

2. COMENTARIOS A LAS INDICACIONES FORMULADAS DURANTE LA DISCUSIÓN EN GENERAL DEL PROYECTO DE LEY, EN PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL, QUE MODIFICA EL CÓDIGO PROCESAL PENAL CON EL FIN DE REFORZAR LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS, MEJORAR LA FUNCIÓN QUE DESEMPEÑA EL MINISTERIO PÚBLICO Y FORTALECER LA ACCIÓN POLICIAL Y LA OPERATIVIDAD DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL. SEGUNDO BOLETÍN N° 8.810-07, INDICACIONES PRESENTADAS HASTA EL 21.06.13 Y EL 05.09.13

LUIS FELIPE CONTRERAS ARCE*

I. ACERCA DE LAS MODIFICACIONES LEGALES PROPUESTAS QUE HAN SIDO SELECCIONADAS

A continuación exponemos algunos comentarios relativos a las propuestas de modificación al Código Procesal Penal que se contienen en la indicación y que hemos seleccionado de acuerdo a la relevancia que nos ofrece. Debido a que uno o más legisladores presentan indicaciones a un mismo artículo, hemos preferido en esta oportunidad plantear nuestras opiniones luego del artículo o artículos referidos a una misma materia. Para mayor claridad propondremos un título que haga referencia a la materia de la propuesta respectiva.

I. 1) En cuanto a la entrada y registro a lugares cerrados y las órdenes verbales

Del Honorable Senador señor Espina, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“...) Sustitúyese la oración final del inciso tercero del artículo 9° por las siguientes: “*No obstante lo anterior, en el caso de tratarse de una detención o entrada y registro a un recinto cerrado, el fiscal que recibió la autorización deberá comunicarla a la policía indicando el tribunal que la expidió, el día y la hora en que lo hizo, la individualización de la persona que deberá ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren y, en su caso, la individualización del recinto cerrado a ser registrado, el delito que le sirve de fundamento y la finalidad del registro. Copia de esta instrucción será entregada por la policía al detenido y, en su caso, al encargado del recinto a ser objeto de entrada y registro, para los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 125 y 212*”.”..

* Abogado, Magíster en Derecho Procesal Penal y Comunicación Forense y candidato a Magíster en Derecho Penal de la Empresa y los Negocios.

Comentario. En este punto llama la atención que la propuesta pretende ampliar el contenido de la constancia no sólo a la detención sino a la entrada a lugares cerrados, haciendo expresa mención del artículo 212 del CPC. Esta expresa extensión de la regla parece innecesaria desde que el inciso primero del artículo se refiere a diligencias que priven de derechos garantidos por la Constitución tanto al imputado como a terceros. Con todo, también resalta de la indicación que la constancia de la autorización debe ser entregada por el Fiscal a los policías que la ejecuten y éstos luego al imputado o tercero afectado. Desde el punto de vista del registro y en cuanto a la posibilidad de controvertir el contenido de la autorización y su alcance parece una propuesta interesante.

I. 2) Sobre los derechos de terceros afectados por la investigación

Del Honorable Senador señor Espina, para intercalar un nuevo número, con el texto que se señala a continuación:

“...) Agrégase el siguiente inciso segundo al artículo 12:

“Los terceros, cuyos derechos constitucionales o garantías asegurados por la Constitución resulten restringidos o perturbados por actuaciones del procedimiento, se considerarán intervinientes para el solo efecto de actuar en resguardo de tales derechos o garantías”.

Comentario. Si bien la inclusión de este nuevo inciso al artículo en comento pretende ampliar con un sentido garantístico el concepto de interviniente, conviene precisar que, salvo casos específicos regulados por el legislador, como lo es el de los liquidadores de compañías de seguros o los abogados que a éstas representan, los terceros afectados por el desarrollo de una investigación cuentan con herramientas –propuestas incluso en el proyecto original del Ejecutivo– tendientes a resguardar, mediante la extensión de la protección del patrimonio vía medidas cautelares que alcancen también a terceros. En este punto convendría armonizar la propuesta de modificación original con la aquí anotada.

I. 3) En cuanto a la comparecencia de peritos al juicio

De S.E. el Presidente de la República, para incorporar el siguiente nuevo número:

“...) En el artículo 33, agrégase, en su inciso tercero, la siguiente oración a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser seguido (:): *‘En el caso de los peritos y auxiliares del Ministerio Público del artículo 321, el arresto y la multa sólo serán procedentes si, además, hubieren sido notificados en forma personal y con una anticipación de al menos diez días respecto de la fecha en que se requiriere su presencia’.*

De S.E. el Presidente de la República, para incorporar el siguiente nuevo número:

“... En el artículo 33, agrégase en su inciso tercero la siguiente oración a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser seguido (.): *‘En el caso de los peritos a que hace referencia el artículo 321, el tribunal ordenará y velará porque sean notificados con una anticipación de al menos siete días respecto de la fecha en que se requiere su presencia’.*”.

