



UNIVERSIDAD
DE ATACAMA

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO**

**POLÍTICA CRIMINAL E INTERVENCIÓN LEGISLATIVA AL CÓDIGO
PROCESAL PENAL:
ANÁLISIS SOBRE EVENTUALES VULNERACIONES AL SISTEMA
ACUSATORIO Y A GARANTÍAS FUNDAMENTALES**

Jeremy Patricio Ríos Mundaca

Copiapó, Chile

2021



UNIVERSIDAD
DE ATACAMA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO

**POLÍTICA CRIMINAL E INTERVENCIÓN LEGISLATIVA AL CÓDIGO
PROCESAL PENAL:**

**ANÁLISIS SOBRE EVENTUALES VULNERACIONES AL SISTEMA
ACUSATORIO Y A GARANTÍAS FUNDAMENTALES**

**Memoria presentada en conformidad a los requisitos para obtener el grado de
Licenciado en Ciencias Jurídicas**

Profesora guía: Dra. (c) Evelyn Vieyra Luna.

Jeremy Patricio Ríos Mundaca

Copiapó, Chile

2021

*Para Robert, mi padre. Fuiste tú quien siempre creyó en mí...
Donde estés, serás eternamente mi norte, mi luz y mi mejor apoyo.*

A todas aquellas personas que están o que alguna vez estuvieron conmigo.

Gracias.

CONTENIDO

CAPÍTULO I. BREVE HISTORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.	2
1. ORÍGENES Y FUNDAMENTOS DE LA REFORMA A LA JUSTICIA PENAL CHILENA.	2
2. COMIENZOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.	6
3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.	9
A. Cuestiones previas.	9
B. Principio de Publicidad.	12
C. Principio de Oralidad.	14
D. Principio de Inmediación.	15
i. Inmediación Formal.	16
ii. Inmediación Material.	16
E. Principio de Concentración.	17
F. Principio de Continuidad.	18
4. CUADRO COMPARATIVO: SISTEMA ACUSATORIO VS SISTEMA INQUISITIVO.	20
CAPÍTULO II. AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA: INTERVENCIÓN LEGISLATIVA Y EVENTUALES AFECTACIONES AL SISTEMA ACUSATORIO Y A SUS GARANTÍAS FUNDAMENTALES.	24
1. ACTUACIONES DE LAS POLICÍAS SIN ORDEN PREVIA.	24
A. Resguardo del sitio del suceso.	24
B. Control de Identidad.	28
C. De la situación y detención en caso de Flagrancia.	34
2. COMPARECENCIA JUDICIAL O AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN.	37

A. Generalidades.	37
B. Apelación de la Resolución que Declara Ilegal la Detención.....	38
3. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.	42
A. Noción y Generalidades acerca de la Prisión Preventiva.	42
B. Facultad de recurrir de la resolución que decreta la prisión preventiva.	47
CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL PENAL.	49
1. ACTUACIONES POLICIALES SIN ORDEN PREVIA: DISCRECIONALIDAD VS LEGALIDAD.	50
A. Resguardo del sitio del suceso.....	50
B. Control de Identidad.....	52
C. De la Flagrancia.....	56
2. AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN: ¿DESIGUALDAD PROCESAL? 59	
3. PRISIÓN PREVENTIVA: ¿ÚLTIMA RATIO?	61
CONCLUSIONES	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUCCIÓN

La reforma procesal penal vino sin duda a cambiar abruptamente el paradigma de la justicia criminal en Chile, trayendo consigo un modelo acusatorio moderno, propio de los Estados Democráticos de Derecho del Siglo XX. Sin embargo, producto de cambios sociales y de las políticas criminales del gobierno de turno se ha modificado el Código Procesal Penal en reiteradas ocasiones.

De diversas modificaciones y reformas legales, se utilizarán como objeto de la investigación las leyes N° 20.253 y 20.931, denominadas “Agenda Corta Antidelincuencia”, creadas bajo los gobiernos de Sebastián Piñera y Michelle Bachelet, respectivamente, con la finalidad de intentar dar solución a los crecientes problemas sociales y eventuales debilidades del entonces “nuevo” sistema procesal penal.

Debido a aquello, diversas materias fueron reformadas y/o modificadas por las leyes en comento, por lo que se podría haber visto afectada no sólo una institución procesal, sino también alguna base del sistema acusatorio chileno que, si bien tienen una data significativa en su instauración, no deja de ser trascendente en el marco de los ya 21 años de existencia del Código Procesal Penal.

Para verificar tal hipótesis, la presente investigación se dividirá en tres capítulos: el primer capítulo tendrá por objeto orientar al lector acerca de cómo se gestó la reforma procesal penal en Chile, a partir de sus orígenes y fundamentos; el capítulo dos, versará principalmente sobre las modificaciones de aquellas instituciones procesales que revisten interés para la hipótesis planteada, esto es, la de comprobar eventuales afectaciones al sistema acusatorio y/o a garantías fundamentales, y finalmente en el capítulo tres se realizará un análisis global de lo efectuado por las leyes objeto de investigación, comentándose de manera crítica lo realizado por el legislador.

En suma, se pretende que el lector tenga una visión general de determinadas instituciones procesales que son de suma relevancia y uso común en sede procesal penal y que pudieran haberse visto mermadas en su núcleo fundamental producto de particularidades establecidas por los gobiernos de turno.

CAPÍTULO I. BREVE HISTORIA DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

1. ORÍGENES Y FUNDAMENTOS DE LA REFORMA A LA JUSTICIA PENAL CHILENA.

En razón de que el presente trabajo tiene como principal objetivo el de analizar la problemática acerca de eventuales vulneraciones a la matriz acusatoria de un sistema innovador que nació producto de las nuevas concepciones sobre el debido proceso y la necesaria adaptación del sistema de justicia criminal chileno al estándar internacional vigente en el marco de un Estado Democrático de Derecho, resulta menester desarrollar al menos de forma sucinta, lo que es el origen del Código Procesal Penal y su sustento dogmático.

Primeramente, es importante señalar que la legislación española de la edad media quedó atrás cuando comenzó a configurarse en Chile el sistema global de lo que hoy se conoce como Derecho Procesal Penal, debido a que para la época de finales del Siglo XIX e inicios del Siglo XX, fueron dictados el aún vigente Código Penal del año 1874¹ y, posteriormente, en el año 1906, se dicta el Código de Procedimiento Penal, dando comienzo a un sistema que si bien traía basta influencia extranjera, nacía fruto de la necesidad de contar con un cuerpo legal propio y otorgado por el pueblo chileno.

¹ El Código Penal chileno fue promulgado el 12 de noviembre de 1874 y entró en vigencia el día 1 de marzo de 1875. Disponible en Sitio Web de la Biblioteca del Congreso Nacional: [Código Penal - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 14-09-2021].

Actualmente existen anteproyectos de Código Penal que ya han sido entregados al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, donde entre sus objetivos se “*pretende poner al día a la legislación penal chilena en materias donde la intervención penal está particularmente condicionada por la evolución de los tiempos*”. Véase documento digital disponible en: [Anteproyecto de Código Penal - Ministerio de Justicia](#) [Consultado el 14-09-2021].

El Código de Procedimiento Penal de 1906² recogió básicamente un sistema inquisitivo basado en aquel establecido durante el siglo XIII en las Siete Partidas, e introducido en América durante el período de la Colonia. Este Código fue el producto de un proyecto presentado por don Manuel Egidio Ballesteros, que entró en vigencia el día 1 de marzo de 1907.

En la misma línea, cabe destacar que desde la época en que se comenzó a gestar lo que iba a ser el Código de Procedimiento Penal, su Mensaje de fecha 31 de diciembre de 1894³ ya reconocía que el sistema procedimental a establecerse por esta venidera legislación era inadecuado y que lo más prudente debiese ser el establecimiento de un juicio oral y público.

En tal sentido, se señaló por el legislador de la época:

“El juicio público oral ante jueces de derecho es un sistema que se aleja del procedimiento escrito y se acerca sensiblemente al del jurado. Casi todos los países en que el jurado existe, han comenzado por abandonar el método de la prueba escrita, instituyendo en su lugar el juicio público oral (...).

(...) Se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto.”

Producto del carente cambio planteado y debido a la continuidad legislativa es que autores como DUCE y RIEGO⁴ han sostenido la idea de "obsolescencia del Código".

² Publicado bajo la Ley N° 1853 en el Diario Oficial el 19 de febrero de 1906 y aún vigente para aquellas causas acaecidas con anterioridad a la entrada en vigor del actual Código Procesal Penal, en concordancia con lo prescrito por el artículo 483 del Código Procesal Penal.

³ Véase Mensaje del Código de Procedimiento Penal. Disponible en: [Mensaje del Código de Procedimiento Penal - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 14-09-2021].

⁴ DUCE y RIEGO (2009), p. 52.

Tanto es así, que el mismo legislador de la época era consciente de aquello y tal como quedó de manifiesto en el Mensaje del Código, prácticamente pidió disculpas por proponer un sistema de esta naturaleza.

Es así como ya para aquella época en la que recién se comenzaba a estructurar lo que sería el Código de Procedimiento Penal, su Mensaje dejó de manifiesto que, desde hace más de 127 años⁵, el sistema procesal chileno a establecerse era inadecuado, esbozándose que el ideal era un sistema muy parecido al implantado hoy en día⁶, producto de la reforma procesal penal del año 2000, esto es, el juicio oral y público al alero de un sistema acusatorio.

Ahora bien, pese a las deficiencias iniciales del Código producto de las condiciones imperantes de la época, fueron igualmente introducidas una serie de modificaciones legales que, si bien no modificaron el carácter inquisitivo de la norma, sí tuvieron por objeto intentar cambiar la mecánica del juzgamiento criminal en Chile, dentro de sus propias reglas.

No obstante aquello, una de las instituciones procesales que tendía a morigerar el carácter inquisitivo, esto es, la de los promotores fiscales, terminó por ser una institución que rápidamente fue sustraída del sistema antiguo, toda vez que en el año 1927 se suprimió a éstos del Código adjetivo penal debido a su inoperancia⁷, por cuanto la función acusadora del Ministerio Público en el antiguo sistema era meramente formal, toda vez que constituía un trámite realizado sobre la base de la actuación previa del juez, quien era el verdadero protagonista de la instrucción⁸.

⁵ El ya derogado Código data del 31 de diciembre de 1894.

⁶ CHAHUÁN (2019), p. 29.

⁷ HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 20.

⁸ *Ibidem*, p. 121.

De esta manera, encontramos que el cambio más importante al sistema procesal inquisitivo tendió a acentuar el sistema del cual se buscaba escapar con una eventual separación de funciones, toda vez que, con la supresión de la institución de los promotores fiscales en 1927⁹, pasó a concentrarse la función acusatoria en manos del juez.

Finalmente, a fines de los años 80', se aprobó una modificación que incorporó al Título III del Libro I un párrafo cuarto, estableciendo una serie de derechos en favor del inculpado¹⁰, derechos *“que, efectivamente, contribuyeron, a lo menos, a dar certeza a situaciones absurdamente discutidas”*¹².

Estas modificaciones, si bien introdujeron una serie de ajustes que buscaban dar mayor coherencia, solucionar contradicciones y reducir la duración de los procesos *“en un intento desesperado por democratizar el arcaico modelo chileno”*¹³, no produjeron

⁹ CASTRO JOFRÉ (2006), p. 16.

El Ministerio Público quedó con ello reducido a una expresión mínima, constituido por los fiscales de las cortes superiores y con el objetivo de emitir ciertos dictámenes durante la tramitación de los recursos. Véase Decreto con Fuerza de Ley N° 426 de 1927. Disponible en [DFL N° 426 - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 14-09-2021]

¹⁰ El artículo 9° de la Ley 19.047, modificado por la Ley N° 19.114, y por la Ley N° 19.158, ordenó reemplazar las expresiones “auto de reo”, “encargatoria de reo” y “auto encargatoria de reo”, por la de “auto de procesamiento”, y la palabra “reo” por “procesado”, cuando esas expresiones se refieran al inculpado contra quien se hubiere dictado auto de procesamiento y no hubiere sido sobreseído, absuelto o condenado. Si tal situación no se diere, la voz “reo” podrá sustituirse por las expresiones “inculpado”, “condenado”, “demandado” o “ejecutado”, o bien mantenerse, según correspondiere. Véase en Ley N° 1853 que establece el Código de Procedimiento Penal. Disponible en [Ley 1853 - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#) disponible en sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional. [Consultado el 16-09-2021].

¹¹ Dicha disposición señalaba, con redacción que espanta (esta última expresión es del profesor Raúl Tavolari Oliveros en su obra *Instituciones del Nuevo Proceso Penal*) que todo inculpado, sea o no querellado y aun antes de ser procesado en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa. En especial podrá: 1) Designar abogado patrocinante y procurador; 2) Presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen; 3) Rendir información sumaria de testigos para acreditar su conducta anterior, sin necesidad de ofrecerla o anunciarla por escrito previamente; 4) Pedir que se active la investigación; 5) Solicitar conocimiento del sumario en conformidad a las reglas generales; 6) Solicitar reposición de la orden de detención librada en su contra; 7) Apelar de la resolución que niegue lugar al sobreseimiento o sólo sobreseia temporalmente, e 8) Intervenir ante los tribunales superiores en los recursos contra la resolución que niega lugar a someterlo a proceso y en los recursos y consultas relativos al sobreseimiento.

¹² TAVOLARI, (2005), p. 206.

¹³ CASTRO JOFRÉ (2006), p. 18.

una adecuación a los requerimientos de un Estado de Derecho y menos cambiaron la estructura inquisitiva existente¹⁴.

