

UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Derecho

El Delito Flagrante: Sus implicancias en el Proceso penal

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor Patrocinante: Sra. Ada Gajardo Pérez.

Alejandro Reyes Catalán

Valdivia Chile 2004

Contenido

| | |
|---|----|
| Informe Profesor Patrocinante . | 1 |
| INTRODUCCION . | 3 |
| CAPITULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES . | 5 |
| I) CONSTITUCIONALIZACION DEL CODIGO PROCESAL PENAL . | 5 |
| II) BREVE RESEÑA DE LA SITUACION ACTUAL . . | 9 |
| III) GARANTIA DE DEFENSA DEL IMPUTADO . | 11 |
| IV) IMPUTACION EN EL PROCESO PENAL . | 12 |
| CAPITULO SEGUNDO: DELITO FLAGRANTE Y CONSTITUCION . | 15 |
| I) IMPLICANCIAS DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES CON EL DELITO FLAGRANTE . | 15 |
| II) PRINCIPIO DE JURIDICIDAD . | 18 |
| III) REALIDAD VERSUS IDEALES . | 20 |
| IV) GARANTIAS CONSTITUCIONALES PROCESALES . | 22 |
| V) EL AMPARO ANTE EL JUEZ DE GARANTIA . | 24 |
| VI) HABEAS CORPUS CONSTITUCIONAL . | 27 |
| VII) COEXISTENCIA DE LOS INSTITUTOS . | 27 |
| VIII) FACULTADES DEL FISCAL EN CASO DE DETENCION FLAGRANTE . . | 29 |
| CAPITULO TERCERO: EL DELITO FLAGRANTE Y SUS ASPECTOS PROCESALES . | 35 |
| I) INTRODUCCION . . | 35 |
| II) LA DETENCION EN DELITO FLAGRANTE . | 36 |
| III) PRESUPUESTOS DE LA DETENCION EN DELITO FLAGRANTE . | 37 |
| IV) CRITERIOS DEL LEGISLADOR NACIONAL . | 43 |
| V) ANALISIS DEL ARTICULO 130 DEL CODIGO PROCESAL PENAL . | 45 |
| VI) LA DETENCION . | 47 |
| VII) AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCION . . | 52 |
| VIII) MECANISMOS CORRECTIVOS DE PROTECCION DE GARANTIAS . . | 55 |

| | |
|---|----|
| IX) SITUACION DEL ARTICULO 206 DEL CODIGO PROCESAL PENAL . | 59 |
| CAPITULO CUARTO: EL DELITO FLAGRANTE Y SU ASCEPCION PENAL . | 61 |
| I) ASPECTOS INTRODUCTORIOS . | 61 |
| II) TERMINOLOGIA COMUN . | 62 |
| III) TERMINOLOGIA JURIDICA . . | 62 |
| IV) REGULACION DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO . | 63 |
| V) PARAMETROS DELIMITATIVOS . . | 65 |
| VI) PROPUESTA DEL TESISTA . | 67 |
| VII) PALABRAS FINALES . . | 71 |
| CONCLUSIONES . . | 73 |
| BIBLIOGRAFIA . | 77 |
| Códigos y Leyes . | 79 |
| Revistas y Diccionarios . . | 79 |
| Referencias Electrónicas . | 80 |

Informe Profesor Patrocinante

Valdivia, septiembre 20 de 2004

Señor Director

Instituto de Derecho Público

Don Andrés Bordalí S.

Presente

Por medio de la presente nota, paso a informar la memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, de don ALEJANDRO JAVIER ALONSO REYES CATALAN, titulada "El delito flagrante: sus implicancias en el proceso penal".

El tema de la memoria, el delito flagrante, es de suma importancia en la estructura del proceso penal, no solo en el inicio de la investigación, sino que en el juicio oral, cuestión que es abarcada por el memorista adecuadamente.

El índice se encuentra minuciosamente detallado.

Cada tema ha sido tratado con detalle, existiendo armonía y coherencia en su presentación.

La bibliografía es amplia y obedece al contexto, lo que permite ampliar, de ser necesario, el conocimiento del tema a través de la consulta de textos.

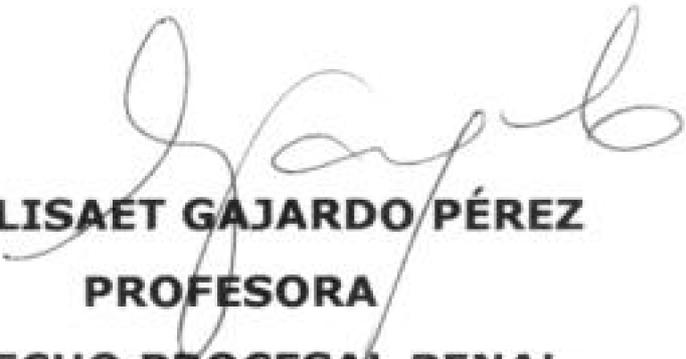
La propuesta del memorista, demostrar la necesidad de precisar el concepto de flagrancia, y de entender la importancia de ello en orden al resguardo de las garantías constitucionales, se logra completamente.

El memorista, presenta como aspecto novedoso, que la precisión del concepto de delito flagrante, que echa de menos, debe provenir del Derecho Penal, lo que, resulta muy interesante.

Las conclusiones del trabajo, guardan coherencia con el trabajo desarrollado y son dignas de tenerse en cuenta.

El texto está bien desarrollado, presenta una lectura fácil y amena, y constituye un aporte para aquellos interesados en los aspectos del nuevo proceso penal, sobre todo de aquellos problemas que recién comienzan a plantearse, que están poco analizados, y sobre los que recaerá, sin duda alguna, la atención de la legislación y la doctrina.

De conformidad con lo expresado, y de acuerdo con el trabajo desarrollado, informo la presente memoria con nota 7.0 (siete coma cero).



ADA LISAET GAJARDO PÉREZ
PROFESORA
DERECHO PROCESAL PENAL

INTRODUCCION

El nuevo proceso penal, constituye un cambio trascendental en nuestro sistema jurídico, siendo quizás la reforma más importante del siglo pasado, y que permite asegurar con mayor claridad y certeza, que el Estado de Chile se acerca hacia la consolidación de una verdadera democracia.

En efecto, la democracia, pilar de las sociedades modernas, solo se puede sostener en virtud de normas que aseguren a todos los ciudadanos, incluidos los infractores de la ley, las debidas garantías de que toda decisión emanada del Estado, a través de sus distintos órganos, se ajuste a criterios claros y que estén conformes con la Constitución.