Comentario. La propuesta es atendible puesto que se refiere a profesionales de servicios públicos que no han podido presentarse a juicio ya por falta de tiempo suficiente para comparecer, ya por no poder comparecer sin serio detrimento a la función pública que ejercen. Sin embargo, en nuestra opinión, tamaña deferencia debiera comunicarse también a los peritos que ejercen fuera del sector público y que también requieren de cierta anticipación para organizar sus labores no obstante sean propias del mundo privado.

I. 4) Del acceso a los registros judiciales

Del Honorable Senador señor Horvath, para modificar el artículo 44 del modo que se señala a continuación:

“... Reemplázase el inciso primero por el siguiente:

“Artículo 44.- Salvo las excepciones expresamente previstas en la ley, los intervinientes siempre tendrán acceso expedito al contenido íntegro de todos los registros. Los terceros al proceso podrán tener acceso íntegro a los registros de una investigación, después de que haya concluido el proceso judicial en que incida, y a su costa”.

Comentario. La propuesta parece interesante desde que especifica que el contenido del registro debe estar disponible para los intervinientes pero de modo completo y expedito, evitando de este modo las conocidas dilaciones en su entrega. Sin embargo, en cuanto a terceros, la propuesta derechamente permite su publicidad una vez que el proceso concluyó, restringiendo la norma actual que permite su conocimiento anticipado no obstante las objeciones contenidas en el actual inciso segundo. Lo realmente relevante es que la norma se refiere a los registros judiciales y certificaciones donde pareciera que no inclusión de los registros de la investigación que lleva el Ministerio Público. La situación ciertamente se complica cuando en el contexto del artículo 260 el Fiscal entrega los registros de su investigación al Juez de Garantía.

I. 5) De la dirección de la investigación y de la práctica de diligencias

Del Honorable Senador señor Espina, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“... Sustitúyese, en el artículo 77, la expresión ‘practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía’ por ‘ordenarán practicar las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán y controlarán la actuación de la policía...’.”.

Del Honorable Senador señor Espina, para intercalar un nuevo número, con el texto que se señala a continuación:

“...) Sustitúyese el inciso primero del artículo 80, por el siguiente:

‘Artículo 80.- Dirección del Ministerio Público. Los funcionarios de los organismos de orden y seguridad que cumplieren funciones conforme a la normas de este Código, las realizarán bajo la dirección y control de los fiscales, sin perjuicio que sus funciones para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior se rigen por lo establecido en el inciso segundo del artículo 101 de la Constitución Política de la República’.”.

Comentario. En nuestro concepto la propuesta es intrascendente porque pretende aclarar algo evidente. Es cierto que gran parte de las diligencias de investigación las ejecuta la policía, sin embargo, otras las realiza el Fiscal dependiendo de variados factores de índole estratégicos. En consecuencia, señalar que el Fiscal ordena practicar una diligencia o bien derechamente la practique en compañía de policías es, a nuestro entender, irrelevante. Por otro lado, incorporar el deber de control en la investigación de parte del Fiscal respecto de las policías y la ejecución de las diligencias de investigación que se les encomiende es un concepto que requiere de muchísima precisión, puesto que puede entenderse como una prerrogativa dirigida a verificar el estado de avance de ciertas actividades encargadas, como una función de supervigilancia cualitativa relativa a la actividad desplegada por la policía.

Con todo, de acuerdo a la propuesta del nuevo inciso primero del artículo 80, llama la atención que, por un lado, se pretenda que la policía sea controlada por el Ministerio Público y, por otro, dependa del ministerio encargado de la seguridad pública y que la línea de separación de los dos tipos de controles sea la de dar eficacia al derecho, como si en la realización de diligencias de investigación ordenadas por un Fiscal no estuviere en juego dicho concepto.

Del Honorable Senador señor Espina, para intercalar el siguiente número, nuevo:

“...) Modifícase el artículo 180 del siguiente modo:

a) Sustitúyese el inciso primero por el siguiente:

‘Artículo 180.- Los fiscales dirigirán y controlarán la investigación, la que deberá ser efectuada por la policía y podrán disponer todas las diligencias que estimen necesarias para el debido establecimiento de los hechos que configuren la existencia del delito, la participación punible o la inocencia del imputado. Ello no obstante, corresponderá a los fiscales la interrogación del imputado, testigos y peritos durante toda la etapa de la investigación’.

b) Sustitúyese, en el inciso segundo, la locución *‘el fiscal deberá proceder a la práctica’* por *‘el fiscal deberá proceder a ordenar la inmediata práctica’*.

Comentario. En nuestra opinión, pretender que el Fiscal sólo dirija la investigación, separándolo normativamente de la facultad de participar o ejecutar alguna de ellas carece de sentido. Tal cual se encuentra redactada la norma hoy día, el Fiscal puede

dirigir y/o participar en las diligencias de investigación que ordene. Lo anterior cobra plena fuerza con la excepción que se impulsa, esto es, que a los fiscales corresponderá la interrogación de imputados, testigos y peritos.