2. COMIENZOS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.

Uno de los puntales imprescindibles de mencionar en este acápite es la modificación al artículo quinto de la Constitución Política de la República, por intermedio de la Ley N° 18.825 de 17 de agosto de 1989, debido a que se incorpora en nuestra legislación interna como deber de los órganos del Estado, el respecto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, los que desde tal momento son garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁵.

En concordancia con ello, se vislumbra que el surgimiento de la reforma de la justicia penal en América Latina como un fenómeno generalizado de discusión y toma de conciencia sobre la imperiosa necesidad de realizarla, puede comenzar a observarse con caracteres nítidos desde mediados de la década antepasada¹⁶, hechos de los cuales Chile no quedó exento de participación.

Es así que en la década del 90' comenzó a surgir un movimiento académico-profesional, impulsado por la Corporación de Promoción Universitaria y de la Fundación Paz Ciudadana que llevó a la creación del “Foro para la Reforma Procesal Penal”, agrupándose en éste importantes actores del mundo académico y judicial con el fin de profundizar aspectos acerca de la pendiente reforma a la justicia criminal.

¹⁴ DUCE y RIEGO (2009), p. 56.

¹⁵ MATURANA y MONTERO (2010), p. 100.

¹⁶ CHAHUÁN (2019), p. 26.

En el año 1994 se forma una Comisión Técnica integrada por Cristian Riego, María Inés Horvitz, Jorge Bofill, Raúl Tavolari y Mauricio Duce, para la redacción de un proyecto de ley sobre nuevo Código, el que ingresó a trámite parlamentario en junio de 1995¹⁷.

Así, respecto de la historia legislativa de la actual Ley N° 19.696 que estableció el Código Procesal Penal y que entró en vigencia¹⁸ ya hace 21 años, es importante destacar que, tal como lo dijo DUCE¹⁹, desde mediados de los años 80' se han realizado esfuerzos muy significativos en la mayoría de los países de América Latina orientados a reformar sus sistemas de administración de justicia.

En razón de lo anterior, se buscó reflejar el espíritu de la naciente experiencia comparada, en nuestro actual Código Procesal Penal, recogiendo las ideas, matrices y principios que a su vez consideraron países orientados en el mismo sentido, tales como Italia con su Código Procesal Penal de 1988, Perú con su Código Procesal Penal de 1991, o con el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación Argentina de 1986, todos quienes compartían la finalidad común de adecuar la normativa a los nuevos paradigmas ya masificados a fines del Siglo XX.

Así, este sistema nació bajo la influencia y la observación de la experiencia internacional, lo que en definitiva implicó sumergirse en un proceso de transformación radical que se vio necesario al percatarse de la urgente necesidad de reformar uno de los pilares de la justicia en nuestro país.

De dicha manera, nuestro país vino a modificar su sistema procesal penal dentro de un verdadero movimiento regional de reforma al procedimiento de justicia criminal.

¹⁷ MATURANA y MONTERO (2010), p. 100.

¹⁸ El Título Final de este cuerpo legal estableció la gradualidad del Código, estableciendo una entrada en vigencia parcelada para su aplicación tanto en el territorio nacional como en el extranjero. En nuestra región de Atacama, el Código Procesal Penal entró en vigencia a partir del 16 de octubre de 2001, de conformidad con lo prescrito por el artículo 484.

¹⁹ DUCE (2004), p. 1-2.

Por otro lado, una de las características del proceso de reforma chileno, es que éste no fue tan sólo un mero esfuerzo por cambiar de un sistema a otro, sino que constituye un intento de transformación radical al sistema de justicia criminal en Chile²⁰.

Siendo así, es dable concluir que el cambio no sólo proviene del avance sustancial en materia de procedimientos (de un sistema inquisitivo tremendamente ortodoxo a un modelo acusatorio adversarial bastante más cercano a lo que añoraba el legislador de 1906) sino que, fundamentalmente constituyó un intento muy serio de cambiar por completo la manera en cómo se comprende y se aplica la justicia criminal en Chile.

El Mensaje del proyecto de Código Procesal Penal presentado por el Presidente de la República al Congreso Nacional el año 1995 es explícito en esta aspiración de la reforma, al establecer:

“El proyecto de Código constituye el núcleo básico de un nuevo modelo procesal penal que, a su vez, aspira a producir una importante transformación en el conjunto del sistema de justicia criminal. Se busca cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales, hacia el funcionamiento del sistema penitenciario y, en general, respecto del conjunto de las actividades estatales que constituyen la respuesta represiva a la criminalidad”²¹.

Se desprende entonces que el movimiento de reforma de la justicia penal chilena obedece a un proceso de cambio social bastante complejo en el que han intervenido una multiplicidad de actores donde convergen diversos factores, no sólo en el ámbito local, sino también del plano internacional.

²⁰ *Ibidem*, p. 24.

²¹ Mensaje Presidencial de la Ley 19.696 que establece el Código Procesal Penal, p. 12. En el mismo sentido véase DUCE (2004), p. 25.

Al igual que en otros países de la región, representa la confluencia de diversos objetivos y discursos que terminan por justificar su necesidad desde distintas perspectivas, observándose con claridad en el ejemplo sintetizado por el Mensaje del Código.

Asimismo, la reforma es vista como un cambio indispensable para mejorar los niveles de seguridad pública por medio del aumento de eficiencia de la persecución penal²².

Es por ello, que de lo anterior se concluye que la reforma no sólo se justifica por la necesidad de adaptar la legislación chilena a los estándares básicos del debido proceso, sino que también como un paso indispensable en el proceso de desarrollo, el crecimiento económico y la modernización del Estado.

3. PRINCIPIOS INSPIRADORES DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.

A. Cuestiones previas.

Existen múltiples principios y valores recogidos por el legislador para darle una base significativa al naciente sistema acusatorio a implementarse por el Código Procesal Penal. Ahora bien, de todas las bases, este acápite tratará únicamente de aquellas esenciales que logran configurar el piso mínimo en que termina por descansar el sistema de administración de justicia penal en Chile.

Para lo anterior, se trabajará sobre la base de lo que primordialmente se tomó en consideración por parte del legislador, reflejado en el Mensaje enviado al Congreso Nacional, sin perjuicio de profundizar en qué se traducen las intenciones y el espíritu que lleva consigo esta declaración de principios.

²² *Ibidem*, p. 3.

Al tratar el contenido del proyecto original que contenía lo que llegaría a ser el Código Procesal Penal, el legislador creyó y entendió necesario comenzar el texto mediante la inserción y explicitación de aquellos elementos que debían formar parte del sistema de enjuiciamiento criminal en nuestro país, sobre la base de lo ya establecido y contenido en la Constitución Política de la República, así como por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Primeramente, se comienza por señalar que el eje del procedimiento propuesto está constituido por la garantía del juicio previo.

Ya decíamos que el ideal era aterrizar determinados principios ya contenidos en nuestro ordenamiento y sentarlos en el proyecto de reforma; siendo así, la garantía del debido proceso del artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Constitución Política, fue consagrada en el artículo 1° del CPP, titulado “Juicio previo y única persecución”, entendiéndose que la imposición de una pena o la aplicación de una medida de seguridad, sólo puede ser la consecuencia de la dictación de una sentencia fundada²³.

Lo referido, se contiene en la fórmula *nulla poena sine iudicio*, que consiste en la exigencia de una sentencia penal condenatoria y que se encuentre firme como requisito para la interposición de una pena²⁴.

No obstante lo anterior, dicha sentencia debe contener ciertos cánones que justifiquen su fuerza obligatoria y ello, está otorgado por gracia de la fundamentación de aquella, respetándose de esta manera la garantía constitucional del artículo 19 N° 3 inciso 6° de la CPR, esto es, que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”.

²³ MATURANA y MONTERO (2008), p. 118.

²⁴ HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 64.

A este respecto, junto con el derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena en la fórmula previamente mencionada, HORVITZ Y LÓPEZ señalan que este aspecto constituye un segundo alcance del juicio previo, que se expresa en la fórmula *nulla poena sine processu*, que consiste en la exigencia de un procedimiento previo a la sentencia²⁵.

Por otro lado, pero en concordancia con lo recién expuesto, el Mensaje continúa con la exposición de la oralidad como principio fundamental e integrante de la garantía del debido proceso antes mencionada, toda vez que *“este método sencillo y directo de comunicación es el único que permite asegurar que el conjunto de actos que constituyen el juicio se realicen de manera pública, concentrada, con la presencia permanente de todos los intervinientes y sin admitir la posibilidad de mediaciones o delegaciones”*²⁶.

Además, persiste el legislador en señalar que además del hecho de que tanto el juicio público y su realización mediante la oralidad constituyen el mecanismo tendiente a desarrollar los fines que la sociedad encomienda a la administración de justicia, entre ellos, la solución de conflictos, estos fines deben cumplirse – en palabras del legislador – *“de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico”*²⁷.

²⁵ *Ibidem*, p. 65.

²⁶ Mensaje del Código Procesal Penal, p. 16.

²⁷ *Ibid*, p., 16.

Debido a lo anterior, es posible encontrar a lo menos otros dos principios fundamentales contenidos en la reforma procesal penal, a saber:

- a) El Principio de Publicidad, y
- b) El Principio de Oralidad.

B. Principio de Publicidad.

Sobre la base de lo anteriormente relatado, es que el juicio previo se debe consolidar en sintonía con los tratados internacionales que protegen y aseguran los derechos del imputado en juicio.

En lo tocante a la publicidad del juicio, ella significa que las actuaciones del juicio deben realizarse a puertas abiertas, siendo éste un mecanismo de control ciudadano, pero también para las partes acerca del adecuado comportamiento de los jueces, del ejercicio idóneo del derecho de defensa y de que los juicios se desarrollan de conformidad a lo que la ley señala²⁸.

En tal sentido, el principio de publicidad está consagrado en el artículo 8.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH): *“El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”*²⁹. En el mismo sentido el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) en su artículo 14.1 el cual a su respecto consagra que *“toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley (...)”*³⁰.

²⁸ DUCE y RIEGO (2009), p. 378.

²⁹ Convención Americana de Derechos Humanos, Parte I, Capítulo I *“Enumeración de deberes”*. Disponible en: [XXXVIII Curso de Derecho Internacional 2011 \(oas.org\)](http://www.oas.org) [Consultado el 14.10.2021].

³⁰ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Parte III. Disponible en: [ACNUDH | Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \(ohchr.org\)](http://www.ohchr.org) [Consultado el 14.10.2021].

Si bien es cierto que dicha garantía de publicidad del juicio oral debiese entenderse recogida en nuestra Constitución Política sea mediante el bloque de constitucionalidad³¹ del artículo 5° o por medio de lo prescrito en el numeral 3, inciso 6° del artículo 19, dentro de las garantías de un racional y justo procedimiento, lo cierto es que no hay en ella ninguna referencia explícita al principio de publicidad³².

Ahora, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto y volviendo a la idea primitiva del legislador, es importante destacar que a nivel legal el CPP sí contempla a la publicidad como principio básico en el procedimiento, consagrándolo de forma explícita en el inciso 2° del artículo 1°, al prescribir que “*toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público (...)*”.

Sin perjuicio de lo ya señalado, debe a lo menos advertirse que este principio no es absoluto y se reconocen ciertas limitantes a su ejercicio, tal como se señala en el artículo 289 del CPP que otorga facultades al tribunal para limitar por resolución fundada el acceso de personas a la sala, la difusión de información o en general, decretar alguna otra medida tendiente a proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que deba tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por ley³³.

³¹ El bloque constitucional de derechos fundamentales en Chile está integrado por derechos asegurados directamente por disposiciones de la Constitución formal y por los atributos y garantías de derechos asegurados por normas de derecho internacional, siendo entonces la Constitución una Carta Fundamental abierta al derecho internacional, en virtud de la cual sus fuente alcanza a las prescripciones del derecho internacional, las que se incorporan al derecho interno en virtud de la norma de reenvío del artículo 5° inciso 2° de la Constitución Política de Chile. En razón de aquello, se constituye entonces un bloque unitario y sistemático con el carácter de fuente suprema del ordenamiento jurídico nacional, reforzando los derechos subjetivos de las personas. Véase Nogueira Alcalá, Humberto (2015), pp. 310-315.

³² HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 90.

³³ Es importante señalar que el tratamiento que otorga el Código Procesal Penal al principio de publicidad es primordialmente en relación al juicio oral, sin embargo, aun cuando no existe consagración expresa respecto de las etapas preliminares a éste, se entiende que todas las audiencias son públicas y aquel ha sido el criterio de los jueces a lo largo de la aplicación de la reforma. Lo anterior, puede respaldarse igualmente con el artículo 182 que consagra que las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas, pero para los terceros ajenos al procedimiento; en tal sentido y de una interpretación a contrario sensu y de conformidad a lo prescrito en el inciso 2°, se entiende que la etapa de investigación, preliminar a la de juicio oral, es igualmente pública para los intervinientes, a diferencia del sumario en el Código de Procedimiento Penal.

C. Principio de Oralidad.

Otro de los grandes elementos considerados por el legislador en el establecimiento de la reforma, es la oralidad del juicio. Para BINDER³⁴, la oralidad es un instrumento, un mecanismo previsto para garantizar ciertos principios básicos del juicio penal.

Esta importante base del sistema acusatorio no tiene reconocimiento constitucional o internacional explícito en el proceso penal; sin perjuicio de ello, el CPP sí reconoce abierta y expresamente esta garantía en el artículo 1° al disponer que *“ Toda persona tiene derecho a un juicio previo, o r a l y p ú b l i c o (...)”*.