Al acoger nuestro país, el postulado de que las normas constitucionales encuentran su fundamento último en las normas internacionales, le llevó a desarrollar una serie de cambios en nuestra legislación para adecuarse a este mundo globalizado, que implican en definitiva la protección de los derechos humanos.

Así, nació el Código Procesal Penal. Pero, como toda obra humana, es perfectible. No todo fue previsto ni regulado como debería haber sido; hay falencias que pueden dar pie a que la sociedad toda desconfíe del mismo.

El delito flagrante constituye una de esas falencias, materia que, hasta ahora, ha sido objeto de casi nulo debate por la doctrina chilena, situación producida, a mi modo de ver, principalmente porque el sistema inquisitivo centraba su eficacia en el proceder de los agentes policiales para encontrar la verdad, por lo que estos actuaban con una serie de prerrogativas dadas por las normas procedimentales, pero en el actual proceso

acusatorio, donde la controversia debe ser resuelta bajo el irrestricto apego a los derechos fundamentales de las personas, el tema del delito flagrante y su regulación adquiere ribetes trascendentes, por cuanto en sede jurisdiccional, en la primera audiencia del imputado, se puede resolver si estaban dados los presupuestos para aplicársele, en primer lugar, una medida cautelar personal, y en segundo, como tema principal, si están dados los presupuestos para el inicio de un proceso penal que determine una sanción de acuerdo a las garantías que este establece.

Una adecuada regulación del tema, permitiría evitar las dudas en el actuar de las policías enfrentadas a un hecho constitutivo de delito flagrante, evitando así que se vean cuestionadas al momento de controlar la legalidad de la detención, lo que sin duda haría perder eficacia y confianza en el actuar de las mismas.

Por lo mismo, para poder desarrollar nuestra memoria, entraremos a analizar la incipiente doctrina nacional, que ha debido avocarse a estudiar, quizás por primera vez, algunos aspectos sobre el delito flagrante, utilizando además los planteamientos efectuados por autores extranjeros, basados en sus respectivas normas jurídicas.

Además de esto, se hará un estudio de las actuales normas procesales, constitucionales y de Tratados Internacionales que pudieren incidir en el tema, como una revisión de algunos fallos de los tribunales del nuevo proceso penal que nos den luces y nos permitan sostener y argumentar las conclusiones que se deriven de este estudio, que busca desentrañar si existe una adecuada regulación del tema, y que en definitiva permita dar pautas claras sobre como actuar frente a la comisión del delito flagrante, partiendo de la hipótesis de que esta institución no se encuentra bien delimitada, proponiendo a su vez, las correspondientes respuestas que el ordenamiento jurídico chileno debería propender a realizar para zanjar, de acuerdo a parámetros jurídicamente aceptables, los casos de delito flagrante que se presenten ante los tribunales chilenos, y así seguir consolidando el Estado de Derecho.

CAPITULO PRIMERO: ASPECTOS GENERALES

I) CONSTITUCIONALIZACION DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Con el nacimiento del nuevo milenio, vio la luz en nuestro país, una nueva forma de hacer justicia en materia penal, dejando en el pasado el sistema inquisitivo, por un nuevo sistema acusatorio, basado en la irrestricta protección de los derechos de los involucrados en el proceso penal (principalmente los del imputado y la víctima).

Sin duda alguna, la conciencia por parte de la mayoría de los actores jurídicos, de que era necesaria la reforma del sistema de justicia criminal, implicó la incorporación de todo el soporte jurídico y doctrinario internacional para dar a esta creación las mayores expectativas de éxito y balance ¹.

¹ Para mayor información sobre evolución histórica del proceso penal en Chile, ver CAROCCA Alex, DUCE Mauricio, RIEGO Cristian, BAYTELMAN Andrés, VARGAS Juan Enrique. *Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica Conosur. Santiago, 2000, pág. 5 a 30.

En efecto, era un hecho, que las normas procedimentales no respetaban los derechos de los imputados, derechos que forman parte de los elementos esenciales de un Estado de Derecho, que estaban recogidas en toda la legislación internacional, y que esa situación era igualmente constitutiva de una violación a los Derechos Humanos.²

Al respecto, señala el jurista Santiago Corcuera Cabezut, “sabemos que los Derechos Humanos son las facultades que toda persona tiene en razón de sus atributos esenciales, es decir, de aquellos atributos que la hacen ser lo que es, una persona humana y no otra cosa. A partir de este concepto se entiende por eficacia de los derechos humanos el goce y ejercicio de estos derechos por sus titulares, y por violación a los mismos, en un sentido amplio, la obstrucción, restricción o eliminación de la posibilidad de gozar y ejercer esos derechos, provocada por cualquiera”³. Sin duda alguna el procedimiento penal, violaba garantías fundamentales, con instituciones como el auto de procesamiento, secreto de sumario, la aplicación desmedida de medidas cautelares, etc; que transformaban al Estado chileno en transgresor de los Derechos Humanos, debido a que su legislación era incompatible con las normas internacionales.

Pero eso cambió, también motivado por esta actual sociedad moderna, donde los límites de la soberanía cada vez se van haciendo más estrechos. En efecto “Se percibe claramente una tendencia que por fortuna, socava el concepto de soberanía estatal que resulta pernicioso en las relaciones internacionales, sobre todo en lo referente a temas como la protección de los derechos fundamentales de la persona humana”.⁴

En el mismo sentido se pronunció Cristian Riego el año 1994 “A partir del término de la Segunda Guerra Mundial se ha venido produciendo un amplio proceso de creación y aceptación de normas internacionales destinadas a establecer y resguardar derechos a favor de las personas, cuya protección ha dejado de ser considerada como un asunto interno de cada Estado, para pasar a constituirse en objeto de las relaciones internacionales y el Derecho Internacional”, “En este contexto el Estado chileno ha venido involucrándose en el proceso de producción de estas normas y se ha obligado a su cumplimiento...”⁵. Prosiguiendo este autor en torno a la situación de aquella época el solo hecho de encontrarse internacionalmente obligado el Estado chileno por estos

² Para la mayoría de la doctrina, se entiende como elementos comunes a todo Estado de Derecho: 1) La supremacía del Derecho, 2) La división de los poderes, 3) El reconocimiento de los derechos y libertades fundamentales de las personas, 4) La constitucionalidad y control de la Administración, y 5) la responsabilidad de los poderes públicos.

³ CORCUERA CABEZUT, Santiago. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Oxford University Press, Mexico 2002, pág 27.

