para designar abogado es la primera audiencia judicial y que antes de dicha oportunidad los imputados pueden renunciar a ser “asistidos”, sin embargo, una interpretación como esa debe ser rechazada en virtud de las siguientes consideraciones:

1. La ley señala que el derecho a contar con defensor se extiende desde “la primera actuación de procedimiento dirigida en contra del imputado”

El derecho a contar con un defensor técnico está considerado en la ley desde la primera actuación de procedimiento dirigido en contra de una persona. En efecto, esta designación de abogado defensor busca resguardar el principio de igualdad del imputado frente a una persecución estatal, por lo cual el sistema procesal penal ha establecido distintos resguardos para que el imputado

⁹ Cfr. NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Librotecna, Santiago, 2006; NOGUEIRA, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Tomo I, Librotecna, Santiago, Tercera edición, 2010.

siempre cuenta con asesoría y defensa letrada¹⁰. Es por ello que distintas normas del CPP y otras leyes establecen la necesidad:

- El Art. 7 CPP señala que la calidad de imputado se adquiere desde la primera actuación de procedimiento hasta la completa ejecución de la condena.
- El Art. 8 inc. 1° CPP estatuye que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.
- El inc. 1° del Art. 91 CPP establece que la policía sólo puede interrogar al imputado en presencia de su defensor, de lo que se colige que previo a la primera audiencia el imputado puede estar acompañado de su abogado. Por lo demás, dado que la norma no distingue entre defensores privados y públicos, el imputado que careciere de defensor penal privado, debería solicitar la presencia de uno público.
- El Art. 93 letra b CPP le confiere al imputado el derecho a ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación.
- El Art. 96 CPP establece que todo abogado tiene derecho a conocer de la existencia de personas determinadas privadas de libertad en cualquier lugar de detención o prisión, lo que incluye a los cuarteles policiales, y a entrevistarse con ellos privadamente, de manera que es posible que un detenido cuente con defensor, público o privado, antes de la primera audiencia judicial.
- El art. 102 CPP señala que el derecho a designar un defensor de manera libre se extiende desde la primera actuación de procedimiento. Incluso en caso que se trate de alguien privado de libertad, se permite que cualquier persona solicite la designación de defensor al juez de garantía.
- El inc. 3 del Art. 131 CPP establece que en caso que el fiscal ponga a disposición del juez al detenido, es decir antes de la primera audiencia judicial, deberá en el mismo acto dar conocimiento de dicha circunstancia al abogado de confianza o a la DPP, lo que permite deducir que antes de dicha audiencia el imputado puede contar con un defensor penal público.

En definitiva, de esta disposiciones fluye claramente que el derecho a designar y ser asistido por un defensor – sea público o privado- se extiende desde la primera actuación del procedimiento, es decir incluso antes de la primera actuación judicial.

¹⁰ Vid. CAROCCA PÉREZ, Alex, *La defensa penal pública*, Santiago, 2002, Lexisnexis, pp. 108-111 y HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, T.I, Santiago, 2002, Ed. Jurídica de Chile, p. 243.

2. En relación al concepto de “oportunidad”

Como se sabe, la existencia de plazos dentro de los cuales deban o no realizarse determinadas actuaciones es propio de aquellos procedimientos en los que rige el principio del orden consecutivo legal, como lo es el regido por el CPC, de manera que su transcurso genera la preclusión del derecho involucrado, lo que no ocurre, por regla general en el procedimiento penal¹¹.

En consecuencia, otro argumento en contra de esta alegación de los fiscales consiste en que resulta absurdo que el derecho a designar un defensor penal público sólo puede ejercerse en la primera audiencia judicial, porque de lo contrario se debería sostener que el imputado no podría cambiar a su defensor penal público por un abogado de confianza con posterioridad a dicha audiencia, ni, incluso, cambiar a uno público por otro, lo que resulta absurdo.

3. La ley procesal penal al señalar que la designación de defensor deberá tener lugar antes de la “primera audiencia judicial” sólo establece un límite máximo

La regla establecida en el Art. 102 CPP en cuanto obliga al ministerio público o al juez a designar a un defensor penal público en los términos que señale la ley respectiva, designación que deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.