En cuanto a esto último, es altamente deseable, ya por el respeto de las garantías del imputado, como por la intermediación que implica que el propio persecutor sea quien levante un testimonio; sin embargo, cuesta imaginar que una normativa como la comentada se haga realidad práctica; particularmente por el número escaso de fiscales existentes y la variada gama de labores que deben cumplir.

1. 6) De las actuaciones policiales sin orden previas, obligación de información ante denuncia e instrucciones generales y particulares del Ministerio Público a las policías

Del Honorable Senador señor Espina, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“...) Sustitúyese el encabezamiento del artículo 83 por el siguiente:

‘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 que tomen conocimiento de un hecho que presente caracteres de delito practicar las diligencias inmediatas conducentes a establecer la existencia del hecho punible y la responsabilidad de sus autores, cómplices y encubridores y, especialmente, debiendo dar cuenta inmediata de ello al Ministerio Público.’.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“...) Sustitúyese el párrafo cuarto de la letra c) del artículo 83 por el siguiente:

‘La policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de acuerdo al artículo 84, todo ello conforme a las instrucciones generales que imparta el Ministerio Público según lo dispuesto en el artículo 87. Se entenderá por primeras diligencias, entre otras, aquellas orientadas a determinar la identidad y ubicación de los autores y demás partícipes del delito, así como el paradero de los objetos del mismo o de los instrumentos usados para llevarlo a cabo.’.

Del Honorable Senador señor Espina, para intercalar un nuevo número, con el texto que se señala a continuación:

“...) Sustitúyese la oración final del artículo 84 por la siguiente: ‘Sin perjuicio de ello, procederá a realizar las actuaciones previstas en el artículo precedente e iniciará la respectiva investigación intertanto el fiscal determina qué policía se hará cargo de la investigación, respecto de todo lo cual se aplicará la obligación de información inmediata’.”.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“...) Agrégase en el artículo 84, el siguiente nuevo inciso segundo:

‘La obligación de información contenida en este artículo se regulará conforme a lo dispuesto en las instrucciones generales que imparta el Ministerio Público según lo dispuesto en el artículo 87’.”.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“...) *Modifícase el artículo 87 del siguiente modo:*

a) *Intercálase, el dígito ‘84’, antecedido por una coma (,), entre el número ‘83’ y la expresión ‘y’ que le sigue.*

b) *Sustitúyese la palabra ‘determinados’ por el artículo ‘los’.*”.

Comentario. Esta propuesta de reforma presenta la ventaja de aclarar el actual texto del artículo 83, pero especialmente a la luz de lo prescrito en el artículo 84 relativo al deber de información al recibirse una denuncia por los funcionarios policiales. Es decir, se pretende que el policía actúe, despliegue labores de investigación urgentes ante la recepción de la noticia *criminis*. El peligro, con todo, reside en la naturaleza y complejidad de los hechos que se investiguen sin orden previa. Por lo mismo, de aceptarse una iniciativa como ésta, fundamental será la precisa aplicación del artículo 87, de modo que la norma que permite pronunciar instrucciones por el persecutor, se transforme en el instrumento guía en la aplicación de diligencias en cierto tipo de situaciones. Ahora bien, lo sustancial se refiere al también deber de información que recae en las policías respecto de las diligencias que realicen sin orden previa y en el contexto de la denuncia recibida. Obviamente, la información se entregará al Fiscal de parte de las policías con posterioridad a las diligencias ejecutadas –de lo contrario debería pedirse la autorización–, y es precisamente esta información la que, a lo menos, debe registrarse en la carpeta de investigación para detectar infracciones a la legalidad.

Por último, si bien se pretende dotar de mayor eficacia a la gestión policial inmediata, en nuestro concepto, el problema operativo que presenta la aplicación del artículo 83 y su pretendida insuficiencia, se debe básicamente a una errónea interpretación de su alcance y no a una extensión mínima. De prosperar la iniciativa, debe aceptarse que el ámbito de actuación de la policía sin control previo ofrece límites inquietantemente difusos.

I. 7) Del examen de vestimentas, equipajes y vehículos

Del Honorable Senador señor Horvath, para reemplazarlo por el siguiente:

“Artículo 89.- Examen de vestimentas, equipajes o vehículos. Se podrá practicar el examen del equipaje que portare o del vehículo que condujere el detenido, cuando existieren indicios graves de que oculta en ellos objetos importantes para la investigación de un delito. Asimismo, podrá practicarse dicho examen respecto de sus vestimentas, cuando

existan indicios serios de que existe un peligro concreto e inminente para la seguridad de la comunidad”.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República para reemplazarlo por el siguiente:

“... Elimínase en el inciso primero del artículo 89 la expresión: ‘cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación’, sustituyendo la coma (,) que le precede por un punto aparte (.).”.