⁴ Idem, pág. 47. Una opinión parecida sustenta el profesor Quinzio Figueredo, quien dice “Vivimos hoy en una sociedad globalizada y heterogénea, en un amplio concepto de universalidad, donde los Derechos Humanos son reales. La justicia y el pluralismo son fundamentos del Estado de Derecho, indispensables para la construcción de un régimen de derecho y libertades. La historia no transcurre en vano. Los estados tradicionales están perdiendo su identidad, están desapareciendo las fronteras entre las naciones y un nuevo halito recorre el ámbito internacional. El viejo dogma de la soberanía es vulnerable.” QUINZIO FIGUEREDO, Jorge Mario. “Internalización de los Derechos Humanos. Fin del mito de la soberanía nacional”, en *La semana jurídica*, N°24, 23 a 29 de abril 2001, pág. 6.

instrumentos les otorga suficiente relevancia como parámetros, a partir de los cuales debe ser revisada la legislación interna con miras a su adecuación por vía legislativa a las exigencias que ellos plantean. En este sentido, la identificación precisa de las contradicciones de la legislación nacional con las normas internacionales debiera contribuir a que el Estado de Chile desarrolle los procesos de reforma legislativa destinados a superar esa situación.⁶

Esto sin duda motivo que el nuevo Código Procesal Penal, incorporara todo el sustrato material desplegado en los Tratados Internacionales, y que por mandato directo del constituyente en el artículo 5 inciso 2 de nuestra Carta Magna, es norma vinculante para las normas inferiores.

Por lo mismo, las normas incorporadas en el Código Procesal Penal, no son más que la explicitación de las garantías ya incluidas en el ordenamiento jurídico, pero que por razones de política criminal había sido imposible incorporar con anterioridad.⁷

Sin duda alguna, se ha producido una verdadera constitucionalización del proceso penal, debido a que esta característica no solo emana del artículo 19 N°3 de la Constitución, el que dice “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”, sino que ahora encuentra explícita consagración, con todos los elementos que la doctrina entiende por debido proceso, en el Código Procesal Penal, vale decir:

Debe haber un proceso previo, con una tramitación que haya sido establecida previamente por una ley

La ley exclusiva y excluyentemente puede establecer un procedimiento racional y justo, que termine con un fallo judicial

La ley debe establecer garantías procesales para que el fallo judicial emane de un proceso previo, racional y justo⁸

⁵ RIEGO, Cristian. *El proceso penal chileno y los derechos humanos. Volumen I*, Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 1994, pág. 19.

⁶ Idem. Pág. 16. Al respecto existe norma vinculante del pacto de San José de Costa Rica, la que en su Capítulo I, artículo 2 establece “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁷ Tan cierto es esto que ya don Jorge Montt, al momento de dictar el Código de Procedimiento Penal, en su mensaje de 31 de Diciembre de 1894, señaló que no era posible implementar el sistema acusatorio, debido a que “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 este reservado todavía para un tiempo remoto”.

⁸ HAUVA GRONE, Diego. El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos Tratados Internacionales de derechos humanos relativos al debido proceso en los principios básicos del nuevo código, en *Revista Procesal Penal* N°5, Enero 2003. Editorial Lexis Nexis, Santiago, pág. 17.

Junto con reconocer, estos requisitos básicos para hablar de debido proceso, la doctrina también ha señalado cuales deberían ser las garantías mínimas para que exista un proceso racional y justo⁹. Del análisis del Código Procesal Penal, aparece que, una de sus principales características es su modernidad, en amplio sentido...Esta modernidad del Código le otorga características reseñadas en los Tratados Internacionales, como: garantismo constitucional, principio de presunción de inocencia, celeridad en el proceso, derecho a un defensor real, certeza jurídica, derecho a conocer de la imputación, derecho a la publicidad en el proceso, etcétera, en general casi todas las características procesales que doctrinariamente se establecen como formativas de un Debido Proceso de Derecho.

10

Sin duda alguna, esa es la mayor virtud del Código, la armonía entre sus normas y la Constitución, entendiendo como parte integrante además del ordenamiento jurídico a los Tratados Internacionales, por eso “existe una verdadera consecuencia entre los derechos enunciados en la Constitución en los artículos 19 N°3 y 7°, y lo que en la práctica se ha estimado internacionalmente que ha de ser la justicia penal”¹¹.

Sin duda el tema que nos convoca, esto es el delito flagrante, por la estructura del proceso, se encuentra aparentemente bien regulado, pero al analizar más profundamente las consecuencias de la actual consagración de este, nos damos cuenta de que sin duda, se presenta un grave problema de certeza jurídica.

Señalo lo anterior, por cuanto, a pesar de la importancia del tema, y de lo señalado por las estadísticas, se ha producido un escaso avance, que permita dar certeza a los involucrados en el proceso penal.

En efecto, un estudio empírico sobre un universo de 2990 condenas judiciales, realizado por la Fundación Paz Ciudadana, estableció que la detención realizada en caso de flagrancia, era sin lugar a dudas la más preponderante¹². Esto debiera motivar un cambio en la legislación, no con el objeto de afectar las garantías presentes, disminuyendo así el umbral de protección, sino al revés, esto es, entregando pautas claras que den la seguridad a la sociedad toda, de que los criterios aplicados se encuentran fundamentados en razones de política criminal que respeten lo garantizado en la Constitución y los Tratados Internacionales.

⁹ Sobre las garantías mínimas para que exista un proceso racional y justo, ver CHAHUAN SARRAS, Sabas, *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago 2001, pág. 23 y 24.

¹⁰ HAUVA GRÖNE, Diego. Op. cit. en nota 8, pág. 26.

¹¹ Idem, pág. 27.

¹² Este estudio sobre condenas que en su mayoría son del año 1999, establece lo siguiente; En cuanto al delito de robos y hurtos; el 71% corresponden a detenciones al momento de la comisión; En tráfico de drogas el 95%; en homicidio un 25%; en violación un 21%; en abusos sexuales un 18% y en lesiones un 41%, lo que demuestra la importancia de la detención en un hecho flagrante. Fundación Paz Ciudadana, página Web www.pazciudadana.cl.

II) BREVE RESEÑA DE LA SITUACION ACTUAL

Para determinar el cambio producido entre los dos sistemas criminales vigentes en el país, se hará una breve alusión a lo sucedido en el procedimiento inquisitivo.

Por ejemplo, los plazos de la detención (en directa relación con este trabajo). El plazo según el Código de Procedimiento Penal antiguo era de 24 horas si la detención se realizaba en caso de flagrancia, plazo que se podía ver aumentado a 5 días de conformidad al artículo 272 bis del código ya mencionado, transformando esta ampliación en la excepción (que prácticamente en la realidad era la regla general) quedando al criterio del juez la fundamentación.