En ese sentido, este principio, garantía o derecho instaurado por la reforma en comento, alcanza su mayor expresión en la audiencia de juicio oral propiamente tal, donde la tónica al tenor del artículo 291 del Código Procesal Penal, es que el Tribunal no admitirá presentaciones o peticiones por escrito durante ésta, debiendo los intervinientes actuar verbalmente respecto de sus alegaciones, argumentaciones, recepción de pruebas y toda otra intervención que hicieren.

Sin embargo, los efectos de la oralidad no alcanzan únicamente a la audiencia de juicio oral, sino que también debe entenderse a ésta como un principio transversal que sustenta el proceso penal en su totalidad, en sus tres grandes etapas.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, cabe destacar que este principio no es absoluto, reconociéndose por el legislador determinadas excepciones en situaciones particulares, tales como el caso de quienes no pudieren hablar o no lo hicieren en idioma castellano, o de acusados sordos que no se pudieran dar a entender, siendo todos éstos asistidos por medio de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio³⁵.

³⁴ BINDER (1999), p. 100.

³⁵ Artículo 291 inciso 3° y 4° Código Procesal Penal.

Asimismo, si bien se ha destacado que el juicio oral es la instancia bajo la cual se ve mayormente reafirmada la oralidad en el proceso penal, es menester igualmente señalar que el derecho al juicio oral es renunciable en ciertos casos, tales como en la aplicación del procedimiento abreviado o del procedimiento simplificado³⁶.

De lo anteriormente expuesto, no puede obviarse que el derecho a un juicio oral aparece asociado a tres principios sin los cuales la idea misma del juicio acusatorio quedaría desnaturalizada³⁷; estos son:

- 1) El principio de inmediación;
- 2) El principio de continuidad, y
- 3) El principio de concentración.

D. Principio de Inmediación.

En este orden de ideas y siguiendo a CHAHUÁN³⁸, el principio de inmediación exige que el Tribunal que va a dictar la sentencia tenga un conocimiento directo, pudiendo formar así su convicción del material probatorio que ha sido producido en su presencia, junto a todos los demás sujetos del proceso.

Este principio, que se contrapone a la idea de “mediación” que inspiraba el antiguo procedimiento penal, bajo la idea de que el juez no tuviera contacto directo con las partes, la prueba y sin continuidad real del juicio, surge como una reacción procesal que, si bien no es autónomamente una garantía, sí actúa como tal al asociarse directamente al derecho a un juicio oral.

³⁶ El procedimiento abreviado llevado a efecto por parte del Juez de Garantía implica directamente la aceptación de responsabilidad del imputado en base a los hechos materia de la acusación y en los antecedentes que constan en la carpeta investigativa. Si el imputado admite responsabilidad, renunciará expresamente a un juicio oral y público. Similar es el caso del procedimiento simplificado, el cual si bien se trata de un juicio oral especial, puede el imputado renunciar a este si acepta los hechos contenidos en el requerimiento simplificado, admitiendo igualmente su responsabilidad. Finalmente, es importante destacar que una gran diferencia entre la procedencia de uno u otro procedimiento, dice relación con la cuantía del ilícito de que se trata.

³⁷ HORVITZ y LÓPEZ (2002) p. 96.

³⁸ CHAHUÁN (2019), p. 29.

Lo anterior se puede comprender de mejor manera, aterrizándolo al momento en que el tribunal puede apreciar la prueba, debido a que lo hace de forma directa. Es aquel sentido el considerado por el legislador en el artículo 340 inciso 2° del CPP, cuando prescribe que *“el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”*.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es que se ha distinguido a nivel doctrinal³⁹ dos clases o aspectos de la inmediación, a saber:

- 1) Inmediación formal; e
- 2) Inmediación material.
 - i. Inmediación Formal.

La inmediación formal se encuentra vinculada a que el Tribunal debe observar por sí mismo la recepción de la prueba, sin poder dejar ésta a cargo de otras personas⁴⁰, debiendo existir presencia ininterrumpida de los jueces durante dicha audiencia de conformidad al artículo 284 del Código; todo lo anterior, bajo expresa sanción de configurarse un motivo absoluto de nulidad. En el mismo sentido y con alcance general, el CPP contempla la nulidad de las actuaciones delegadas⁴¹.

- ii. Inmediación Material.

En lo que respecta a la inmediación material, el tribunal debe extraer los hechos de la fuente por sí mismo, es decir, no puede utilizar equivalente probatorio alguno⁴². En tal sentido, nuestro Código estableció que el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, de acuerdo al artículo 340 del Código Procesal Penal.

³⁹ Véase Horvitz y López (2002); Maturana y Montero (2010) y, en igual sentido, Chahuán (2019).

⁴⁰ HORVITZ y LÓPEZ (2002) p. 96.

⁴¹ Artículo 35 del Código Procesal Penal. Nulidad de las actuaciones delegadas. *“La delegación de funciones en empleados subalternos para realizar actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez producirá la nulidad de las mismas”*.

⁴² ROXIN (2000), p. 394.

Es importante señalar que este principio no es, ni debe ser necesariamente absoluto, toda vez que, en el juicio oral es posible introducir ciertos medios de prueba por vía de lectura o mediante su exhibición, tal como lo contempla el artículo 331 referente a casos en que pueden reproducirse o darse lectura a declaraciones anteriores a la audiencia de juicio oral o, respecto de la lectura o exhibición de documentos, objetos y otros medios, como lo contempla el artículo 333, ambos del Código Procesal Penal.

En suma, la inmediación hace que el juez esté en contacto constante y directo con los intervinientes del proceso, recibiendo así las pruebas de la misma manera, logrando de tal modo, capturar los aspectos, vértices y declaraciones de manera frontal, lo que de otro modo no podría conseguir sin su directa presencia.

Por último, en relación con aquellos principios que el Mensaje del Código consagra como bases o pilares del sistema, puede seguirse respecto de principios que están estrechamente unidos a la inmediación, como lo son:

- 1) El principio de Continuidad, y
- 2) El Principio de Concentración.

Aquellos se encuentran íntimamente vinculados entre sí y en razón de aquello es que se tratarán de manera conjunta, toda vez que tal como señala HORVITZ y LÓPEZ⁴³, se trata de principios que aseguran la unidad del juicio.

E. Principio de Concentración.

Siendo así, la Audiencia de Juicio Oral se desarrollará en forma continua, y podrá prolongarse en sesiones sucesivas dependiendo de la complejidad del mismo. Existen juicios que duran meses, todos los días de funcionamiento del tribunal y, eventualmente, se podría suspender la audiencia y el Juicio Oral por razones graves de absoluta necesidad.

⁴³ HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 98.

Inclusive, cabe destacar que existe la posibilidad de solicitar el sobreseimiento temporal por alguna de las causas indicadas⁴⁴ y, eventualmente, cuando desaparezca esta causa, puede entonces reanudarse la audiencia de juicio.

De este modo, se entiende que la concentración se refiere a que todos los actos, tendientes a concluir el juicio, deben realizarse o rendirse en la misma audiencia, o en audiencias que sean sucesivas, hasta su conclusión. Al efecto, el Código⁴⁵ señala que constituirá sesión sucesiva “*aquella que tuviera lugar al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal*”.

Lo anterior, tiene por objeto no perder los beneficios de la oralidad, la garantía de un plazo razonable para ser juzgado⁴⁶, y la idea de la percepción de las pruebas por parte del decisor.

F. Principio de Continuidad.

Por su parte, la continuidad busca igualmente propiciar la unidad y la no interrupción del juicio oral, sin que ello signifique en caso alguno, que no pueda interrumpirse o suspenderse la audiencia, debido a que el mismo Código contempla tal posibilidad en el artículo 283, en caso de concurrir razones de absoluta necesidad, por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión y sólo hasta por dos veces.

⁴⁴ De acuerdo a las causales prescritas en el artículo 252 del Código Procesal Penal.

⁴⁵ Artículo 282 del Código Procesal Penal.

⁴⁶ Basta literatura se ha escrito en razón de esta prerrogativa, sin embargo, puede entenderse como una limitante a la excesiva duración del proceso, constituyendo un presupuesto indispensable del debido proceso y que, en definitiva, tiende a dar celeridad a las pretensiones penales de los intervinientes, evitando dilaciones injustificadas. Sólo de manera expositiva, se subraya lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece en su artículo 7.5 que “*toda persona detenida o retenida (...) tendrá derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable*”. En el mismo sentido, su artículo 8.1 prescribe que “*toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (...)*”. Ahora bien, sin perjuicio de la ausencia explícita de esta garantía en nuestra legislación interna, ello es plenamente válido en virtud de aquellos tratados que se entienden incorporados y que son vinculantes, según lo establecido por el artículo 5° de nuestra Constitución Política.

Asimismo, es importante señalar que la prescripción legal establece que la suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral, por un período que exceda los diez días, impedirá su continuación y en tal caso el Tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado, ordenando su reinicio⁴⁷.

Para concluir, es necesario resaltar que, el juicio oral y la sentencia, o parte de éstos⁴⁸ serán siempre anulados, cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio, de conformidad al artículo 374 letra d) del Código Procesal Penal.

⁴⁷ Artículo 283 inciso 3° del Código Procesal Penal.

⁴⁸ Hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.394 publicada en el Diario Oficial con fecha 30 de noviembre de 2021, el referido artículo 374 del CPP señalaba: “*El juicio y la sentencia serán siempre anulados*”. Sin embargo, la citada ley modificó dicha expresión, quedando redactado el enunciado en los términos ya expuestos, lo que posibilita que en la actualidad se pueda anular igualmente sólo una parte del juicio o de la sentencia.

4. CUADRO COMPARATIVO: SISTEMA ACUSATORIO VS SISTEMA INQUISITIVO.

A modo ejemplar, el presente tiene por objeto ilustrar de manera breve y sencilla, las principales diferencias entre el antiguo sistema de justicia y el reformado que rige hoy en día en Chile.

Para ello, se ilustrará a modo comparativo a partir de los principales criterios que sirven de base tanto al sistema inquisitivo, como al actual modelo acusatorio.

Criterio	Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio⁴⁹
Régimen Político	Tal como según se explicó en la primera parte de este trabajo, el antiguo sistema del Código de Procedimiento Penal está vinculado a regímenes políticos de poder concentrado, esto es, aquellos de carácter autoritario/absolutista.	En contraposición, este sistema tiene como fundamento la separación de poderes, en tal sentido, se vincula eminentemente con una concepción moderna, propia de Estados Democráticos de Derecho
Función del Juez	Puede desprenderse de las características de este sistema, que el juez era un “inquisidor” en otros términos, concentraba no sólo funciones	La participación del juez está eminentemente ceñida a juzgar ⁵⁰ , toda vez que la dirección exclusiva de la investigación queda a cargo de un órgano

⁴⁹ Para estos efectos, las referencias hechas al sistema acusatorio se encuentran vinculadas únicamente al modelo chileno, no incluyéndose en este apartado consideraciones acerca de jueces legos, juicio por jurados y otro tipo de dinámicas diversas a la de nuestro país.

⁵⁰ Cabe destacar que en nuestro sistema existen dos Tribunales en Sede Penal. El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y el Juzgado de Garantía. En tal sentido, la referencia debe entenderse hecha en términos generales, toda vez que en nuestro sistema el Juez de Garantía tiene, entre otras, la función de asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de conformidad al artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales. Para mayor entendimiento, véase el artículo 14 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, disponible en: [Código Orgánico de Tribunales - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 16.10.2021].

	jurisdiccionales, sino también investigativas.	autónomo de carácter constitucional: el Ministerio Público.
Medios de prueba	El artículo 457 y ss. del CdPP, establecía cuáles son los medios por los cuales se puede acreditar un hecho en un juicio criminal, en tal sentido es la ley quien determina los medios de prueba y su valor probatorio.	En el marco de este sistema, el artículo 295 del Código Procesal Penal establece expresamente la libertad de prueba, por lo que los hechos y circunstancias podrán ser probados por cualquier medio producido e incorporado de conformidad a la ley.
Sistema de prueba	En concordancia con lo anteriormente expuesto, regía el sistema de prueba legal o tasada, que fijaba las condiciones para dar por acreditados los enunciados sobre hechos,	Si bien no se encuentra establecida de forma expresa, el artículo 297 del Código Procesal Penal contempla los requisitos que sustentan a la sana crítica, como sistema de valoración de la prueba.
Fundamentación de la sentencia	En el sistema inquisitivo de 1906, el artículo 456 bis del Código de Procedimiento Penal establece que <i>nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un</i>	Actualmente, el CPP ⁵¹ señala que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni cometida a una de las medidas de seguridad establecidas en dicho Código, sino en virtud de una sentencia fundada, considerándose asimismo que la simple relación o mención de medios de prueba no constituye fundamentación

⁵¹ Véanse los artículos N^{os} 1, 36, 374 letra e), todos del Código Procesal Penal, y artículo 19 N^o 3 inciso 6^o de la Constitución Política de la República de Chile.