Comentario. La propuesta ofrece algunos resguardos interesantes al concepto de indicios. En efecto, se pretende que sean graves a diferencia de lo que se señala en el artículo 85 a propósito del control de identidad. Con todo, se echa de menos algún *indicio* acerca de lo que debe entenderse por grave. Necesariamente, esta indicación lleva a concluir que el estándar que exige la norma es más alto que el referido al control de identidad. Igualmente, parece que la propuesta pretende delimitar el campo de aplicación de la norma desde que circunscribe la actuación a investigaciones por delitos. En efecto, el persecutor investiga hechos constitutivos de faltas, delitos y crímenes y en la norma actual no se distingue. Sin duda alguna al referirse la propuesta a delitos excluye las faltas, tal como ocurriría en la pesquisa de drogas destinadas al consumo próximo y personal en la medida que sean encontradas en el ejercicio de la facultad comentada.

La gran novedad, sin embargo, se encuentra en el inciso final, donde los indicios ya no sólo deben ser graves sino además serios para casos de peligro concreto e inminente para la seguridad de la comunidad. El problema es que cuesta imaginarse una situación donde, sin investigación previa que pueda justificar una autorización, el policía pueda advertir una situación como la descrita.

1. 8) Del procurador común ante la concurrencia de múltiples querellantes

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para sustituirlo por el siguiente:

“... Incorporase el siguiente inciso cuarto, nuevo, al artículo 111:

‘Cuando de acuerdo a lo dispuesto en los incisos anteriores existieren múltiples querellantes, el tribunal podrá ordenar que actúen conjuntamente a través de un procurador común, si a su juicio así fuere estrictamente necesario para el normal desarrollo del juicio en función del número de intervinientes y la naturaleza o complejidad del asunto sometido a su conocimiento, salvo que no existiere identidad en sus intereses o éstos fueren incompatibles’”.

Comentario. La propuesta de modificación al artículo 111, pretende dotar de mayor dinamismo al juicio oral. Sin embargo, dada la especial relación de cada víctima con su abogado y considerando la relación onerosa que entre ellos existe por regla general, no se advierte bajo qué parámetros un querellante podría asumir la carga de intervenir en juicio en desmedro de los otros; por otro lado, bien puede

ocurrir que aun cuando coincidentes los intereses e inexistentes las incompatibilidades, cada cual prefiera honrar el motivo que su cliente tuvo para contratarlo. Sin duda todo se complica más cuando uno o más querellantes son, al mismo tiempo, parte de un órgano del Estado.

I. 9) De la orden de detención por confesión y por la pena probable asociada al hecho

De Su Excelencia el señor Presidente de la República para sustituir el numeral por el siguiente:

“...) Agrégase, en el inciso primero del artículo 127, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser coma (,) la siguiente expresión: ‘o cuando el imputado hubiese reconocido ante el fiscal, de manera libre y espontánea, su participación, como autor, cómplice o encubridor, en un delito a que la ley asignare una pena de crimen o simple delito. Asimismo, el juez podrá considerar como razón suficiente para entender que la comparecencia del imputado se verá demorada o dificultada, si el hecho que motivare la solicitud de orden de detención constituyere un hecho punible a que la ley asignare una pena de crimen o simple delito. La resolución que rechazare la detención del imputado en los casos previstos por este inciso será apelable por el fiscal’”.

Comentario. En cuanto a lo primero, es decir, que el juez pueda autorizar una orden de detención cuando ha existido confesión, parece razonable cuando lo que se confiesa es la autoría del hecho. Sin embargo, cabe preguntarse si es éste legítimo respecto de confesiones de intervención delictiva a título de cómplice o encubridor, especialmente, si no está determinado el autor.

Respecto de lo segundo, conviene precisar que si efectivamente prospera la indicación, la resolución que acceda a la detención debe ser pronunciada en audiencia, para concretizar el principio de bilateralidad y contradicción. Cabe recordar que la calificación jurídica de un hecho, la propuesta de subsunción, es materia de interpretación siempre. Si esto es así, entonces, parece claro que la detención es una medida cautelar que ha de fundarse en la discusión y controversia de los así llamados presupuestos materiales a lo menos.

En cuanto al régimen de recursos, no se advierte razón alguna para limitar la apelación a la sola negativa de la orden y exclusivamente a favor del persecutor. En nuestro concepto, como toda cautelar personal, debiere ser susceptible de recurso por todos los intervinientes.

I. 10) Una nueva hipótesis de flagrancia

De Su Excelencia el señor Presidente de la República para intercalar el siguiente numeral, nuevo:

“...) Intercálase en la letra d) del inciso primero, del artículo 130, entre la coma (,) que sigue a la palabra ‘cometerlo’ y la conjunción ‘y’, la siguiente expresión:

‘o cuya participación pueda sospecharse a partir de medios fotográficos, visuales o audiovisuales,’”.

Comentario. La propuesta nos parece que amplía innecesariamente el concepto de flagrancia. Es evidente que la detención fundada en sospechas que arroje un registro fotográfico o secuencias de imágenes debería, más bien, proceder de acuerdo al mérito de una orden legalmente tramitada. Cabe recordar que la flagrancia opera en el contexto de un hecho posiblemente delictivo que ha sido cometido en un tiempo inmediato y respecto del que existen elementos que lo hagan ostensible. Pretender detener en base a un reconocimiento fotográfico lisa y llanamente es, ante todo, una diligencia de investigación.