Otra situación era la provocada por el abuso de los funcionarios policiales, producidos en dos momentos, en primer lugar durante el momento de la detención; y en segundo lugar durante su estadía en los cuarteles policiales.

En cuanto a los abusos al momento de la detención, esto se puede producir en el instante de reducir al detenido o inmediatamente después, en relación a este aspecto se proporcionan algunas estadísticas “de los 165 casos que se escogió de un total de 200 casos presentados en la Corporación de Asistencia Judicial, el 61,2% de la violencia se produjo en la calle. Si a dicho porcentaje sumamos la violencia producida en otros espacios públicos tales como plazas o canchas, dicha cifra aumenta aun 67,8%. En tanto que el 21,8% de los casos ocurre en el domicilio del afectado y un 6,6% en el furgón policial”, también se puede agregar la situación investigada ante los Tribunales militares, donde se indica que es “una practica relativamente generalizada de la policía el intentar ocultar los abusos policiales a través de la supuesta violencia ejercida por el detenido”.¹³

El otro grupo de abusos, se producía al ingresar el imputado al cuartel policial, donde hay dos fases, la primera se refiere a actos en los que los abusos se producen con el propósito de interrogar u obtener información del detenido, y la segunda que se produce sin este propósito, “ de 165 casos que tramita la Corporación de Asistencia Judicial en 157 se denunciaron golpes diversos: 82 consistentes en golpes de puño y patadas, 21 casos en los que se denuncian golpes hasta romper la cabeza, 18 produciendo quebradura de alguna parte del cuerpo, 8 hasta dejar inconsciente, y hasta 4 producir la muerte. Estas cifras son ratificadas por nuestra revisión de 200 casos de la Corporación de Asistencia Judicial en donde concluimos que en cerca de dos tercios de los mismos los abusos están constituidos por golpes que podríamos categorizar como menos graves y leves, básicamente golpes con patadas y palos. Estas practicas constituyen una violación a la normativa internacional ratificada y vigente en Chile, como son la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura”.¹⁴

¹³ CEJIL. *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile (resultado de una investigación exploratoria)*. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, Santiago 2002, pág. 27.

El mismo estudio también revela que la gran mayoría de los casos se produce por maltratos que no se enmarcan en un proceso, y es mas bien una forma de utilizar esta violencia como amedrentamiento para asustar o intimidar o castigar ciertas conductas que a la policía les parece sospechosa.¹⁵

Todo esto se produce debido a los problemas de control judicial, y por cuanto las denuncias de abuso ante el propio juez que lleva la causa no tiene mayor efecto.¹⁶

Se debe señalar que estas situaciones de abusos se producían por cuanto el rol de la confesión constituía el principal medio de prueba utilizado, y que la confesión ante la policía era considerada fundamental, no importando que dicha confesión haya sido obtenida a través de apremios ilegítimos y mas aun sin presencia alguna de un defensor.

Esto sin duda ha tendido a mejorar, por cuanto la estructura del proceso, la garantía de protección de los derechos, y la división de las funciones produce un notorio cambio en cuanto a la necesidad de aplicación de métodos ilegítimos por parte de la policía.

En efecto, los mecanismos del artículo 131 y 132 (referentes al control de la detención), el artículo 95 del CPP (amparo ante el Juez de Garantía), y el artículo 276 inciso y tercero del CPP (referente a la exclusión de la prueba por inobservancia de las garantías fundamentales¹⁷) redundan en la disminución de estas prácticas.

Además la circunstancia de la declaración del imputado ante la policía, que según el artículo 91 del Código Procesal Penal¹⁸, es diametralmente opuesta a su antecesor el artículo 120 bis del antiguo código, en cuanto a que se faculta a la policía el consignar sumariamente las declaraciones que se allanaren a prestar el inculcado o los testigos.

En suma, ha existido un cambio notorio en cuanto a estas comunes situaciones que se producían en el procedimiento penal antiguo.¹⁹

¹⁴ Idem, pág. 31.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Al respecto un informe de la Universidad Diego Portales de 1998 indico que del total de expedientes analizados, terminados con sentencia condenatoria, en un 25, 8% de los casos el expediente presenta una acusación del procesado en contra de la actuación de la policía y de ellas consideradas como un 100% sólo en el 22,1% de los casos el expediente registra alguna actividad judicial como consecuencia de dicha denuncia. Idem, pág. 33.

¹⁷ Al respecto, ver resolución confirmatoria de Corte de Apelaciones de Talca, de fecha 14 de Mayo de 2003, sobre la apelación del Ministerio Público a la exclusión de prueba en el auto de apertura de juicio oral, en *Revista Procesal Penal*, N°11, Julio 2003, pág. 39 y sigtes.

¹⁸ En efecto, este artículo señala "*Declaraciones del imputado ante la policía*. La policía solo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si este no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitaran a constatar la identidad del sujeto. Si en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomara las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia".

III) GARANTIA DE DEFENSA DEL IMPUTADO

Podemos definir la garantía de defensa del imputado, como “aquella garantía constitucional que le asegura al imputado la posibilidad de intervenir ya sea directamente y/o a través de un defensor letrado, desde el inicio y a lo largo de todo el procedimiento penal, en todas las actuaciones del procedimiento en que la ley expresamente no lo excluye, con la finalidad de manifestar su inocencia o cualquier circunstancia que extinga o atenué su responsabilidad”.²⁰

Esta definición hace alusión tanto a la defensa material como a la defensa letrada²¹.

Siendo la defensa una garantía constitucional, y configurar una garantía individual, esta se alza como un valor superior del sistema jurídico y político, por lo que puede ser exigido su pleno respeto durante todo el proceso penal.

Por esto, esta garantía constitucional alcanza no solo al juicio jurisdiccional propiamente tal, sino que también a la investigación preparatoria y a la etapa de preparación del juicio oral, por lo tanto, no surge con la formalización sino que mucho antes, con la imputación.²²

En este proceso, a diferencia del procedimiento penal inquisitivo²³, los mecanismos para hacer aplicable la vigencia del mismo, sin lugar a dudas, son una premisa esencial, por cuanto debemos entender que una vez que se produzca la imputación, nace el derecho que tiene todo imputado a ser defendido por alguien de su confianza, y correlativamente, surge para el Estado el deber de otorgar una defensa penal pública a aquellas que carezcan de abogado.²⁴

¹⁹ Si se desea profundizar sobre el cambio producido, ver CEJIL.Op. cit. en nota 13. *Capítulo II*, p.47 a 62,

²⁰ CAMPS SELLER, José Luis. *La defensa del imputado en la investigación del nuevo proceso penal*. Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, pág. 12.