	<i>hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley.</i>	suficiente, debiendo así fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado.
Responsabilidad penal	En este sistema, el sospechoso por el delito es considerado el objeto de la persecución penal, pesando sobre éste una presunción de culpabilidad hasta que se demuestre su inocencia. No obstante aquello, en la actual redacción del CdPP ⁵² , consta una visión más apegada al debido proceso producto de la modificación establecida por el artículo 2° N° 2 de la Ley N° 18.857.	Debido a que este es un sistema adversarial y en pro de las garantías fundamentales del imputado, en este sistema se considera al principio de inocencia como rector del mismo, reconociéndose de dicho modo en el artículo 4° del Código en comento, que prescribe: <i>“Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”</i> .
Principio de Escrituración/ Principio de Oralidad	En el antiguo sistema inquisitivo regía la escrituración como principio rector, en virtud de lo cual las actuaciones y diligencias del procedimiento constaban por escrito, acumulándose en un sistema de actas o expedientes.	El sistema acusatorio chileno tiene como principio base la oralidad, siendo éste transversal a las diversas etapas del proceso penal, estableciéndose ya desde el comienzo de la Ley N° 19.696, el derecho a un juicio oral.

⁵² De dicha manera, actualmente el inciso 1° del artículo 42 del Código de Procedimiento Penal establece: *“A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley, fundada en un proceso previo legalmente tramitado; pero el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso”*.

<p>Secreto vs Publicidad</p>	<p>El Código de Procedimiento Penal inquisitivo tenía un régimen de actas y expedientes del proceso, las cuales eran secretas incluso para el inculpado. Sólo el juez y algunos funcionarios subalternos, tenían acceso al expediente penal del procesado.</p>	<p>En contraste, el sistema adversarial del Código Procesal Penal establece la publicidad del juicio como garantía del debido proceso, en concordancia con lo prescrito por el artículo 14.1 del PIDCP y el artículo 8.5 de la CADH. Igualmente, este principio es transversal a diversas audiencias distintas del juicio oral.</p>
------------------------------	--	---

CAPÍTULO II. AGENDA CORTA ANTIDELINCUENCIA: INTERVENCIÓN LEGISLATIVA Y EVENTUALES AFECTACIONES AL SISTEMA ACUSATORIO Y A SUS GARANTÍAS FUNDAMENTALES.

El siguiente capítulo busca sintetizar de manera breve, sin que ello signifique superficialidad, algunas de las más importantes modificaciones que tuvo el Código Procesal Penal a raíz de los cambios que trajeron consigo las leyes N^{os} 20.253 y 20.931 y que podrían constituir probables atentados no sólo contra el espíritu original y acusatorio que trajo consigo la reforma procesal penal chilena, sino también contra garantías fundamentales.

1. ACTUACIONES DE LAS POLICÍAS SIN ORDEN PREVIA.

A. Resguardo del sitio del suceso.

Entre las actuaciones que las policías pueden realizar sin orden previa, se encuentra el resguardo del sitio del suceso o escena del crimen⁵³.

En el procedimiento penal mediante la modificación que trajo consigo la Ley N^o 20.253, la letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal, amplió la facultad que tiene la policía en resguardar el sitio del suceso, quedando facultada para actuar sin orden previa del Ministerio Público.

Previo a la modificación legal por parte de la Ley N^o 20.253, dicha letra rezaba:

“Artículo 83. *Actuaciones de la policía sin orden previa. Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:*

⁵³ Este último término corresponde a la tratativa doctrinal de autores como CHAHUÁN y no encuentra respaldo en el Código Procesal Penal.

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

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

El numeral 1° del artículo 2 de la citada ley, introdujo dos nuevos párrafos a la letra c) de dicha disposición, siendo agregados como los nuevos párrafos tercero y cuarto de esta letra.

En consecuencia, con lo agregado la nueva letra c) del artículo 83 del Código Procesal Penal quedó redactada en los siguientes términos:

“Artículo 83. *Actuaciones de la policía sin orden previa. Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales:*

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

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser

utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevarán a cabo esta diligencia;

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

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

Es así, que el Fiscal Nacional (en ese entonces, don Sabás Chahuán Sarrás) haciendo uso de la facultad otorgada por el artículo 87 del Código Procesal Penal, estimó necesario impartir instrucciones generales a las policías a fin de regular la manera en que se debían realizar las funciones que venía a modificar la Ley N° 20.253.

De tal forma, se encomienda a todos los fiscales y abogados asistentes de fiscal dar cumplimiento al Instructivo N° 224/2008 de 16 de abril de 2008⁵⁴ que a su vez, busca igualmente regular y resguardar el principio consagrado constitucionalmente en el artículo 83 de la Constitución Política, consistente en la exclusividad de la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito a cargo del Ministerio Público.

En esta materia, el instructivo trata de normar e impedir el riesgo eventual de alteración del valor probatorio de la prueba encontrada en el sitio del suceso, señalando que ante la falta de personal experto (LABOCAR de Carabineros o LACRIM de Investigaciones) en determinadas localidades, el ideal es:

⁵⁴ Véase Instructivo N° 224/2008 de la Fiscalía Nacional. Disponible en [Fiscalía de Chile | Instrucciones Generales \(fiscaliadechile.cl\)](https://www.fiscalia.cl/instrucciones-generales). [Consultado el 23.10.2021].

1) Que todo funcionario policial posea los conocimientos (al menos básicos) e instrucción necesaria para recoger y guardar evidencias; y

2) Que, en defecto de personal experto, se realice por la SIP de Carabineros o por la BICRIM de Investigaciones, ya que normalmente se trata de personal policial experto⁵⁵.

En sintonía con lo anterior, pero sin ser una solución del todo efectiva, la ley N° 20.931 estableció con posterioridad una referencia expresa respecto de eventuales incumplimientos de las instrucciones impartidas por los fiscales a los policías, agregando al Código Procesal Penal el artículo 87 bis que considera falta contra el buen servicio este tipo de comportamientos.

Sin perjuicio de lo anterior, el mayor problema práctico que termina por permitir la reforma legal en comento, es la de poner en peligro la evidencia encontrada por el personal policial inexperto, por cuanto podría producir su alteración y/o destrucción, haciendo imposible realizar el análisis pericial correspondiente o que la prueba con posterioridad no tenga el sustento técnico necesario y suficiente en juicio.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 4.

B. Control de Identidad.

El control de identidad entendido como aquel procedimiento en virtud del cual se autoriza a la policía para retener⁵⁶ temporalmente a un individuo con el objetivo de verificar su identidad, es otra de las actuaciones que las policías tienen a su cargo sin necesidad de orden previa.

Dentro de las hipótesis contempladas actualmente por el Código Procesal Penal puede entenderse contenida la medida cautelar de detención, así como la retención de la persona sujeta a control de identidad⁵⁷.

Si bien se mantiene el control de identidad del artículo 85 como institución procesal dentro del Código, lo que se viene a modificar es la diferenciación de este control entre el contemplado por el Código procesal, respecto del control “preventivo” establecido por el artículo 12 de la ley 20.931⁵⁸.

⁵⁶ Autores como BOVINO (2004), señalan que la retención refiere a cualquier situación que reduzca sustancialmente la libertad personal. En tal sentido, existe discusión acerca de la afectación producida al momento de realizar el control de identidad, por cuanto esta facultad policial involucra una obstrucción y mantenimiento del afectado, sea en la vía pública o en un lugar cerrado, lo cual excede una mera retención y constituye injerencias propias de una privación de libertad.

⁵⁷ Esta distinción es importante si consideramos los efectos procesales que tiene sobre la libertad del controlado. A saber, la detención es entendida como una medida cautelar personal en virtud de la cual se produce una privación de libertad del imputado, por un tiempo breve y definido, para asegurar su comparecencia en el procedimiento penal. Asimismo, lo contemplado actualmente por el Control de Identidad es que procede la detención en dos casos: 1) Respecto de quienes se sorprenda en alguna de las hipótesis de flagrancia del artículo 130, y 2) Si la persona registra órdenes de detención pendiente. En relación al traslado de la persona controlada desde el lugar en que se encuentra hasta el recinto policial se envuelve más bien una hipótesis de *retención*, entendida ésta como aquella medida restrictiva o privativa de libertad que se verifica en el lugar en que el afectado se encuentra o en un recinto policial, únicamente con fines de identificación o para practicar una detención. Es así, que lo efectuado por funcionarios policiales al momento de practicar un control de identidad sea *in situ* o en unidades policiales, no debe ser necesariamente una detención, sino que existe una obligación diversa, únicamente tendiente a cumplir el fin preventivo, sin afectar derechos fundamentales del controlado, no procediendo en tal caso la detención de la persona, sino sólo su retención.

⁵⁸ Esta ley ha sido denominada igualmente como de agenda corta, sin embargo, se vincula mayormente a los delitos contra la propiedad y su mayor influencia para este trabajo se encuentra vinculada a lo realizado con el control de identidad, entre otras leves modificaciones a instituciones de carácter procesal penal que serán tratadas en su oportunidad.

Entre los cambios que se pueden vislumbrar se contemplan los presupuestos procesales a considerar para la procedencia del mismo, pasando desde una multiplicidad de indicios a bastar la concurrencia de un elemento indiciario único para que el control sea procedente.

Asimismo, se agrega la posibilidad de utilizar por parte de las policías cualquier medio tecnológico para poder realizar la identificación y el deber de dar por terminado dicho control en caso de imposibilidad de identificar a la persona por medio de los documentos disponibles y expedidos por la autoridad pública, dentro de plazo determinado.

En este punto es importante resaltar y tener presente lo que señala PFEFFER⁵⁹, esto es, que la norma del artículo 85 no estaba contemplada dentro del proyecto primitivo del Código Procesal Penal, siendo incorporada por una indicación del Senador Cordero – ex General Director de Carabineros – en la Comisión de Constitución del Senado.

De igual forma, no se debe olvidar que este procedimiento, ya había sido modificado en forma sustancial por la Ley N° 19.789⁶⁰, la cual amplió las facultades de la policía en la realización de este procedimiento. Cabe destacar que previo a dicha ley, el control permitía a las policías actuar únicamente frente a crímenes y simples delitos⁶¹; no había registro de vestimentas equipaje o de vehículos, sino únicamente la constatación llana de la identidad por un máximo de cuatro horas.

⁵⁹ PFEFFER (2006), p. 146.

⁶⁰ Publicada el 30 de enero de 2002 en el Diario Oficial. Disponible en: [Ley N° 19.789 - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 30.11.2021].

⁶¹ El numeral 4° letra a) agrega a las faltas en el inciso primero del artículo 85 del Código Procesal Penal, lo que hace excesiva la detención en estos casos si consideramos que este tipo de ilícitos vinculados en ocasiones a delitos menores o de bagatela tienen como pena asociada, por regla general, una multa y que, de conformidad al artículo 398 del citado Código, puede incluso suspenderse la pena y sus efectos por un plazo de seis meses en el caso de concurrir antecedentes favorables que no hicieran aconsejable la imposición de dicha pena al imputado. En mérito de lo expuesto, no cabe sino concluir que existe una vulneración al principio de proporcionalidad por parte del actual control de identidad.

Dicha reforma caló hondo en sectores de la doctrina⁶², siendo criticada, porque extiende las hipótesis de detención a supuestos en que la propia ley penal no prevé una pena privativa de libertad como sanción para la infracción, por lo que dicha medida cautelar aparece totalmente desproporcionada para esos casos.

Continuando con lo previamente expuesto, la modificación del artículo 85 por la Ley N° 20.253, otorgó a las policías la facultad de estimar si existen indicios o no para iniciar el control de identidad, ampliando los indicios o casos fundados en que puede realizarse dicho procedimiento; determinándose que la policía puede examinar la vestimenta, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla sin necesidad de nuevos indicios (siendo suficientes los que la llevaron a iniciar este control); estableciéndose la obligación de las policías de cotejar la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle a la persona cuya identidad se controla, tanto en el lugar de la identificación en que la persona se encontrare o en la unidad policial más cercana en la cual se procure la identificación; y ampliando la duración del procedimiento de identificación de seis a ocho horas.

Conforme a lo expuesto, previo a la modificación del Código Procesal Penal por la Ley N° 20.253, el artículo 85 de este cuerpo legal señalaba:

“Artículo 85. *Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte.*

El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

⁶² HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 597 Y SS.

Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal”.

El numeral 2° del artículo 2 de la Ley N° 20.253 sustituyó los dos nuevos primeros incisos de esta norma y realizó cambios en los incisos tercero y cuarto. En consecuencia, actualmente el artículo 85 del Código Procesal Penal quedó redactado en los siguientes términos:

“Artículo 85. *Control de identidad. Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; de que se dispusiere a cometerlo; de que pudiere 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. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.*

Durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado, previo cotejo de la existencia de órdenes de

detención que pudieren afectarle. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a ocho horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identidad de una persona en conformidad a los incisos precedentes, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal”.

Debido a lo previamente expuesto, debido a la modificación en el criterio de los indicios que hacen procedente la verificación de identidad y a la forma de restricción de la libertad que se produce en el control de identidad, esta institución ha sido comparada con la histórica detención por sospecha⁶³.

⁶³ La ya derogada detención por sospecha, contemplada en el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, permitía a las policías detener a una persona simplemente por su apariencia o por los “malos designios” que le infundían al Policía. De ahí nace la crítica a la nueva institución consagrada en el Código Procesal Penal, debido a la falta de objetividad que se produce en la práctica por parte de las policías al efectuar dicho control de identidad.

Parte de la doctrina⁶⁴ señala que este procedimiento policial puede llegar a constituir una verdadera detención, basando dicho argumento en la hipótesis establecida en el inciso tercero del artículo 85 del Código Procesal Penal, donde existe una perturbación efectiva a la libertad ambulatoria, siendo esta herramienta policial sumamente invasiva en los derechos fundamentales de las personas.