I. 11) De la facultad fiscal de detener o liberar al imputado en ciertos casos

Del Honorable Senador señor Espina, para consultar el siguiente número, nuevo:

“...) Sustitúyese la segunda oración del inciso segundo del artículo 131, por la siguiente: ‘El fiscal podrá dejar sin efecto la detención si se tratare de faltas o delitos contemplados en el artículo 124 u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas, contado desde que la detención se hubiere practicado’”.

Comentario. En principio parece que la propuesta pretende morigerar los efectos que las sucesivas modificaciones han causado al entramado normativo que reguló la detención originalmente en el Código. Sin embargo, en nuestra opinión, el dotar al Fiscal de una potestad decisora de esta naturaleza exige, asimismo, un estándar relativamente objetivo que permita evitar la existencia de tratos diversos en situaciones análogas.

I. 12) De la inasistencia fiscal a la audiencia de control de la detención

De Su Excelencia el Presidente de la República, para sustituirlo por el siguiente:

“...) Introdúcese, en el inciso primero del artículo 132, a continuación de la palabra ‘detenido’ y del punto aparte (.) que le sigue, que pasa a ser coma (,), la siguiente expresión: ‘en cuyo caso el juez de garantía deberá comunicar tal hecho al fiscal regional respectivo a la mayor brevedad, con el objeto de determinar la eventual responsabilidad disciplinaria que correspondiere de conformidad en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. En todo caso, el juez de garantía podrá determinar, previo a la liberación del detenido, suspender la audiencia por un plazo breve y perentorio, que no podrá exceder de dos horas, con el objeto de permitir la concurrencia del fiscal o su abogado asistente’”.

Comentario. Parece razonable la propuesta desde que evita la completa impunidad que implica la pura liberación del detenido ante la ausencia del persecutor.

Especialmente, si se considera que dicha liberación perfectamente puede ocurrir en bloques de audiencias con varios imputados. De otra parte, la puesta en conocimiento del hecho al Fiscal Regional parece insuficiente desde que nada asegura que tras la recepción de la noticia se sigan consecuencias para el infractor.

I. 13) De la procedencia de la prisión preventiva

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente numeral, nuevo:

“...) Reemplázase el inciso segundo del artículo 139 por el siguiente:

‘La prisión preventiva procederá cuando fuere estimada por el juez como necesaria para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o la sociedad. Para determinar la necesidad de la prisión preventiva, el juez deberá considerar la procedencia de las demás medidas cautelares personales’”.

Comentario. En nuestra opinión, la propuesta carece de sentido práctico, pues no obstante la modificación de la redacción del texto de la norma, determinar la procedencia de medidas cautelares de baja o mediana intensidad para una vez descartadas decidir la prisión preventiva, mirado en serio, no se diferencia del análisis de suficiencia de las medidas cautelares de mediana o baja intensidad para cautelar los únicos fines posibles de proteger con un régimen cautelar. Esto es la realización de diligencias específicas no vinculadas al imputado, la seguridad de la víctima o la seguridad de la sociedad ya sea bajo la fórmula de peligro de fuga o de reiteración.

I. 14) Del peligro para la sociedad con la libertad del imputado

Del Honorable Senador señor Espina, para intercalar un nuevo número, con el texto que se señala en seguida:

“...) En la letra c) del inciso primero del artículo 140, sustitúyese el punto final por una coma y agrégase lo siguiente: ‘y cuando el imputado haya sido formalizado anteriormente por igual delito o uno de igual o mayor gravedad’”.

Comentario. Es sin duda la propuesta una sanción expresa al comportamiento refractario, pero especialmente al comportamiento reincidente. El problema es que sanciona a personas que si bien formalizada la investigación respecto de ellas, gozan hasta el momento del debate respectivo en audiencia, de la presunción de inocencia; principio que, entre otros aspectos, implica que debe ser tratado como inocente.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente número, nuevo:

“...) Introdúcese el siguiente inciso final al artículo 140:

‘El tribunal podrá considerar especialmente que existe un peligro de que el imputado se dé a la fuga cuando registre una o más órdenes de detención judicial

pendientes. Además, tendrá en consideración la existencia de reiteradas detenciones anteriores””.

Comentario. Si bien parece evidente el contenido de la indicación, en nuestra opinión, una situación como la descrita es insoslayablemente valorada por un tribunal al momento de decidir la solicitud de prisión preventiva. Parece que en casos como el propuesto, es el juez el que debe subsumir la situación en la hipótesis normativa de peligro que regule la cautela; de lo contrario, si el parámetro fáctico no está en la regla, buenas razones para desatender una situación análoga tendrá el juez si acaso el legislador se esfuerza en pensar por él de modo tan descriptivo.