²¹ Para una cabal comprensión de los términos y su alcance, ver CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, *El Código Procesal Penal, Comentarios, Concordancia Jurisprudencia*, Librotecnia, Santiago 2003, pág. 23 y 24.

²² En este sentido, durante la tramitación del proyecto del Código Procesal Penal “se acordó tratar en primer lugar la calidad de imputado, y luego el ámbito de la defensa que es consecuencia de aquella calidad” PFEFFER URQUIAGA, Emilio, *Código Procesal Penal, anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, pág. 26.

²³ En que ha quedado demostrado a través de la práctica, que el imputado se encuentra desprotegido, en la mayoría de los casos, de la posibilidad de tener una defensa efectiva

²⁴ Normas consagradas en Tratados Internacionales y que por lo tanto son vinculantes para el Estado chileno, ver el art. 14 N°3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8° N°2 de la Convención Americana de Derechos Humanos

IV) IMPUTACION EN EL PROCESO PENAL

Para poder hacer exigible los derechos que le reconoce y garantiza el ordenamiento jurídico a quien se ve involucrado en un proceso penal, se debe clarificar la circunstancia de cuando se considera imputado una persona.

En esta materia, hay que disentir con lo señalado inicialmente por Guillermo Piedrabuena, Fiscal Nacional, por cuanto para este la formalización de la investigación “permite precisamente al imputado conocer cuales son las imputaciones concretas que hace el fiscal y esto le permite ejercer el derecho a su defensa”²⁵.

En virtud de esto, para la Fiscalía, no cabe considerar como imputado a una persona respecto de la cual no se ha formalizado la investigación, ni se han formulado cargos. En este caso, la Fiscalía estima que se esta en presencia de posibles afectados por una investigación preliminar, mas no de imputados²⁶.

En consecuencia, para este órgano, la formalización de la investigación es el momento a partir del cual el procedimiento penal se dirige en contra de una persona determinada, y por lo tanto este es el instante en que se adquiere la condición de imputado, y surge la garantía de defensa.

Con tal postura, estamos en desacuerdo, por cuanto la imputación, tiene un campo mas amplio, entendiéndola como “la atribución de responsabilidad a una persona determinada en un hecho punible, en el marco de un procedimiento penal”²⁷, y esta no solo se realiza con la formalización, sino ante cualquier actuación que impute un hecho punible a alguien, y esta es la interpretación mas correcta atendiendo al artículo 7 del Código Procesal Penal, una interpretación, en los términos del instructivo, bordea la inconstitucionalidad, tanto de la Carta Nacional, como la de los Tratados Internacionales, vulnerando además el espíritu de la nueva legislación procesal penal.

Por lo recién señalado, la garantía constitucional de la defensa, “alcanza no solo al juicio jurisdiccional propiamente tal, sino que también a la investigación preparatoria y a la etapa de preparación del juicio oral, por lo tanto no surge con la formalización sino que mucho antes, con la imputación, es decir, desde que los órganos encargados de la persecución penal, en el marco de un procedimiento, atribuyan responsabilidad en un hecho punible a una persona determinada. Es este el instante en que el procedimiento penal se dirige en contra de esta persona, pudiendo en consecuencia, ejercer la garantía de defensa a fin de manifestar su inocencia o cualquier otra circunstancia que atenué o extinga su responsabilidad”.²⁸

²⁵ MINISTERIO PÚBLICO-FISCALÍA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°1 a 25, Septiembre-Noviembre de 2000, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Instructivo N°4, pág. 79.

²⁶ *Idem*, pág. 75.

²⁷ CAMPS SELLER, José Luis. *Op. cit.* en nota 20, pág. 76.

Siguiendo los argumentos señalados, todas aquellas medidas cautelares personales, que sean aplicadas una vez formalizada la investigación, carecen de mérito imputativo, por cuanto esta ya se ha producido con anterioridad.

Pero no obstante lo anterior, hay medidas cautelares personales que tienen la virtud suficiente para producir imputación y, por ende, provocar de conformidad al Art. 7 del Código Procesal Penal, la calidad de *imputado*. Estas medidas son la detención por flagrancia, la citación por flagrancia y la detención por cualquier tribunal que no ejerza jurisdicción en lo penal.²⁹

Ahora bien, tratándose de la detención por flagrancia, (independiente del sujeto activo que proceda a realizarla) indubitadamente esa detención, implica atribuir a una persona responsabilidad en un hecho punible. Esto se desprende de la naturaleza misma de la detención por flagrancia. El artículo 130 del Código Procesal Penal es el que establece los casos en que nos encontramos frente a una situación de flagrancia, y que en definitiva permite determinar si estamos o no frente a esta situación.

En este orden de ideas, si la detención en estado flagrante es realizada por un particular, la imputación forzosamente se produce cuando la persona que haya detenido al presunto autor de un hecho punible, lo entregue a la policía, al Ministerio Público, o a la autoridad judicial³⁰, ahora bien, si la detención es practicada por la policía (en un delito flagrante), la imputación se produce desde el instante mismo de la detención.

Ahora bien, según el Fiscal Nacional, cuando se produce la detención en caso de flagrancia se estaría frente a una *imputación provisoria*, mientras el fiscal resuelve si formaliza acusación o no.³¹

Por lo mismo, “ante una imputación provisoria de la policía que aún no es compartida por el fiscal, el detenido tiene derecho a la defensa, a conocer cuales son los cargos de la policía y a exigir que su declaración se preste en presencia de su defensor”, esto en virtud del artículo 91 del Código Procesal Penal.³²

El hecho de ser calificada esta detención con el carácter de provisoria, es contraria al espíritu del Código, por cuanto no existe ninguna diferencia sustancial entre ésta y otra imputación mas acabada como la formalización. Estamos simplemente frente a una imputación, que de acuerdo al artículo 7 del Código Procesal Penal, se configura como la primera actuación del procedimiento, otorgando la calidad de imputado y por

²⁸ Idem, pág. 71.

²⁹ Idem, pág. 70.

³⁰ Debido a que en virtud de eso se da cabal cumplimiento a las circunstancias contenidas en el artículo 7 inc. 2 del Código Procesal Penal.

³¹ MINISTERIO PUBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°1 a 25, Septiembre- Noviembre de 2000, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Instructivo N°12, pág. 174 y sigtes.