C. De la situación y detención en caso de Flagrancia.

Sabemos que el Código Procesal Penal⁶⁵ establece la regla general de que ninguna persona podrá ser detenida sino en virtud de orden expedida por funcionario público expresamente facultado por ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal, sin embargo, la excepción viene constituida por la detención de la persona en caso de ser sorprendida en delito flagrante, procediendo ésta para el sólo efecto de ser conducido ante la autoridad correspondiente.

Debe tenerse en consideración que la detención por flagrancia constituye así una excepción a la exigencia de la detención mediante orden previa, la cual encuentra respaldo a nivel constitucional en el numeral 7°, letra c) del artículo 19 de la Carta Fundamental⁶⁶.

Dicho lo anterior, para que se pueda llevar a cabo la detención particular o policial en caso de concurrir alguna hipótesis de flagrancia, es vital conocer lo que nuestro Código Procesal Penal entiende por situación de flagrancia y sus supuestos de aplicación, toda vez que ante la falta de aquellos requisitos que hacen procedente la detención, ésta podrá ser declarada como ilegal por parte del Juez de Garantía en la

⁶⁴ CERDA SAN MARTÍN Y HERMOSILLA HIRIARTE (2004), p. 81.

⁶⁵ Artículo 125 del Código Procesal Penal.

⁶⁶ La Constitución Política de la República prescribe en tal sentido que *“Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el sólo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”* (...). Véase Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: [Decreto N° 100 - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 12-12-2021].

primera audiencia judicial del detenido, conocida como Audiencia de Control de Detención a que se refiere el artículo 132.

Los supuestos o situaciones de flagrancia, se encuentran establecidas en el artículo 130 del Código Procesal Penal, los que previo a la modificación de la Ley N° 20.253, se encontraban prescritos al siguiente tenor:

“Artículo 130. Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

- a) *El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;*
- b) *El que acabare de cometerlo;*
- c) *El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*
- d) *El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y*
- e) *El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato”.*

El numeral 3° de la Ley N° 20.253 agregó un nuevo inciso final a esta norma, buscando esclarecer lo ya referido por las letras d) y e) del artículo 130, al definir qué se entiende por “tiempo inmediato”:

“Artículo 130. Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

En tal sentido, previo a esta modificación se entendía por el Ejecutivo que existía una indeterminación que llevaba a interpretaciones diversas en cuanto a la extensión, por lo que, si el Juez de Garantía consideraba dicho tiempo como excesivo, terminaría declarando la ilegalidad de la detención⁶⁷.

Sin embargo, esta modificación viene en atacar y mermar directamente lo que supone la flagrancia como tal, por cuanto en la flagrancia se encuentran envueltos dos grandes requisitos para su procedencia:

1) Ella debe ser coetánea, lo que significa que existe un determinado marco de inmediatez entre la comisión del delito y la detención del delincuente, y

2) Debe ser ostensible, en el sentido que deben existir determinados indicios tendientes a percibir en forma directa que es el detenido el autor del delito.

Es de dicha manera que se cuestionó la indicación del Ejecutivo, toda vez que se instaba a mantener estos requisitos para no alterar el carácter excepcional de la detención en caso de flagrancia⁶⁸ no obstante, lo anterior, dicha modificación se encuentra vigente igualmente hasta el día de hoy, lo que podría constituir una eventual vulneración de derechos y garantías e incluso, a las bases del sistema, lo que se analizará en su oportunidad.

⁶⁷ Historia de la ley N° 20.253, p. 6-7 Disponible en: [Historia de la Ley N° 20.253 - \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 15.12.2021].

⁶⁸ Historia de la Ley N° 20.253, p. 214. Disponible en [Historia de la Ley N° 20.253 - \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 15.12.2021].

2. COMPARECENCIA JUDICIAL O AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN.

A. Generalidades.

La denominación de “Audiencia de Control de Detención” no emana directamente de lo prescrito en el artículo 132 ni de lo regulado por el legislador al momento de crear el Código Procesal Penal, ni tampoco define explícitamente que en la primera audiencia del detenido el Juez de Garantía pudiese tratar dicha materia⁶⁹.

No obstante aquello, sabemos que es de la esencia del sistema procesal penal reformado el hecho de que el Juez de Garantía tenga entre sus atribuciones la de revisar la situación de legalidad del detenido, a objeto de proteger los derechos del imputado⁷⁰ y de los demás intervinientes, en su caso.

Sobre esos términos y en virtud de dichas facultades, los jueces de garantía hacen un examen de la legalidad de la detención en la primera audiencia judicial del detenido como primera cuestión, sea que ésta se haya practicado en virtud de orden judicial o en el caso de haberse incurrido en delito flagrante.

En lo que respecta a esta audiencia, lo relevante para efectos de esta investigación viene dado por la apelación de la resolución dictada por el Juez de Garantía, que declara ilegal la detención del imputado sujeto a control.

⁶⁹ PIEDRABUENA (2008), p. 120.

⁷⁰ Lo anterior se desprende del artículo 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales. Disponible en: [Código Orgánico de Tribunales - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](http://www.bcn.cl). [Consultado el 19.12.2021].

B. Apelación de la Resolución que Declara Ilegal la Detención.

Previo a la modificación planteada por la Ley N° 20.253, no procedía la apelación en contra de la resolución que declara ilegal la detención del imputado llevado a control de detención. Lo anterior, sin perjuicio de intentos previos⁷¹ en los cuales se intentó llevar a cabo tal posibilidad, sin embargo, no fue posible.

Con la introducción en el sistema de la referida ley, se permitió la apelación de la ilegalidad de la detención, pero sólo en delitos específicos, a través de la inserción del artículo 132 bis del Código Procesal Penal, que prescribía lo siguiente:

“Artículo 132 bis. Apelación de la resolución que declara ilegal la ilegalidad de la detención. 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”.

Primeramente, he de subrayar que según se aprecia en el Mensaje de la Ley, el Ejecutivo tuvo la intención de hacer una distinción entre aquellos hechos constitutivos de delito que fueran graves y aquellos que no lo son, entendiéndose por tales los signados finalmente en el artículo 132 bis.

Por otro lado, cabe destacar que originalmente el proyecto de ley proponía que no se pondría en libertad al detenido mientras la resolución que declarase la ilegalidad no se encontrase firme y ejecutoriada, por tanto, dicha apelación estaba propuesta para concederse en ambos efectos⁷².

⁷¹ Existieron indicaciones en el Senado para otorgar la facultad de recurrir en contra de dicha resolución, sin embargo no prosperaron y no fue posible sino hasta la dictación de la primera ley de agenda corta. Véase PFEFFER (2002), p. 223.

⁷² Historia de la Ley N° 20.253, p. 11. Disponible en [Historia de la Ley N° 20.253 - \(bcn.cl\)](http://www.bcn.cl/historia-de-la-ley-20-253). [Consultado el 15.12.2021].

Sin embargo, en Comisión Mixta se determinó que el recurso de apelación contra dicha resolución procedería en el sólo efecto devolutivo y respecto de los delitos anteriormente prescritos, a saber: secuestro (art. 141), sustracción de menores (art. 142), violación propia (art. 361), violación impropia (art. 362), violación calificada (art. 365 bis), parricidio (art. 390), homicidio (art. 391), robo con violencia o intimidación calificado (art. 433), robo con violencia o intimidación simple y robo por sorpresa (art. 436), robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación (art. 440), todos del Código Penal; y aquellos tipificados a su vez en la Ley N° 20.000 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, que tuvieran asignada una pena de crimen.

No obviando lo antes dicho, aquella ley no fue la única en intervenir el citado artículo 132 bis, por cuanto la Ley N° 20.931 (denominada popularmente como “Agenda Corta 2”), derechamente sustituyó la norma, dejándola del siguiente tenor:

“Artículo 132 bis. *Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N°17.798 y N°20.000 que tengan penas de crimen o simple delito, y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal en el solo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable”.*

Lo que se realizó en esta ocasión fue agregar nuevos delitos respecto de los cuales el Ministerio Público podría apelar en caso de declararse la ilegalidad de la detención.

De aquella modificación se desprende que fueron agregados:

- 1) Todos los delitos de la Ley N° 17.798 sobre Control de Armas;
- 2) Todos los delitos de la Ley N° 20.000 sobre Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tuvieran aparejada pena de simple delito⁷³, y
- 3) Los delitos de castración, mutilación y lesiones contra funcionarios policiales y gendarmes en el ejercicio de sus funciones.

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, pienso que no debe pasarse por alto que aquella no es la redacción final vigente en la actualidad, debido a que por causa de la publicación de la denominada “Ley Gabriela” N° 21.212, publicada en el Diario Oficial el 4 de marzo de 2020, se intercaló al artículo 132 bis, la locución “390 bis, 390 ter”, referentes a los nuevos tipos penales de femicidio, en un intento de hacerse cargo el legislador de los atentados específicos en razón de género y expresión de género.

En razón de aquello, la norma vigente es la siguiente:

“Artículo 132 bis. Apelación de la resolución que declara la ilegalidad de la detención. Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 390 bis, 390 ter, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N°17.798 y N°20.000 que tengan penas de crimen o simple delito, y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, la resolución que declare la ilegalidad de la detención será apelable por el fiscal o el abogado asistente del fiscal en el solo efecto devolutivo. En los demás casos no será apelable”.

Finalmente cabe hacer hincapié en la última parte de la norma en comento, con relación al legitimado activo que puede interponer el recurso contra la resolución que declara ilegal la detención por los delitos allí narrados.

⁷³ En contraste con la prescripción anterior, que sólo la hacía procedente de aquellos ilícitos calificados con pena de crimen.

Lo anterior, porque si bien sabemos que tal como se desprende de la lectura del recién mencionado artículo, la facultad de recurrir de apelación en contra de la resolución que declara ilegal la detención del imputado, según el Código, sólo será procedente para el fiscal o el abogado asistente del fiscal. No obstante lo anterior, no debe olvidarse lo señalado por el Tribunal Constitucional con fecha 29 de enero de 2008⁷⁴, del siguiente tenor:

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

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

A partir de lo reflexionado por el Tribunal Constitucional (y que va en total sintonía con las garantías mínimas establecidas por la Carta Magna), queda de manifiesto que aun cuando el legislador establece que este recurso sólo es procedente cuando lo interpone el fiscal o el abogado asistente del mismo, no debe obviarse lo adversarial del sistema, la igualdad de armas en el proceso, así como el respeto al derecho a defensa jurídica; deduciéndose en definitiva, que los demás intervinientes también pueden ejercer este derecho a recurrir.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 1001-07. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=729>. [Consultado el 23.12.2021].

En suma, es posible señalar que se aprecian eventuales perjuicios prácticos, producto de la inclusión de este artículo en el Código Procesal Penal, lo que será analizado crítica y objetivamente en el capítulo siguiente, a fin de corroborar las implicancias de la vigencia del artículo 132 bis.

3. DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

A. Noción y Generalidades acerca de la Prisión Preventiva.

La prisión preventiva encuentra su regulación en el artículo 140 del Código Procesal Penal y es entendida como aquella medida cautelar personal que consiste en la privación temporal de la libertad ambulatoria del imputado, que procederá “*cuando las demás medidas cautelares personales fueran estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad*”, de conformidad a lo prescrito por el artículo 139.

Se trata entonces de la medida cautelar más gravosa contemplada por el ordenamiento jurídico penal, por cuanto se trata de una privación de libertad absoluta que, si bien tiene objetivos determinados, no dista mayormente de un presidio efectivo.

Esta medida tiene una naturaleza de índole excepcional en su dictación, reconociéndose en tal sentido por medio de diversas disposiciones legales, tanto nacionales como internacionales. Al respecto, se puede mencionar al artículo 4 del Código de marras y al numeral 3° del artículo 19 de nuestra Constitución Política, que establecen la presunción de inocencia como un límite a la privación de libertad, entendiéndose esta medida como la *última ratio* como lo señala el artículo 139 del CPP, teniendo la misma consonancia con la premisa establecida por el artículo 9 N° 3 del PIDCP.

Por tanto, la excepcionalidad de su procedencia viene justificada debido a que jamás debe ser utilizada como pena anticipada, sino que únicamente con un fin cautelar respaldado sobre la base de los principios de presunción de inocencia, de prohibición de excesos y de proporcionalidad⁷⁵.

En lo que a esta medida corresponde, es dable señalar que la reforma más importante a la regulación de la prisión preventiva viene dada por las leyes N° 20.074, Ley N° 20.053 y Ley N° 20.931, (estas últimas dos, conocidas como Agenda Corta Anti-delincuencia), las cuales vinieron a ampliar los supuestos de procedencia de la prisión preventiva, reduciendo asimismo los casos en que ésta no concurre.

Previo a las modificaciones realizadas por las leyes de agenda corta, el artículo 140 era del siguiente tenor:

“Artículo 140. *Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del ministerio público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:*

a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos,

⁷⁵ HORVITZ y LÓPEZ (2002), p. 390.

peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que trataren, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”.

La Ley N° 20.253, reemplazó esta norma por una diversa, quedando hasta aquel momento, de la siguiente manera:

“Artículo 140. *Requisitos para ordenar la prisión preventiva. Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado siempre que el solicitante acredite que se cumplen los siguientes requisitos:*

a) Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;

b) Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y

c) Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro

de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes.

Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”.

Ahora bien, la redacción actual vino a ser modificada a fin de enmendar el inciso 4° y crear un nuevo inciso final para el artículo 140, que en su parte pertinente quedó redactada actualmente de la siguiente manera:

“Artículo 140. Requisitos para ordenar la prisión preventiva.

(...) Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal como orden de detención judicial pendiente u otras, en libertad condicional o cumpliendo alguna de las penas sustitutivas a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la ley..