I. 15) Del régimen de impugnación respecto de la negativa de ordenar la prisión preventiva

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para reemplazarlo por el siguiente:

“... Modifícase el artículo 149 en el siguiente sentido:

a) En el inciso primero, intercálase entre las expresiones ‘mantuviere,’ y ‘negare lugar’, el verbo ‘sustituyere’, precedido de una coma (,).

b) En el inciso segundo:

i. Elimínase la coma (,) luego del guarismo 20.000.

ii. Intercálase entre los vocablos ‘imputado’ y ‘no’ la frase ‘que hubiere sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido o se encontrare en prisión preventiva’.

iii. Elimínanse las expresiones ‘salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido’ y la coma (,) que las antecede””.

Del Honorable Senador señor Horvath, para reemplazar, en el inciso tercero propuesto, la expresión “*cualquier persona*” por “*cualquier imputado*”.

Comentario. La propuesta pretende evitar las lagunas de improcedencia del recurso de apelación en aquellos casos en que la prisión preventiva se sustituye por otra medida cautelar; persigue asimismo evitar que la interpretación restrictiva del estado procesal en que se encuentre el imputado sobre el que pesa la prisión preventiva impida considerarlo detenido y por lo mismo impida el recurso, y también pretende aclarar cualquier duda respecto al alcance del recurso a todo tipo de delitos de la Ley N° 20.000. Si bien la iniciativa es una muestra de eficiencia en la intención de perfeccionar la así llamada agenda corta anti-delincuencia, en nuestra opinión, especialmente en lo referido al recurso de apelación en audiencia y sus efectos extensivos hasta la resolución del tribunal a quem, la normativa vigente y sus propuestas de modificación siguen siendo contrarias a la Constitución desde que importan una privación de libertad no ordenada por un Tribunal.

I. 16) De la reclamación contra la decisión de archivo provisional

Del Honorable Senador señor Horvath, para modificar el artículo 167 del modo que se señala a continuación:

“...) Reemplázase el inciso final por el siguiente:

‘La víctima podrá solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y realización de diligencias de investigación. En caso de negarse, la víctima podrá reclamar de dicha decisión ante el tribunal de garantía dentro de quinto día de notificado, a fin de que en caso de considerar pertinente en atención a los antecedentes de la causa, ordene la reapertura de la investigación y la realización de tales diligencias en el plazo que en ese acto le fije. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del Ministerio Público, a fin de que se investiguen responsabilidades administrativas que pudiesen existir’.

Comentario. En términos generales parece adecuado que la facultad privativa de archivar provisionalmente una investigación quede sujeta a un mecanismo de consulta o impugnación; sin embargo, en nuestra opinión, dicho instrumento debiera ser fundado en antecedentes que controviertan el archivo y no solamente como una forma de manifestar el descontento por la falta de resultados positivos.

I. 20) Del reconocimiento presencial y fotográfico propuesto en el proyecto original

De la Honorable Senadora señora Alvear, para eliminarlo.

Del Honorable Senador señor Horvath, para intercalar en su encabezado, luego de la palabra “con”, lo siguiente: “, a lo menos,”.

Del Honorable Senador señor Horvath, para introducir en el primer párrafo de la letra a.- la siguiente oración final: “Asimismo deberá señalar cuáles eran las condiciones de visibilidad al momento de ocurrido el hecho punible y la distancia a la que estaba de la persona a quien se busca reconocer”.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para reemplazar la letra c) por la siguiente:

“c.- Deberá procurarse que los funcionarios policiales que recibieren la descripción o intervinieren en la investigación específica, no sean los mismos que presencien o diligencien el reconocimiento”.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para reemplazar la letra e) por la siguiente:

“e.- Tratándose de reconocimientos fotográficos, se deberán confeccionar al menos dos set fotográficos, los que se formarán con diez fotografías, las que serán semejantes en proporciones y colores. La fotografía del imputado deberá ser incluida en un set, sin que pudiese repetirse en el mismo.

En el caso de reconocimiento presencial, el imputado será acompañado de no menos de seis personas.

Las personas incluidas en el set fotográfico o en la ronda de reconocimiento deberán ser de características físicas similares”.

Del Honorable Senador señor Horvath, para agregar en la letra f.- la siguiente oración final: *“Las fotografías que se exhiban deberán ser individuales, y en lo posible a color”.*

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para reemplazar en el primer párrafo de la letra g.- la expresión *“poderse comunicar”* por *“poder comunicarse”*.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para reemplazar la letra h) por la siguiente:

“h. El reconocimiento presencial procederá aun sin consentimiento del imputado. No obstante, el fiscal deberá dar aviso a su defensor, con al menos 5 horas de anticipación a la realización de la diligencia. Para estos efectos, cada Defensoría Regional mantendrá una casilla electrónica”.