³² Idem, pág. 174.

consiguiente, permitir que quien fuera objeto de la medida cautelar, tenga la prerrogativa de exigir todas las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, y según una resolución dictada por el Tribunal de Garantía de Vicuña, se establece una interpretación similar, entregándole la calidad de imputado desde que se formaliza la investigación, señalando la misma “en el caso, los imputados cuya detención ha sido ampliada a solicitud de la Fiscalía han sido sujetos pasivos de diversas actuaciones del procedimiento seguido en su contra, en las que ha quedado nítidamente establecido que se les atribuye participación en un hecho punible. En tal sentido ha habido múltiples diligencias de investigación y de carácter cautelar realizadas por el Tribunal, el Ministerio Público y la Policía...Sostener lo contrario significa desde ya para esta jueza de garantía, que el imputado no estaría en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, Tratados Internacionales, por lo cual es necesario adoptar las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio”.³³

En el mismo sentido constituye imputación, la citación efectuada por la policía, en los casos del artículo 130 del Código Procesal Penal, cuando el hechor fuere sorprendido cometiendo un hecho que revista los caracteres de falta, o delitos que la ley sancionare con penas no privativas de libertad, según el artículo 124 del mismo cuerpo normativo.

Quien fuere sorprendido en estos casos, deberá ser citado por la policía, a la presencia del fiscal previa comprobación del domicilio en virtud del artículo 134 del Código Procesal Penal. Y se entiende que es imputación esta circunstancia por cuanto la propia ley lo dice, ya que el inciso 3 de la norma citada habla de imputado.

Por lo recién argumentado, sin duda alguna, lo esgrimido por el Fiscal Nacional no se aviene con las características del actual proceso penal.

Pero esta situación de imputación, no exime al funcionario que practique la detención, o reciba al imputado detenido, para no dejarle en conocimiento de la imputación en su contra (que, luego, se explicitará más detalladamente por el fiscal) ya que debe practicarla verbalmente al momento de la detención.

Esta obligación encuentra su consagración legal en el artículo 93 letra a, y 94 letra a, ambos del Código Procesal Penal, normas que deben relacionarse con el artículo 135 del mismo cuerpo legal, siendo aplicable el mismo razonamiento a quien fuere detenido por delitos que solo ameritan citación.

³³ Sentencia de Juzgado de Garantía de Vicuña, de fecha 24 de Diciembre de 2000, en *Cuadernos Judiciales N°5 Reforma Procesal Penal Acerca de los Juzgados de Garantía*. Instituto de Estudios Judiciales, Santiago 2001, pág 158.

CAPITULO SEGUNDO: DELITO FLAGRANTE Y CONSTITUCION

I) IMPLICANCIAS DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES CON EL DELITO FLAGRANTE

La aplicación del nuevo proceso penal, viene a dejar atrás la serie de limitaciones que acarreaba el proceso inquisitivo, que bajo ningún respecto se avenía con la evolución de la sociedad chilena, y con la conciencia de la colectividad acerca de la protección de los derechos fundamentales de las personas, es por lo mismo que desde hace algún tiempo se pedía el cambio del procedimiento penal, por ejemplo el profesor Alfredo Etcheberry, en el año 1964 expresaba que los sistemas inquisitivos son propios de Estados con regímenes totalitarios, absolutistas o tiránicos, y el sistema acusatorio es propio del Estado democrático y liberal, por lo que discurría, que siendo Chile una sociedad con una larga historia democrática y liberal, debería tener un sistema procesal penal que reflejara los mismos principios.³⁴

³⁴ DEL RIO FERRETI, Carlos y ROJAS RUBILAR, Francisco, *De la reforma procesal penal, en especial de la etapa de instrucción e intermedia*. Editorial Jurídica Conosur, Santiago, 1999, pág. 20.

En suma, este cambio es la adopción, por parte de las normas procesales del contenido material que establece la Constitución, en el mismo sentido se expresa el profesor Kamel Cazor Aliste, quien señala “Dicho en otros términos, se está en presencia (a diferencia del antiguo sistema inquisitivo-no garantista aún en vigor) de un proceso acusatorio-garantista, donde, no obstante el elevado interés estatal por sancionar los delitos que alteren el orden social, se deben necesariamente observar todas las garantías constitucionales (particularmente las de orden procesal), a fin de asegurar un proceso lo más ajustado a Derecho, es decir, un *proceso justo*.”³⁵

Esta idea se encuentra recogida en el mensaje presidencial de 1995 del Presidente Eduardo Frei, quien en uno de sus párrafos expresa “ Pero no se trata sólo de satisfacer las exigencias del debido proceso, llevando así a término el desarrollo del Estado constitucional. Todavía esa reforma resulta exigida por la idea y el principio de los derechos humanos que fundan al sistema político y que constituyen, como es sabido, uno de los compromisos más delicados del Estado ante la comunidad internacional”.³⁶

Sin duda alguna, para que exista un proceso que pueda estar de acuerdo con el Estado de Derecho, y así con la materialidad de la Constitución, debe existir fundamentalmente una tutela judicial que garantice la aplicación y vigencia de tales derechos, en especial de la libertad, el que sin duda es uno de los más importantes comprendidos en cualquier Estado de Derecho, valor que arranca del artículo 1 de la Constitución, que dice Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, norma contemplada dentro del capítulo denominado Bases de la Institucionalidad, que dada su ubicación, irradia su esencia a todo el ordenamiento jurídico chileno.

Estas normas constitucionales, sin duda, deben ser aplicadas en el ordenamiento jurídico, y con más fuerza aún, en el sistema punitivo estatal, en virtud del principio de la supremacía constitucional y el de juridicidad, el cual dice relación con la aplicación directa y vinculante de la Constitución, principio que vio la luz a fines de la primera guerra mundial, en especial a través de la Constitución Alemana de 1918 (llamada de Weimar), y de la Constitución Austriaca de 1920.

Este principio encuentra su aceptación procesal en el artículo 5, inciso primero del Código Procesal, el cual señala “*Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.*”

Sin duda alguna, la fuente primigenia de aplicación normativa en el nuevo proceso penal esta dada por la Constitución Política, es por eso que toda resolución y actuación realizada en el proceso penal debe encontrar su sustento en aquella.

Pero también derivado del artículo 5 inc. 2 de la misma, (y como aplicación directa de la misma) encontramos los Tratados Internacionales, los que aparte de formar parte del contenido material de las normas constitucionales, son base fundamental para poder

³⁵ CAZOR ALISTE, Kamel, *Fundamentos Constitucionales del nuevo sistema procesal penal*, Inédito, Valdivia 2002, pág. 1.