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

Para efectos del inciso cuarto, sólo se considerarán aquellas órdenes de detención pendientes que se hayan emitido para concurrir ante un tribunal, en calidad de imputado”.

En lo que refiere a la nueva inserción al inciso 4°, se agrega a la orden de detención pendiente dentro del supuesto de peligro para la seguridad de la sociedad que haría procedente la prisión preventiva, concurriendo los demás requisitos legales.

En el mismo sentido, el inciso final incorporado parece no tener mayor sentido, por cuanto se cae en la reiteración o redundancia, debido a que en principio siempre es al imputado a quien se le despacha la orden de detención en su contra.

Para los demás intervinientes, es posible apereibirlos de conformidad al artículo 33 del Código Procesal Penal, pero mediante arresto y multa, como lo prescribe el inciso 3° de la norma referida.

B. Facultad de recurrir de la resolución que decreta la prisión preventiva.

El artículo 149 regula la posibilidad de recurrir en contra de la resolución que ordene, mantenga, niegue lugar o revoque la prisión preventiva y se establece que su apelación procederá únicamente cuando ésta haya sido dictada en audiencia.

Igualmente, refiere a aquellos delitos por los cuales el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada dicha resolución por parte de la Corte de Apelaciones respectiva.

Su redacción actual, es del siguiente sentido:

“Artículo 149. *Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva. La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la medida de prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155. En los demás casos no será susceptible de recurso alguno.*

Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 390 bis, 390 ter, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, en las leyes N° 17.798 y N° 20.000 y de los delitos de castración, mutilaciones y lesiones contra miembros de Carabineros, de la Policía de Investigaciones y de Gendarmería de Chile, en el ejercicio de sus funciones, el imputado que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva no podrá ser puesto en libertad mientras no se encontrare ejecutoriada la resolución que negare, sustituyere o revocare la prisión preventiva. El recurso de apelación contra esa resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al Tribunal de Alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil.

Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados.

En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiscal o del querellante”.

A fin de evitar reiteraciones, cabe remitirse a lo expuesto anteriormente con el artículo 132, debido a que se amplía el catálogo de delitos a los mismos ya expuestos de forma previa, siendo ésta una norma, de algún modo, análoga.

En el mismo sentido, lo implementado por la denominada Ley “Gabriela”⁷⁶ N° 21.212, respecto de lo preceptuado en los artículos 390 bis y 390 ter. En mérito de ello, es que este apartado no reviste mayor análisis.

⁷⁶ Desde el mes de marzo de 2020 se encuentra rigiendo la Ley N° 21.212, conocida como “Ley Gabriela”, destinada a sancionar la violencia contra las mujeres, mediante tipos penales específicos que amplían el concepto de femicidio a los casos en que ocurre fuera de una relación afectiva – femicidio por causa de género – y el femicidio íntimo que incorpora la relación de pareja con el autor del delito habiendo existido o no convivencia. Asimismo, incorpora la figura de la violación con femicidio. Resulta importante destacar, que la ley antes citada lleva el nombre de Gabriela, debido al crimen que se cometió respecto de la joven de iniciales G.A.D. (Q.E.P.D.).

CAPÍTULO III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS MODIFICACIONES AL CÓDIGO PROCESAL PENAL.

El objeto de esta investigación es determinar si mediante las diversas reformas legales planteadas (y respecto de las instituciones expuestas), se ha afectado de alguna manera o no, parte de las bases o la esencia del sistema acusatorio implementado por la reforma procesal penal o si se han visto mermadas garantías de los intervinientes y, en especial de los imputados, en el proceso penal chileno.

Para cumplir con lo anterior y en concordancia con el capítulo precedente, es que se expondrá un análisis global en el presente acápite, tratando de forma sistémica las instituciones que a parecer particular (sin ser necesariamente las únicas), son aquellas donde mayormente se podría apreciar algún tipo de transgresión.

De dicha manera, el presente capítulo se centrará en los siguientes tópicos procesales referidos:

- 1) Las Actuaciones Policiales sin Orden Previa
- 2) La Audiencia de Control de Detención, y
- 3) La Prisión Preventiva

A partir del análisis en particular, es que será posible realizar la crítica tendiente a determinar de forma coherente si se cumple o no con la hipótesis de eventuales afectaciones al sistema acusatorio y a garantías fundamentales.

1. ACTUACIONES POLICIALES SIN ORDEN PREVIA: DISCRECIONALIDAD VS LEGALIDAD.

A. Resguardo del sitio del suceso.

Si analizamos el contenido y el Mensaje de las Leyes N° 20.253 y 20.931, se deslinda que una de sus principales preocupaciones fue la de aumentar las facultades autónomas de las policías, en virtud de las sensaciones de miedo e inseguridad en la población que aducía el Ejecutivo, para fundamentar estas reformas.

Precisamente y en virtud de las prerrogativas que actualmente poseen las policías, se les ha permitido paulatinamente prescindir, a lo menos parcialmente, de aquellos controles que tanto el Ministerio Público, como el Juez de turno puedan ejercer sobre aquellas.

El principal cuestionamiento observado es la probable falta de objetividad y/o criterio al momento de ejercer sus facultades, debido a que se les permite actuar en diversas materias sin controles previos, sino sólo *ex post*, pudiendo afectar la persecución de un hecho constitutivo de delito y, por consiguiente, el resultado de un eventual juicio.

Por ejemplo, resulta a lo menos curioso que el Ministerio Público, órgano encargado de dirigir en forma exclusiva la investigación, tenga que confiar y encomendar a policías inexpertos para que se encarguen de recoger y custodiar la prueba que eventualmente se aportará y recaerá en juicio. ¿Será fiable la prueba recogida? Con relación a su quehacer, ¿Existe un respeto irrestricto al principio de objetividad por parte de los funcionarios policiales?⁷⁷

⁷⁷ Véase a modo ejemplar e ilustrativo, la declaración del entonces Presidente de la Excma. Corte Suprema, Haroldo Brito, por lo acaecido en el Caso de Camilo Catrillanca. Disponible en: [Brito por casos de manipulación de evidencia que implican a Carabineros: "Lo que ha ocurrido es gravísimo" | Emol.com](#) [Consultado el 31.12.2021].

Resulta que las policías son hasta la fecha auxiliares de la administración de justicia, dirigidos por el Ministerio Público en toda labor que se les encargue, sin embargo, debe entenderse que únicamente los fiscales y aquellas policías realmente capacitadas son aquellas que tienen el conocimiento técnico para enfrentar situaciones problemáticas.

El artículo 3° del Código Procesal Penal señala que la dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delito, van enfocados tanto de los hechos que *“determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado (...)”*. ¿Es capaz un policía inexperto de realizar tal diferenciación?

En la misma línea, la facultad de las policías de resguardar el sitio del suceso debe ser efectuada *s i e m p r e*, con lo que se buscaba mejorar el trabajo de las policías, según se desprende de la historia de la ley, ¿Pero es posible resguardar sin más, un lugar donde existan señales o evidencias de la comisión de un delito? ¿Existe algún límite en la intromisión de una propiedad y de los derechos de un tercero ajeno, en caso de ejercerse esta facultad por las policías?

Creo que uno de los cuestionamientos que apareja esta facultad policial autónoma de resguardo del sitio del suceso, es su poca coherencia y cohesión, pudiendo interpretarse de forma diversa, según sea el destinatario de la norma.

Ahora bien, la eventual solución podría encontrarse a través de una interpretación sistemática, a fin de unificar los criterios a emplear, con lo ya expuesto por el Código en determinadas situaciones particulares, como lo ya regulado por parte de los artículos 129, 206 y 215 del Código Procesal Penal.

B. Control de Identidad.

Por otro lado, pero dentro de las actuaciones sin orden previa, la institución del Control de Identidad ha sido fuertemente intervenida desde su inclusión en el proyecto de Código Procesal Penal⁷⁸, hasta la fecha.

En lo que concierne a la modificación efectuada al Código Procesal Penal por las leyes de agenda corta (N^{os} 1 y 2) es importante señalar que el proyecto original planteaba justamente efectuar modificaciones sin alterar los principios fundamentales de la reforma procesal penal, teniendo como fin último el de colaborar a la labor del Ministerio Público y de las policías, así como de asegurar la seguridad de la sociedad.

Ahora bien, no obstante haberse creado esta institución con el objeto de reemplazar su más directo antecedente, esto es, la detención por sospecha⁷⁹, justamente las mayores críticas dicen relación con haberse incurrido nuevamente en errores y/o abusos por parte de las policías en el uso del control de identidad, aun cuando la nueva figura establece criterios tendientes a promover el respeto a los derechos individuales de la persona controlada.

En suma, lo que se realizó fue otorgar mayor autonomía a los funcionarios policiales al momento de apreciar y decidir sobre la existencia o no de indicios que hicieran procedente el control de identidad.

⁷⁸ Originalmente, el proyecto no contenía la modificación realizada al Código de Procedimiento Penal, sino que esta norma se integra producto de las discusiones de la Comisión de Constitución por la indicación N° 140 del Senador Cordero, creándose al efecto dos artículos: uno que consagra la figura del control de identidad, y el segundo que establece los derechos de las personas sujetas a dicho control. Véanse los actuales artículos 85 y 86 del Código Procesal Penal.

⁷⁹ La detención por sospecha era una figura legal tipificada en el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal, por la que se autorizaba a los agentes policiales a detener, por ejemplo: “3° Al que anduviere con disfraz o de otra manera que dificulte o disimule su verdadera identidad y rehusare darle a conocer, y 4° Al que se encontrare a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios, si las explicaciones que diere de su conducta no desvanecieren las sospechas”. En otras palabras, bastaba ser objeto de sospecha por parte del funcionario policial para ser detenido sin otra consideración.

En ese sentido, es menester decir que previo a la reforma en comento, los agentes aplicaban el control únicamente en casos fundados, cuando hubiera posesión de determinados elementos objetivos que habilitasen a la policía para proceder con la verificación de identidad.

La modificación viene a cambiar el criterio, otorgando a las policías la facultad de hacer el control cuando “según las circunstancias, estimaren que existan indicios”. Lo anterior denota una eventual falta de objetividad en el quehacer policial, toda vez que queda a criterio personal de éstos la pertinencia o no de estos indicios, asemejándose de esta forma a la pretérita institución reformada.

No obstante, ello podría subsanarse mediante las facultades del juez de garantía al momento de revisar la legalidad de dicha eventual detención, en la primera audiencia a que comparezca el imputado.

Otra polémica aconteció al momento de integrarse como causal de control de identidad, “*en el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad*”⁸⁰.

Esta circunstancia es del todo atentatoria de los derechos de la persona retenida sujeta a control, porque en tanto actuación autónoma dependerá de la discrecionalidad policial si se somete al procedimiento, por ejemplo, a una persona encapuchada que lo está por frío, maquillada por arte, trabajo o diversión o, trayéndolo a la actualidad, por utilizar mascarilla en contexto de pandemia.

Esta causal siquiera se encuadra dentro de un actuar determinado, en tanto poder haberse visto involucrado con algún eventual crimen, simple delito o falta, sino que caería en el criterio controlable de la policía sin indicios ni fundamento plausible alguno, lo que a parecer particular constituiría a todas luces, arbitrariedad.

⁸⁰ Artículo 85 del Código Procesal Penal.

Asimismo, la institución procesal en comento también fue modificada con posterioridad a propósito de la Ley N° 20.931 que, si bien no introduce cambios de fondo en el artículo 85 y mantiene los criterios ya establecidos por el legislador, sí modifica levemente la redacción del mismo, alterando leve, pero sustancialmente la manera de aplicarse el control de identidad.

A saber, se reformula la expresión “existencia de indicios” por “*existencia de algún indicio*”, con lo que se disminuyen los parámetros para efectuar el control de identidad. Además, agrega un presupuesto que permite llevar a cabo el procedimiento cuando “*los funcionarios tienen algún antecedente que permite inferir que una determinada persona tiene una orden de detención pendiente*”⁸¹.

Al respecto, es posible sostener con toda certeza que tal presupuesto no contiene parámetro objetivo alguno, por cuanto si bien la norma refiere a un *antecedente*, no se explica por el legislador ni tampoco pudiera comprenderse cuál o qué tipo de antecedente podría tener un policía para controlar la identidad de una persona por dicha causa; en consecuencia, queda a total arbitrariedad y sospecha del funcionario policial, asemejándose una vez más al antiguo control derogado.

Tan cuestionable es el criterio autónomo de las policías, que el indicio termina por ser una construcción personal del funcionario a cargo del control. Sólo a modo ejemplar, recientemente se determinó por la Excm. Corte Suprema que el olor a marihuana no constituye indicio suficiente para realizar el control de identidad, ello justamente a raíz de haberse procedido a emplear dicha facultad, únicamente por la percepción olfativa del funcionario.

La Corte, determinó que “*el elemento indiciario empleado por los funcionarios policiales en el caso de marras se condice con una afirmación del todo subjetiva, no verificable y, por lo mismo, al margen de los rigurosos extremos de la norma ya citada (refiere al artículo 85 del CPP), por cuanto una actuación autónoma e intrusiva como el control de identidad debe, necesariamente y dado*

⁸¹ Inciso 2° del artículo 85 del Código Procesal Penal.

que afecta garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, basarse en un indicio de carácter objetivo y por ello susceptible de ser objeto de revisión judicial”⁸².