4. Fortalecimiento de una interpretación sistemática en orden a exigir la presencia del defensor en cualquier actuación del imputado en el procedimiento

Como se sabe, mediante el método sistemático el sentido de la ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma al interpretar en relación con el conjunto del sistema¹². Es así como la jurisprudencia de la Corte Suprema ha entendido que el derecho a defensa técnica nace desde el primer acto del procedimiento en que se atribuye a una persona la responsabilidad en un hecho punible, debiendo el imputado contar con asesoría letrada desde el primer acto del procedimiento. Esta doctrina jurisprudencial ha sido avalada por esta reforma constitucional, ya que la “irrenunciabilidad” comparte precisamente los estándares del derecho a defensa técnica que ha fijado el máximo tribunal.

Así en causa rol 6934-2009 la C. Suprema resolvió “OCTAVO: Que el derecho de un encausado a guardar silencio, a no incriminarse y a ser asistido por un abogado desde el inicio del procedimiento, son facultades no sólo establecidas en la ley, particularmente en el Código Procesal Penal, sino que gozan de reconocimiento constitucional, disposición supra legal que orienta el

¹¹ Vid. LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, T.I, Santiago, 2002, Ed. Jurídica de Chile, p. 313.

¹² JESCHECK, Hans H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Ed. Comares, 2002, p. 166.

desempeño de todas las autoridades públicas, lo que incluye por cierto, al personal de la policía cuando cumplen labores propias de su cargo.”. Solo con la debida asistencia letrada se puede satisfacer la garantía del derecho a guardar silencio, con ello se garantiza la libertad y voluntariedad en la declaración. Esto lo ha reiterado la Excelentísima Corte Suprema en fallo rol 9758-2009 en que expresa en su considerando décimo noveno segunda parte “La garantía de la defensa en juicio sólo queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida y suficiente defensa técnica, la que existe desde el momento del inicio mismo de la persecución penal, como ocurre en nuestro sistema procesal penal, lo que conlleva el derecho a contar con el profesional, por lo que cualquier acto o diligencia en la que deba realizar cualquier clase de manifestación como es una declaración o actos o diligencias que por su naturaleza sean inmodificables o irrepetibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor, sólo de esa forma el acto será válido.”. Esta doctrina es reiterada por la Excelentísima Corte Suprema en fallo 4001-2010.

VI. La consecuencia de la nueva disposición constitucional en el proceso penal: nulidad

De acuerdo al Art. 103 CPP la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma. Disposición que se encuentra conforme con los artículos 159 y 160 del CPP en relación a la nulidad procesal y 373 letra a) y 374 letra c) en relación al recurso de nulidad.

Resaltamos que el Art. 103 no se refiere exclusivamente a las audiencias judiciales, pues la palabra usada por el legislador es “actuación” que resulta más genérica.

En definitiva, la nueva norma constitucional afectará no sólo al Art. 91 inc. 2° CPP, sino también a otras, por ejemplo:

- Art. 184 CPP que regula la asistencia de los intervinientes a las diligencias de investigación, en particular cuando se trate de diligencias que puedan implicar la asistencia o “colaboración” del imputado.
- Art. 193 CPP que regula la comparecencia del imputado ante el Ministerio Público.
- Art. 276 CPP por cuanto permitirá la solicitud de exclusión de pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

- Declaraciones de oídas de los policías¹³: en cuanto permitirá la solicitud de exclusión de aquellos testimonios de funcionarios policiales que declaren sobre lo que escucharon decir al imputado si hubiese declarado ante ellos sin la presencia de su defensor.

GAC/FMV/CCF

¹³ Vid. POBLETE ITURRIATE, Orlando, “Sobre el derecho de los funcionarios policiales a declarar en el juicio oral sobre lo que los imputados habían declarado ante ellos al momento de su detención”, en *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal 2001-2003*, Santiago, 2003, Defensoría Penal Pública, pp. 29 – 74, también disponible en Lexdefensor: <http://lexdefensor.defensoria.local/lexdefensor/publication.do?id=352>.