³⁶ Idem, pág. 2.

comprender el proceso penal actual en nuestro país.³⁷

En efecto, una de las grandes críticas formuladas al procedimiento penal, era su falta de transparencia y apego al respeto por los derechos de los imputados, lo que se traducía en una abierta incompatibilidad entre los Tratados Internacionales suscritos por nuestro país y las normas contenidas en el Código de Procedimiento Penal³⁸.

Sin embargo, actualmente, el proceso penal, aplica con extrema rigidez y acuciosidad el derecho a un justo o debido proceso, garantía que aparece establecida en la Carta Fundamental, en su artículo 19 n° 3 inciso 5°: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer las garantías de un procedimiento y una investigación racional y justa”. Estamos en presencia de la más amplia de las garantías que configura la Carta, “pues permite reprochar de inconstitucionalidad cualquier procedimiento o aspecto del mismo establecido por el legislador o proceso tramitado por el juez, en el que se hayan violentado los elementos esenciales que permiten calificar de *justo* un juicio y puede aplicarse, ya sea a ttulo de mayor abundamiento dado su carcter general y subsidiario respecto a otras garantas del sistema procesal chileno, o bien, para calificar cualquier otra exigencia procesal aunque se haya establecido slo a nivel legal.³⁹

Relacionado con lo anterior, y siguiendo al profesor Sabas Chahuán, “las garantías procesales que dimanan del concepto del debido proceso establecido en la Constitución chilena, tienen, básicamente tres sentidos de actuación: en primer lugar, a través de ellas se pueden ejercer y proteger las garantías penales de carácter material y sustantivo. A continuación configuran un necesario limite o contrapeso del *ius puniendi estatal*, y finalmente, su presencia es requisito ineludible de la legitimidad, y de la propia existencia de un autentico Estado de Derecho.⁴⁰

Como muestra de lo anterior (tema que se abordará más adelante) se debe hacer mención a dos mecanismos garantizadores de la correcta aplicación de las normas

³⁷ Al respecto sentencia de Corte Suprema, de fecha 30 de Septiembre de 2002, Rol 2.538-02, Sobre el debido proceso: “De la lectura de las Actas de las Sesiones de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución (N°100, 101, 103) es posible concluir que este precepto se estableció como forma de consagrar en nuestro país la garantía del debido proceso, teniendo en como antecedente la Declaración de los Derechos Humanos y la Declaración Americana delos Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de Costa Rica. De lo anterior es posible concluir que este concepto forma parte de la temática de los Derechos Humanos y nació hacia el interior de la defensa de estas garantías en todo orden de situaciones, y en especial en el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella que regula el proceso penal”. En *La semana jurídica*, año 2 N°102, pág. 13.

³⁸ Para mayor información sobre las deficiencias del sistema de procedimiento inquisitivo ver: DURAN FUICA, Rodrigo, *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*, Librotecnia, Santiago 2003, Págs. 15 a 49; CHAHUAN SARRAS, Sabas, Op. cit. en nota 9, Pág. 8 y 9; y HERMOSILLA, German, *Nuevo Procedimiento penal Tomo I y II*, Universidad Central de Chile, Santiago 2001, pág. 13 a22.

³⁹ CAROCCA, Alex, DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristian, BAYTELMAN, Andrés y VARGAS, Juan Enrique, Op. cit. en nota 1, pág 55.

⁴⁰ CHAHUAN SARRAS, Sabas, Op. cit. en nota 9, pág 21 y 22

procesales, las contempladas en los artículos 159 a 165, (normas que tratan la Nulidad Procesal), y la contenida en el artículo 372 a 387 (que regula el recurso de Nulidad)

Como muestra del primer grupo de normas mencionadas debemos destacar el artículo 160, el que establece “Se presumirá de Derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República”, sin duda alguna, este precepto, permite señalar que existe una gran protección a todos los intervinientes del proceso penal, nulidad que no solo es aplicable a los vicios formales, sino también a los vicios que afecten los derechos fundamentales en si.

En el mismo sentido se pronuncia Núñez Vásquez, en su tratado de Derecho Procesal Penal, señalando “Como consecuencia de lo anterior, tendrían por lo tanto, esta última cualidad, entre otros, la violación, a través de la infracción de las normas procesales, de los derechos y garantías que asegura a todas las personas la Carta Fundamental, como también la que contemplan los tratados internacionales y las demás leyes de la Nación”.⁴¹

II) PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

Sin duda, en las normas procesales actuales existe la completa comprensión por parte del legislador de la necesidad de regular y proteger en forma cabal los derechos fundamentales de las personas, para que así el proceso penal, a diferencia de su antecesor, sea considerado justo.

Si nos detenemos a analizar la nueva nomenclatura procesal penal resalta desde el inicio su nueva inspiración garantista, en efecto por cuanto vio la luz un código legislativo denominado como Código Procesal, y no como Código de Procedimiento.

La enunciación del mismo no es menor, por cuanto la denominación de Código Procesal dice relación con una nomenclatura y comprensión diferente, ya que si hablamos de procedimiento este es entendido como una serie de actos regulados, como un conjunto de formalidades o ritualidades, a diferencia del proceso, que se debe entender como un conjunto de actos unidos, que se desarrollan en el tiempo a través de los diversos presupuestos señalados en el ordenamiento jurídico. En efecto, si se entra a analizar la estructura del nuevo Código, queda establecido en su articulado la importancia de los principios básicos establecidos en su Título I.

Son de tal importancia las normas contenidas en dichos preceptos, que no se podría interpretar a cabalidad y con certeza las normas procesales prescindiendo de ellas, por cuanto, si se hace un análisis de toda la nueva normativa procesal, llegaríamos a la conclusión de que éstas informan toda la legislación contenida en el nuevo Código. Podríamos decir, haciendo un símil con lo que sostienen algunos juristas respecto de la

⁴¹ NUÑEZ VASQUEZ, Juan Cristóbal. *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral, Tomo I y II*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2003, pág. 386.

Constitución (en cuanto a que con las normas contenidas en las Bases generales de la Institucionalidad se recogen los derechos fundamentales), que sería solo necesaria tener en vista los primeros artículos para recoger todas las garantías del nuevo proceso.

Esto significa, que las normas son esencialmente interpretables a la luz de los preceptos iniciales, lo que permite proteger en mejor medida los derechos y garantías de los intervinientes.