Del Honorable Senador señor Horvath, para intercalar en la letra h.-, a continuación de la palabra *“defensor”*, la primera vez que aparece, lo siguiente: *“, y previa autorización judicial”.*

Del Honorable Senador señor Horvath, para agregar una nueva letra k.- del siguiente tenor:

“k.- La diligencia de reconocimiento propiamente tal estará a cargo de un fiscal del ministerio público”.

Comentario. La existencia de una norma que consagre una regla acerca de los reconocimientos presenciales y mediante set fotográficos en nuestro sistema procesal, según entendemos, es fundamental y necesaria. Efectivamente, tanto por el alto número de errores en la sindicación de imputados –en el contexto de los procesos que terminan en absoluciones–, como por la intolerable variada gama de exigencias para proceder con este tipo de diligencias; ni el Poder Judicial ni las policías han sido capaces hasta la fecha de construir un estándar de aplicación común que cause algún grado de certeza a la comunidad, por lo mismo, es necesario –a diferencia de lo que ocurre en la mayor parte de las propuestas– que el legislador construya un piso mínimo para obtener una información tan sensible como la imputación más o menos directa de responsabilidad penal fuera de un contexto de flagrancia.

I. 21) De la entrada y registro con o sin autorización del encargado; de la orden judicial y de la incautación de objetos distintos del delito investigado

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para reemplazarlo por el siguiente:

“...) Incorpórase el siguiente inciso final al artículo 205:

‘Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, en casos urgentes o cuando existieren antecedentes que hicieren temer que el requerimiento al encargado del inmueble pudiere frustrar el éxito de la diligencia, el fiscal, sin necesidad de requerir la autorización voluntaria del encargado del inmueble, podrá solicitar inmediatamente la entrada y registro al Juez de Garantía’.

Comentario. A nuestro juicio, esta propuesta es sobreabundante. Nos parece que aun cuando el legislador regule la entrada y registro a lugar cerrado con autorización del encargado del inmueble o bien mediante orden judicial; nada impide que derechamente se solicite orden al juez que corresponda y se proceda a la entrada.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente numeral, nuevo:

“...) Agrégase en el inciso primero del artículo 206, la siguiente frase a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser coma (:): ‘o que se está procediendo a la destrucción de aquellos objetos e instrumentos a que hace referencia el inciso primero del artículo 187 y aquellos que provengan del delito’”.

Comentario. La propuesta es sensata y parece necesaria desde el punto de vista práctico. Sin embargo, conviene preguntarse si desde el punto de vista policial, la destrucción de las especies referidas en la indicación acaso no constituyen la eventual comisión de un delito.

De Su Excelencia el señor Presidente de la República, para incorporar el siguiente numeral, nuevo:

“...) Reemplázase en el artículo 215 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’”.

Comentario. En nuestro concepto, la modificación propuesta es altamente peligrosa. Efectivamente, sin control judicial alguno, las policías que investigan un hecho determinado pueden incautar objetos diversos desde un lugar determinado, que a su vez puedan resultar ser materia de un delito diverso. En lo concreto, pareciere que la facultad permite dotar de eficiencia la diligencia que se practica. Investigo por un delito y obtengo uno o más resultados adicionales al previsto; sin embargo, las alarmas resuenan cuando en el sitio del suceso nada había de acuerdo a lo originalmente pronosticado; sin embargo, levanto objetos criminalmente relevantes que nada tenían que ver con la actividad desplegada.

I. 22) Del no ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 247 por el Fiscal

Del Honorable Senador señor Espina, para incorporar un nuevo número, con el texto que se señala en seguida:

“...) Sustitúyese el inciso quinto del artículo 247 por el siguiente:

“Transcurrido este plazo sin que se hubiere deducido la acusación, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, oficiará al fiscal regional respectivo dándole cuenta de la situación producida para que, directamente y en el plazo de veinte días, presente la respectiva acusación o bien informe al tribunal que ésta no se presentará, consignando las razones que motivan esta decisión””.

De Su Excelencia el Presidente de la República, para introducir las siguientes modificaciones al numeral:

a) Elimínase la letra a).

b) Incorpórase la siguiente nueva letra d):

“d) Agrégase el siguiente inciso cuarto:

“Con todo, tratándose de delitos que tengan pena de crimen, transcurrido el plazo de diez días señalado en el inciso primero, sin que el fiscal hubiere solicitado sobreseimiento, deducido acusación, o comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, deberá remitir los antecedentes al fiscal regional para que en el plazo de cinco días, desde que éstos sean recibidos, ejerza alguna de las facultades previstas en este artículo””.

Comentario. En nuestra opinión, el sobreseimiento definitivo es la sanción procesal idónea para el caso que el Ministerio Público no ejerza algunas de las facultades que le permite el artículo 247. Tras la sanción se encuentra la protección al derecho a ser juzgado en un plazo razonable, asociado a la duración de la investigación fijada por el juez o por la ley. La decisión de formalizar una investigación por algún delito o grupo de delitos que impliquen una extensa actividad de indagación significa que el Fiscal ya sabía antes de formalizar las dificultades que eso apareja y, además, si acaso el plazo judicial fijado pecó de insuficiente, siempre pudo solicitar su ampliación. En otras palabras, el acusar en un lapso de 10, 15 ó 30 días luego de declarado el cierre, no es el problema sino la suficiente diligencia para evitar tener que acusar a partir del plazo vencido. Con todo, el asunto se vuelve más complejo cuando existe querellante, puesto que de la negligencia Fiscal se sigue su indefensión. En estos casos, el querellante debería poder sostener la acusación subrogando al Fiscal en su rol, caso en el cual la sanción se comunicará sólo al Ministerio Público.