Desde su creación y a lo largo de los años, el control de identidad no ha estado exento de críticas y no ha sido considerado como una facultad suficiente para que la policía cumpla su rol preventivo, siendo dicho motivo el principal para los diversos cambios que ha sufrido a la fecha y que, lamentablemente, han mermado la libertad de circulación de los ciudadanos a través de la superposición de la seguridad, sin importar la imposición de mayores cargas civiles que finalmente afectan únicamente a un sector de la población que inclusive estadísticamente hablando, es el más afectado por este tipo de procedimientos.

Si bien se conoce y se desprende que la intención legislativa es la prevención del delito, debe comprenderse que el fenómeno delictual mismo tiene que abarcarse mediante transformaciones en todo el sistema jurídico procesal penal, e inclusive fuera de éste, debido a que los paquetes político-criminales del gobierno de turno no conseguirán un resultado positivo ni siquiera a título de prevención general ni aun consistencia y congruencia en el sistema penal.

Sin perjuicio de intentar promover esta facultad, como actuaciones en pro de la seguridad que se debiesen desmarcar de una medida cautelar como la detención⁸³, puede concluirse que las modificaciones traídas a la reforma procesal penal por parte de las referidas leyes, no hacen sino aumentar las apreciaciones subjetivas y particulares de los funcionarios policiales, apartándose de criterios objetivos y

⁸² Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia, Rol N° 25336-2021, p. 8. Disponible en: [Sentencia Excm. Corte Suprema de Justicia \(online\)](#). [Consultado el 18.12.2021].

Consúltese en el mismo sentido, sentencias de la Excm. Corte Suprema Rol N° 21413-2014 de 22 de septiembre de 2014; Rol N° 15148-2018 de 11 de septiembre de 2018; Rol N° 2222-2019 de 28 de febrero de 2019, y Rol N° 30159-2020 de 27 de mayo de 2020.

⁸³ Siguiendo el sentido señalado por el artículo 85 en referencia que al momento del control no se puede privar de libertad a la persona ni tampoco ingresarlo a calabozos, impidiendo el contacto con los detenidos a objeto de proteger la presunción de inocencia.

respetuosos de las garantías básicas del procedimiento penal y eventualmente vulnerando (al menos en la práctica) las bases del sistema acusatorio.

Lo anterior debido a que, este tipo de procedimiento se ha utilizado dentro del marco de una política criminal clasista, donde son aquellos grupos marginados de la sociedad, los que mayormente se ven afectados por los controles de identidad⁸⁴ y, ¿por qué? únicamente por sospecha subjetiva de los funcionarios policiales.

C. De la Flagrancia.

Finalmente, dentro de las últimas grandes facultades policiales sin necesidad de orden previa, encontramos a la institución procesal de la flagrancia.

En primer lugar es necesario comentar la facultad entregada por la Ley N° 20.931 a las policías para registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados al delito flagrante que hayan sido encontrados en lugares de acceso cerrado, durante la persecución policial, según se establece en el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal.

Del análisis de la norma citada, en caso de desarrollarse una persecución policial por delito flagrante, en principio se entiende que el policía a cargo del procedimiento no necesitaría una orden judicial previa para incautar objetos y/o documentos vinculados al caso que dio origen a la persecución, pero sí los necesitaría para objetos no vinculados con el hecho flagrante, si seguimos y tenemos presente el principio general del artículo 9 del Código del ramo⁸⁵.

⁸⁴ Según cifras consignadas en el estudio “Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile”, realizado por DUCE Y LILLO se aprecian efectivamente situaciones de discriminación producto de esta facultad policial, y sugiriéndose la existencia de uso discriminatorio de los controles de identidad en perjuicio de extranjeros, mujeres y personas de menores ingresos. Disponible en: [online]: [Vista de Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile \(uchile.cl\)](#), PP. 196-200. [Consultado el 01.01.2022].

⁸⁵ El principio rector contemplado por ley es que toda actuación del procedimiento que prive al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos asegurados por la Constitución, lo restrinja o perturbe, requerirá de autorización judicial previa, debiendo el fiscal solicitar autorización previa al juez de garantía, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos para el imputado.

Sin embargo, dicha distinción no se condice con la historia de la norma⁸⁶, debido a que sus propulsores planteaban la idea de que las policías pudieran incautar de forma autónoma tanto elementos vinculados como no vinculados al hecho que motiva el caso, sin necesidad de requerir autorización judicial.

Es por ello que se sugirió y se decidió finalmente armonizar dicho inciso, con el artículo 215 del CPP que a su vez tenía una propuesta de modificación, la que proponía reemplazar la frase *“podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal”* por *“podrán proceder a su incautación debiendo dar aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará”* siendo esta última redacción la mantenida en la actualidad.

De esta manera y tal como prescribe el inciso final del artículo 129, la incautación de objetos y documentos vinculados al caso en particular, procederá sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215, que establece la hipótesis de aquellos objetos o documentos no vinculados al hecho que funda la persecución policial.

Dicho lo anterior, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿Existe una eventual vulneración de derechos del imputado o de terceros producto de esta modificación?

Para dar respuesta a la interrogante planteada, es importante resaltar un derecho consagrado a nivel Constitucional como lo es la inviolabilidad del hogar, la privacidad y el derecho de propiedad del tercero ajeno al procedimiento, en su caso.

Si bien dichas garantías intentan ser respetadas (al menos por el espíritu del legislador), en la práctica queda de manifiesto que esta norma es sumamente grave para aquellas personas que no se encuentran vinculadas con el ilícito en particular, si consideramos que las policías quedan facultadas para ingresar a lugares de acceso cerrado, pudiendo registrar e incautar objetos y documentos de la propiedad de cualquier persona si es que el funcionario policial estima que algún elemento, eventualmente del tercero involucrado, se encuentra vinculado al hecho ilícito. A

⁸⁶ Historia de la Ley N° 20.931, p. 504. Disponible en [Historia de la Ley N° 20.931 - \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 15.12.2021].

parecer personal, esta prerrogativa autónoma afecta significativamente garantías básicas.

Otra crítica que se le puede hacer a dicha facultad es que la única instancia de control es el aviso inmediato que debe dar al fiscal de la incautación realizada. Este sería un control de corte administrativo, dándole aviso al Ministerio Público y no al juez, no existiendo por tanto una orden judicial previa.

Cabe entonces subrayar que sigue siendo un mero aviso y no una autorización, lo que refleja que es un control a posteriori, de modo que, si el fiscal llegase a tener alguna observación y/o reparo, la vulneración ya habría sido cometida.

En idéntico sentido, la norma tampoco especifica a qué se refiere con “*aviso inmediato*”, existiendo así un límite temporal difuso al momento en que se debe realizar este control. Surge así la duda de porqué el legislador no previó dicha situación ambigua, si ante la problemática del “*tiempo inmediato*” en la flagrancia, actuó con basta premura.

En mérito de aquello, es que a futuro la constitucionalidad en la aplicación del precepto puede perfectamente llegar a ponerse en tela de juicio.

No obstante, en su oportunidad la mayoría de los Ministros del Tribunal Constitucional, no se pronunciaron sobre la constitucionalidad de la norma, al no tratarse de una Ley Orgánica Constitucional, sino de ley simple. Sin perjuicio de ello, sí se emitieron votos de minoría considerando la norma inconstitucional, señalando:

“Que, la nueva facultad que se le concede a la policía de registrar el lugar e incautar los objetos y documentos en situaciones de persecución de un sujeto sorprendido en delito flagrante, debe ser ejercida previa autorización del juez de garantía competente, a fin de que se respeten las garantías constitucionales referidas al derecho a la intimidad y al respecto a la inviolabilidad del hogar y a toda

forma de comunicación privada, que asegura a toda persona el artículo 19º, N°s 4 y 5 de la Constitución Política”⁸⁷.

De todo lo anteriormente expuesto, queda de manifiesto que existen vulneraciones prácticas constantes en las garantías fundamentales reconocidas no sólo a los imputados, sino incluso a terceros ajenos al procedimiento. En igual sentido, se encuentra arbitrariedad, vulneración a principios del sistema acusatorio y atentados contra el debido proceso.

Quizá en opiniones diversas podría creerse que, no reviste sustancialidad necesaria para ser objeto de crítica, sin embargo y a sentir personal, no debe permitirse la cercenación de derechos fundamentales únicamente para satisfacer el afán punitivista del gobierno de turno.

2. AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN: ¿DESIGUALDAD PROCESAL?

A partir lo expuesto en el apartado correspondiente del capítulo anterior, la vulneración tanto a garantías fundamentales como al sistema acusatorio nace a raíz de la ausencia de la igualdad de armas en el proceso penal, afectándose el derecho a defensa, en virtud del cual, el imputado tiene el derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra⁸⁸. ¿Cómo se puede defender sin tener acceso al mismo medio de impugnación de la sentencia?

La crítica entonces es en relación al legitimado activo para interponer el recurso de apelación pertinente, donde cabe señalar que la redacción adoptada como texto final por la Ley N° 20.253 es atentatoria a la garantía constitucional de igualdad en el ejercicio de los derechos, consagrada en el numeral tercero del artículo 19 de la Constitución Política.

⁸⁷ Voto de minoría de los Ministerios Aróstica, Brahm y Letelier en Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, Rol N° 3081-2016. Disponible en: [Expedientes | Tribunal Constitucional de Chile](#). [Consultado el 25.11.2021].

⁸⁸ Artículo 8 del Código Procesal Penal.

Tanto es así, que siquiera a un eventual querellante se le permitiría apelar en contra de esta resolución, debido a que el recurso de apelación en el sistema procesal penal es de derecho estricto.

Aquello va en directa concordancia con el artículo 352 del Código del ramo al señalar que: *“Podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ella, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la ley”*.

Ante tal razonamiento, la ley es clara y señala que la apelación procederá, entre otros casos, *“cuando la ley lo señalare expresamente”*⁸⁹.

Empero, destacable es lo señalado por la Fiscalía Nacional⁹⁰ en relación a esta materia, con basta curiosidad y subjetividad:

“(…) por razones de conveniencia, no se estima prudente que el Ministerio Público inste por el rechazo de la apelación por parte del querellante, debiendo los fiscales procura mantenerse al margen de dicho debate”.

Importante relevancia tiene entonces esta mirada particular del Fiscal Nacional, quedando de manifiesto que la modificación en comentario vulnera abiertamente este derecho, ya que, no obstante la interpretación sentada del Tribunal Constitucional referida precedentemente en Sentencia causa Rol N° 1001-07, tal perspectiva no tiene un sustento legal alguno que garantice fehacientemente la igualdad procesal para los intervinientes, por lo que a decir verdad, los intervinientes quedarán desprotegidos de igual manera.

Nuevamente queda expuesto que, existe una abierta disparidad en el proceso penal que, en este caso, permite únicamente al acusador fiscal formular su desconcierto con la resolución emitida por el Juez penal, afectándose la garantía del debido proceso que constituye el núcleo central del Código Procesal Penal, según se recoge en su

⁸⁹ Artículo 370 letra b) del Código Procesal Penal.

⁹⁰Véase Instructivo N° 176-2008 de 26 de marzo de 2018. Disponible en: [Fiscalía de Chile | Instrucciones Generales \(fiscaliadechile.cl\)](https://www.fiscalia.cl/instrucciones-generales). [Consultado el 30.01.2021].

primer artículo y, sin perjuicio de lo señalado, por ejemplo, por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9° o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8.1.

Por consiguiente, debiese revocarse o, a lo menos, modificarse su redacción para estar en sintonía con el sistema acusatorio, la Constitución Política y con los tratados internacionales vigentes en la materia, a modo de respetar el acceso a las garantías y armas procesales para todos los intervinientes del proceso.

3. PRISIÓN PREVENTIVA: ¿ÚLTIMA RATIO?

En su oportunidad, la Corte Suprema⁹¹ advertía que las modificaciones a la regulación de las medidas cautelares personales podrían tender a desnaturalizar su sentido procesal, a lo que señalaba:

“Medidas como la detención judicial o la prisión preventiva pierden por completo su cariz excepcional y preventivo, y terminan transformándose en instituciones aplicables por regla general, y en las que el criterio del juez juega un rol mínimo o nulo (...).”

Para ejemplificar que la aplicación de la prisión preventiva y de la detención se han facilitado de manera tal que, en la actualidad proceden de una manera más frecuente de lo cual se pensó en su espíritu original, propongo la siguiente situación práctica:

Un sujeto concurre voluntariamente a alguna unidad policial para admitir su participación en un hecho constitutivo de delito o, inclusive, a autodenunciarse de conformidad al artículo 179 del Código Procesal Penal.

⁹¹ En oficio N° 31-2016 de fecha 14 de marzo de 2016. Disponible en: [Historia de la Ley N° 20.931 - \(bcn.cl\)](#). [Consultado el 11.12.2021].

Ahora bien, aun cuando no se presenta necesariamente una situación de flagrancia, podrá igualmente proceder que el juez ordene la detención en contra del imputado, en virtud del inciso 3° del artículo 127⁹².

En tal sentido, se hace necesario en este punto destacar lo instruido por la Fiscalía Nacional en el instructivo N° 581-2016 de fecha 09 de septiembre de 2016.

“(...) se instruye a los fiscales que [...] además de apercibir al imputado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26 del CPP, soliciten orden de detención en todos aquellos casos en que el imputado concurra voluntariamente ante el fiscal o la policía y reconozca voluntariamente su participación en un crimen o simple delito, cada vez que existan criterios de peligrosidad que permitan fundar la necesidad de cautela.

La mera circunstancia de no existir otros antecedentes anexos a la confesión que permitan fundar esta solicitud, no constituirá óbice para solicitar la detención, en cuyo caso, los fiscales deberán solicitar la orden y, posteriormente, la ampliación de la detención (...)”⁹³.

Teniendo en cuenta el criterio nacional de la Fiscalía, el apercibimiento del artículo 26 y la eventual citación de conformidad al artículo 33, si el imputado no comparece se despachará una orden de detención en su contra y podría perfectamente quedar sujeto a prisión preventiva, considerando lo dispuesto por el inciso 4° del artículo 140.

En ese orden de ideas, no obstante poder tener el imputado a su favor las atenuantes de los artículos 11 N° 6 y 11 N° 9 del Código Penal (que harían que eventualmente acceda a alguna de las penas sustitutivas contempladas por la Ley N° 18.216)

⁹² El mencionado inciso es del siguiente tenor: “*Tratándose de hechos a los que la ley asigne las penas de crimen o simple delito, el juez podrá considerar como razón suficiente para ordenar la detención la circunstancia de que el imputado haya concurrido voluntariamente ante el fiscal o la policía, y reconocido voluntariamente su participación en ellos*”.

⁹³ Véase Instructivo N° 581-2016 de 09 de septiembre de 2016. Disponible en: [Fiscalía de Chile | Instrucciones Generales \(fiscaliadechile.cl\)](http://www.fiscalia.cl/Instrucciones_Generales_(fiscaliadechile.cl)). [Consultado el 30.01.2021].

Cabe preguntarse ¿La redacción actual de la norma obedece a una mala práctica legislativa o al espíritu real del legislador?

Ahora bien, aun considerando lo rebuscado del ejemplo en comento, y si bien lo anterior es un supuesto totalmente excepcional, es decir, se trata de una hipótesis abstracta, no es menos cierto o relevante que remitidos a la norma, estamos en presencia de una hipótesis fáctica plausible y posible, considerando, por lo demás, la multiplicidad de criterios de cada fiscal y en cada juzgado.

De lo anterior, ¿podría entenderse una vulneración y afectación de derechos del imputado? Evidentemente esta parte sostiene que sí, porque no obstante lo anterior dependerá del razonamiento del juez de turno así como del Ministerio Público.

En tal sentido, se cae igualmente en una situación irrisoria que está permitida y respaldada al menos a nivel legal, no obstante haberse prestado colaboración por parte del imputado y considerando la voluntariedad del mismo, debiese siempre privilegiarse alguna medida de las contempladas por el artículo 155 y no aquella considerada como *última ratio* del sistema cautelar, en el entendido que para el caso en particular, no existen presupuestos que hagan presumir la incomparecencia del imputado en el desarrollo del procedimiento.

En relación con los recursos procedentes y, en especial a la apelación de la resolución que niega o revoca la prisión preventiva, los paquetes de reforma igualmente modificaron el artículo 149 del Código Procesal Penal.

La modificación del citado artículo no requiere mayor análisis, debido a que ésta solamente amplía el catálogo de delitos bajo los cuales no se decreta la libertad inmediatamente si la resolución que niega, mantiene o revoca la prisión preventiva no se encuentra firme.

Este cambio a parecer particular sólo tiene por objeto retener la permanencia del imputado en prisión por el mayor tiempo posible, aun cuando no existe una sentencia condenatoria en su contra, sino que únicamente por el hecho de mantenerse en tramitación un proceso “grave” pendiente de resolución, dándole a esta medida

“excepcional” un carácter de pena anticipada que el ordenamiento jurídico no debiese tolerar.

En síntesis, las modificaciones introducidas por la Segunda Agenda Corta Anti-delincuencia no hacen, sino atentar directamente contra bases del sistema acusatorio propuesto inicialmente por la reforma procesal del año 2000, en el entendido que ataca directamente a la presunción de inocencia recogida en el artículo 4° del Código, en la Constitución Política y en diversos tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

Si bien en la actualidad los días que un determinado imputado pasó privado de libertad, pueden ser compensados por medio de la institución del abono contemplado para este caso en el artículo 348 del Código Procesal Penal⁹⁴, ello debiese ser previamente considerado como innecesario, considerando las reglas bajo las cuales se basa el proceso desde su inicio. Aún peores serán las consecuencias de la privación de libertad para una persona a la que se le ratifica su inocencia, las que siempre serán del todo perjudiciales tanto para su interés particular, así como para un sistema carcelario hacinado que no da abasto.

En consecuencia, debe evitarse el mal uso de esta medida y no aplicar la prisión preventiva sin fundamento plausible, debido a que la posibilidad existente de decretar esta cautelar en base a la gravedad de la imputación (necesidad de cautela) o por mero uso de requisitos legales, no necesariamente se vinculará al fondo de la imputación o al riesgo real que pueda representar el imputado para el procedimiento, para el ofendido o para la sociedad, causando únicamente un agravio para el sistema de justicia en su conjunto.

⁹⁴ El inciso 2° de esta norma regula de forma expresa el alcance sobre cómo se computará el tiempo de una pena temporal, señalando lo siguiente: *“La sentencia que condenare a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención, prisión preventiva y privación de libertad impuesta en conformidad a la letra a) del artículo 155 que deberá servir de abono para su cumplimiento. Para estos efectos, se abonará a la pena impuesta un día por cada día completo, o fracción igual o superior a doce horas de dichas medidas cautelares que hubiere cumplido el condenado”*.

CONCLUSIONES

Como se adelantó en un principio, transcurrido poco tiempo después de la entrada en vigencia de la ley N° 19.969 que estableció el Código Procesal Penal en Chile, comenzaron a surgir diversos proyectos que paulatinamente comenzaron (con o sin intención) a modificar y/o alterar, a parecer de este investigador algunas de las matrices fundamentales de la reforma original, de entre lo que destacan aquellas objeto de la presente tesis.

Lo anterior, no quiere decir que la reforma tenga que ser pétrea y en su conjunto perfecta, lo cual distaría de toda racionalidad, sino que debe considerarse que el avance a propósito del cambio sistémico hacia un modelo adversarial, supone un logro sustancial que no debe perderse entre sensaciones poco técnicas que tienden a querer volver realizar prácticas que se creyeron efectivas en su oportunidad.

Gran parte de las modificaciones planteadas apuntaron a fortalecer componentes propios del sistema antiguo, afectando instituciones que fueron pensadas dentro del marco acusatorio y del respeto irrestricto a los Derechos Humanos.

Observamos que, desde el Mensaje mismo de ambas leyes en comento, se reconoce expresamente que se obedece a sensaciones, sin responder a criterios fácticos, comprobables y racionales acerca de las mismas, lo que llevó a los legisladores de turno a crear y modificar normativa únicamente basados en la imposición de su propia política criminal, sin tener grandes estudios ni una visión de Estado, sino sólo la intención de respuesta rápida, mediante pseudo soluciones.

Ante todo, debe comprenderse que el fenómeno criminal en Chile y su consecuente y válido temor por parte de la población, no cesará mediante paquetes legislativos que arremetan únicamente con aumento de la criminalización primaria, estigmatización de sectores populares o mediante represión policial, sino que mediante un estudio real que se encargue también del fenómeno social que fundamenta al delito.

De igual manera, es sumamente importante recalcar que resulta necesario educar a la sociedad sobre nuestro sistema penal e ir más allá, aprovechando el clima constitucional en el que nuestro país se encuentra envuelto. La educación cívica acerca de nuestras garantías, derechos y deberes como ciudadanos también contribuirá de forma, a lo menos indirecta, a volver a incentivar la creación de nuevas “leyes cortas”.

Es así, que desde que entraron en vigencia las leyes N° 20.253 y 20.931 denominadas de “Agenda Corta Anti-delincuencia y habiendo transcurrido varios años desde su entrada en vigencia y aplicación en el sistema, se deslinda que no se ha logrado cumplir con frenar la problemática que les da origen, esto es, la sensación de aumento en la criminalidad en la sociedad, el miedo en la población y el fenómeno creciente de la delincuencia.

En consonancia con lo anterior, cabe concluir que debe protegerse al sistema de todo aquello que tienda a su desnaturalización, así como de falsas promesas realizadas a la población en base a subir las penas, otorgar mayores facultades a las policías o crear ambientes referenciales que hacen creer que la justicia tendrá siempre una respuesta a todo. De lo contrario, continuará diciéndose popularmente, que el garantismo en Chile fue un error.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Junio 1999, Segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires.

BOVINO, Alberto, *La libertad personal en el Sistema Interamericano*, 2004, Distribuciones Fontamara, México.

CASTRO JOFRÉ, Javier, *Introducción al Derecho Procesal Penal chileno*, 2006, Editorial Legal Publishing, Santiago.

CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *El Código Procesal Penal: Comentarios, Concordancias y Jurisprudencia*, 2004, 1º Edición, Editorial Librotecnia, 1ª Edición, Santiago, Chile.

CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del (nuevo) Procedimiento Penal*, Junio 2019, Octava Edición, Editorial Thomson Reuters.

Código Orgánico de Tribunales, 2018, Trigésimo tercera edición, Editorial Jurídica de Chile.

Código Penal, 1874. Disponible en: [Codigo-PENAL 12-NOV-1874 MINISTERIO DE JUSTICIA - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#).

Código Procesal Penal, 2020, Décimo quinta edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Constitución Política de la República de Chile, 2018, Vigésima primera edición oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

Convención Americana de Derechos Humanos. Disponible en: [Sitio web Organización de los Estados Americanos - \(oas.org\)](#). En Chile: Decreto N° 873, (Diario Oficial 05.01.1991), que aprueba la Convención Americana Sobre Derechos Humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”. Disponible en: [Decreto-873 05-ENE-](#)

[1991 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#)

Decreto con Fuerza de Ley N° 426 (Diario Oficial 03.03.1927). Disponible en: [DFL-426 03-MAR-1927 MINISTERIO DE JUSTICIA - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#)

DUCE, Mauricio y LILLO, Ricardo, Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile, 2020, Revista de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago. Disponible en: [Vista de Controles de identidad realizados por Carabineros: Una aproximación empírica y evaluativa sobre su uso en Chile \(uchile.cl\)](#)

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, *Proceso Penal*, 2009, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

DUCE, Mauricio, *La Reforma Procesal Penal chilena: Gestación y Estado de Avance de un Proceso de Transformación en Marcha*, Publicado en: *En busca de una Justicia Distinta: Experiencias de Reforma en América Latina*, 2004, Consorcio Justicia Viva, Lima, Perú. Disponible en: [En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina \(unam.mx\)](#).

HADWA ISSA, Marcelo, *La Prisión Preventiva y Otras Medidas Cautelares Personales*, 2020, Tercera Edición Actualizada, DER Ediciones, Santiago.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, 2002, Tomo I. Editorial Jurídica de Chile.

HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, 2002, Tomo II. Editorial Jurídica de Chile.

Ley N° 1853 sobre Código de Procedimiento Penal, 1906. Disponible en: [Ley-1853 19-FEB-1906 MINISTERIO DE JUSTICIA - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#).

Ley N° 19.789 que Introduce Modificaciones al Código Procesal Penal (Diario Oficial 30.01.2002). Disponible en: [Ley-19789 30-ENE-2002 MINISTERIO DE JUSTICIA - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#).

Ley N° 21.394 que Introduce reformas al Sistema de Justicia para enfrentar la situación luego del Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe por Calamidad Pública (Diario Oficial 30.11.2021). Disponible en: [Ley-21394 30-NOV-2021 MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#).

MATURANA MIQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. 2010. Editorial Legal Publishing, Santiago, Chile.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia*, 2015, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Disponible en: [Estudios Constitucionales Universidad de Talca - \(scielo.cl\)](#)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en: [Sitio web de las Naciones Unidas - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \(ohchr.org\)](#). En Chile: Decreto N° 778, (Diario Oficial 29.04.1989) que Promulga el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas por Resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966 y suscrito por Chile en esa misma fecha. Disponible en: [Decreto-778 29-ABR-1989 MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#)

PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*, 2006, 2° Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

ROXIN, Claus, “*Derecho Procesal Penal*”, 2000, Traducción de la 25° edición alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires.

Sentencia de la Excm. Corte Suprema de Justicia, 10 de septiembre de 2021, Rol N° 25.336-2021. Disponible en: [Sentencia Excm. Corte Suprema de Justicia \(online\)](#).

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 14 de junio de 2017, Rol N° 3081-2016. Disponible en: [Expedientes | Tribunal Constitucional de Chile](#).

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, 29 de enero de 2008, Rol N° 1001-07. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=729>.

Sitio web de la Biblioteca del Congreso Nacional “Ley Chile”. [Ley Chile - Biblioteca del Congreso Nacional \(bcn.cl\)](#).

Sitio web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. [Carta-entrega-Anteproyecto-de-Código-Penal-2018.pdf \(minjusticia.gob.cl\)](#).

Sitio web del Ministerio Público de Chile, Instructivos Generales. Disponible en: [Fiscalía de Chile | Instrucciones Generales \(fiscaliadechile.cl\)](#).

Sitio web EMOL, nota de prensa del Presidente de la Excm. Corte Suprema de Justicia de Chile, 3 de enero de 2019. [Disponible en: https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/01/03/932994/Brito-por_carabineros-implicados-en-manipulacion-de-evidencia--Lo-que-ha-ocurrido-es_gravisimo--Como-va-a-ser-normal-funcionar-con-prueba-que-esta-alterada.html](https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/01/03/932994/Brito-por_carabineros-implicados-en-manipulacion-de-evidencia--Lo-que-ha-ocurrido-es_gravisimo--Como-va-a-ser-normal-funcionar-con-prueba-que-esta-alterada.html).

TAVOLARI, Raúl, *Instituciones del Nuevo Proceso Penal*, 2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.