Por el contrario, la línea de las propuestas comulgan en posibilitar que Ministerio Público de todos modos pueda acusar. Si esto es así, carece de completo sentido poner un límite al lapso en que se puede investigar.

I. 23) De las facultades del querellante y de la víctima respecto de diligencias investigativas y sobre la posibilidad de autorizar la presentación de acusación

Del Honorable Senador señor Horvath, para agregar, en el inciso segundo propuesto, las siguientes oraciones finales: *“La víctima podrá solicitar al Ministerio*

Público en dicha audiencia la realización de diligencias de investigación. En caso de negarse, la víctima podrá reclamar de dicha decisión en ese mismo acto ante el tribunal de garantía, a fin de que en caso de considerarlas pertinentes en atención a los antecedentes de la causa, ordene su realización en el plazo que fije. Sin perjuicio de lo anterior, la víctima o querellante podrá reclamar de la denegación de dicha solicitud ante las autoridades del ministerio público, a fin de que se investiguen responsabilidades administrativas que pudiesen existir”.

Comentario. Si bien la propuesta parece razonable en tanto pretende dar cobertura a la víctima no alineada con la investigación fiscal, si consideramos que dicha prerrogativa debiera concederse exclusivamente al querellante.

Del Honorable Senador señor Horvath, para reemplazar el inciso séptimo propuesto por el siguiente:

“El juez sólo podrá autorizar al querellante a presentar acusación en los términos previstos en los incisos tercero y cuarto de este artículo, cuando considere que existen elementos de hecho y de derecho que la hagan plausible, aun cuando el Ministerio Público no hubiese formalizado la investigación con anterioridad. En tal caso, la acusación sólo podrá referirse a hechos incluidos de manera expresa y personas imputadas en forma determinada en la querrela, aun cuando se efectuare una distinta calificación jurídica”.

Comentario. En nuestra opinión, la propuesta va en la línea correcta, especialmente, cuando se dota al querellante de herramientas de prosecución ante la omisión fiscal. Sin embargo, aun cuando destacamos la protección del principio de congruencia entre los hechos de la imputación y acusación, lo cierto es que, en nuestro concepto, para acusar resulta fundamental la formalización fiscal, sin que baste una narración fáctica contenida en una querrela. Primero, porque carece de toda objetividad; segundo, porque expresa exclusivamente la versión de la o las víctimas.

I. 24) Del recurso en contra del auto de apertura

Del Honorable Senador señor Horvath, para sustituirlo por el que se señala a continuación:

“27) Reemplázase el inciso segundo del artículo 277 por el siguiente:

‘El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible de recurso de apelación interpuesto por aquel interviniente que haya sufrido agravio producto de la exclusión de pruebas decretada por el Tribunal de Garantía, el cual será concedido en ambos efectos’”.

De la Honorable Senadora señora Alvear, para reemplazarlo por el siguiente:

“27) Elimínanse, en el inciso segundo del artículo 277, las expresiones ‘, cuando lo interpusiere el ministerio público’, y ‘de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente’”.

Comentario. Respecto de las propuestas destinadas a modificar el sistema de impugnación del auto de apertura, coincidimos plenamente con la indicación, puesto que nada justifica un sistema de recursos que beneficie exclusivamente a la persecución oficial.

II. CONCLUSIONES

Si bien es cierto, luego de la presentación del proyecto original del Ejecutivo se perciben ciertas indicaciones que demuestran alguna consideración por el rol del Juez de Garantía en el proceso, como es el caso de la incidencia del tribunal ante reclamaciones por archivos provisionales; todavía se advierten iniciativas que intentan modificar peligrosamente la estructura del sistema procesal penal original.

Necesitamos decidir qué tipo de querellante queremos; cuál es el rol preciso que requerimos del Ministerio Público en relación con las policías; urgentemente debemos optar por confiar o no en el Juez de Garantía en tanto filtro necesario para validar los actos que violenten derechos garantidos por la Constitución. En la medida que conozcamos las respuestas a estas preguntas, podremos construir un sistema procesal acorde con nuestra realidad y no de acuerdo a la mirada de sociedades distintas.

Al igual que en los comentarios efectuados aquí mismo respecto del proyecto de reforma original, nuevamente advertimos sobre la decisión de confiar definitivamente en el Juez de Garantía y permitirle resolver apoyándolo y capacitándolo si fuere necesario o si más temprano que tarde, las facultades policiales y fiscales se ejercerán sin control jurisdiccional.