Esta misma interpretación y comprensión del proceso es la tenida en cuenta por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que en su informe acordado en la 23ª sesión de 13 de Enero de 1998 señala “que estos cuerpos legales no solo establecen y reglamentan normas de procedimiento, sino que también contienen disposiciones sobre jurisdicción, competencia, sobre relaciones de los diversos sujetos procesales e instituciones intervinientes, todo lo cual conforma un universo normativo que excede con largueza al de los meros procedimientos. De ahí la tendencia a llamarlos Códigos Procesales”.⁴²

Toda la actuación procesal debe enmarcarse dentro de la legalidad de sus procedimientos, (mejor dicho en la completa y cabal protección de las garantías y derechos que la Constitución y las leyes establecen para los intervinientes en el proceso penal), en mi opinión personal, dentro de la juridicidad del proceso penal, más que el de la legalidad⁴³, por cuanto no solo las leyes informan la legalidad del mismo, sino la Constitución Política de la República, y los Tratados Internacionales. Recordemos que este cambio fue producto de la comprensión del total alejamiento de la justicia penal de la legislación internacional, que forma parte de nuestro derecho, y que cuando tratan de derechos fundamentales constituyen una limitación al ejercicio de la soberanía.⁴⁴

El debido proceso debe ser consagrado desde el inicio del mismo, y teniendo en cuenta que es primordial la protección de la víctima (lo que significa que es la preocupación primordial de fiscales y policías, y de los jueces en última medida)⁴⁵, las normas del debido proceso se aplican fundamentalmente a favor del imputado, quien puede reclamar a su favor toda la juridicidad desde la primera actuación del procedimiento, que en palabras del nuevo código en su artículo 7 es cualquiera diligencia o gestión, sea de

⁴² Idem, pág 22.

⁴³ No debemos entender este principio como el que emanaba del sistema inquisitivo, donde todo hecho que revistiere los caracteres de delito debía ser investigado sin tener posibilidad alguna el juez de evitar la sustanciación de un proceso que no tenía futuro alguno

⁴⁴ El artículo 5 inc 2 de la Constitución señala “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”

⁴⁵ Obligación que emana expresamente del texto constitucional, en efecto el artículo 80 A lo señala, También el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público señala en su parte pertinente “De igual manera le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas”, artículos que deben ser relacionados con los números 6, 78 y en relación a la actuación de la policía el artículo 83 letra a, todos del Código Procesal Penal.

investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.

Esta protección está en total concordancia, con quizás, a mi modo de ver, el postulado, con carácter absoluto (por cuanto una interpretación a medias acarrearía una infracción al contenido material de la normas fundamentales del ordenamiento jurídico) mas importante, cual es el principio de inocencia ⁴⁶, norma que fuera tan ajena lamentablemente en los pasillos de Tribunales con la legislación procedimental antigua.

Esto significa que no solo se contemplan mecanismos para proteger, en este caso la libertad, de cualquier actuación arbitraria de acuerdo a las normas procesales, sino también, por aplicación directa del artículo 21 de la Constitución, del recurso de amparo.

III) REALIDAD VERSUS IDEALES

Sin duda alguna existe una dicotomía absoluta entre las normas procesales, (que están estructuradas como un cuerpo que recoge las máximas y plenas garantías de un estado que se dice democrático, aun cuando esta situación de democracia no sea atendida a la realidad constitucional del país) y la percepción ciudadana, los índices de delincuencia son tales en nuestros días, que muchas situaciones que habían cambiado en relación al antiguo proceso lo mas probable deberán ser incorporadas a las normas procesales ⁴⁷. Sin embargo creo, que estas complicaciones, deben ser abordadas desde la perspectiva de una política criminal definida por los gobernantes como meta pas, mas que atacar el Código Procesal Penal, por cuanto no se puede, derivado de las falencias propias de una sociedad no totalmente evolucionada, tanto cvica como culturalmente, dar un paso atrás en cuanto a la regulación y protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, an cuando sean estos infractores o supuestos infractores de la ley.

Lo anterior, sin duda alguna, pone en el tapete, el hecho de si se está produciendo una involución del sistema, en el sentido de si aún no se encuentra preparada la sociedad chilena para incorporar dentro de su fuero interno, la necesidad de seguir en esta senda garantizadora de derechos, y no transformar a esta sociedad en castigadora y al Estado en uno policial, considero que ese no es el camino, y para evitar la involución, se deben

⁴⁶ Sin embargo, solo con la consagración explícita del Código Procesal en su artículo 4 de la presunción de inocencia se da cumplimiento a las normas internacionales, entre las que destacan la del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 14.2, y la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8.2, esto debido a que la norma del artículo 19 N°3, inciso 6 de la Constitución que establece "la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal", sino que esta para algunos no correspondía a la presunción de inocencia, sino mas bien atiende a que la ley no puede establecer que, si concurre la realización de una conducta, necesariamente y sin que se acepte prueba en contrario, deba presumirse la responsabilidad del inculpatado; ver sobre el punto CHAHUAN SARRAS, Sabas, Op. cit. en nota 9, pág 28 y sigtes.

⁴⁷ Un ejemplo de esto es lo relacionado con la detención por sospecha; instrumento jurídico que debió ser incorporado al Código Procesal Penal en el presente año, producto de la presión social derivada del creciente aumento de los índices delincuenciales.

tratar de mejor manera las falencias del sistema, pero que también deben ser abordadas a través de la reforma de las normas del Código Penal.

En esta apreciación, por su alarma social, la detención que se provoca por un delito en virtud de encontrarse flagrante, es un ejemplo que puede ilustrar las complejidades que se deben tener en cuenta para comprender hasta que extremo se debe entender un sistema que garantice plenamente los derechos que una sociedad debe entregar a sus ciudadanos.

Establece el artículo 19 N°7 de nuestra Carta Fundamental “Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden sea intimada en forma legal, sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Si revisamos el Código de Procedimiento Penal en su artículo 253, la norma constitucional es prácticamente idéntica, lo que hace resaltar que en relación a la misma, que no ha existido mayor controversia a su respecto.

Al analizar las causales contempladas en el artículo 263 del antiguo Código, se puede llegar a establecer que este solo se limitó a señalar cuando se entiende que una persona es sorprendida en delito flagrante, sin especificar ningún criterio ni pautas claras acerca de dicha situación.

En la actualidad, aunque sea poco creíble, ha permanecido prácticamente inalterado por la nueva legislación procesal penal la regulación del delito flagrante, así se puede observar si se comparan las causales que establece el nuevo Código con las de su antecesor, no difieren prácticamente en lo absoluto.

Como es sabido, en el sistema inquisitivo, la concentración de funciones en el juez, (que era investigador, acusador y sentenciador) le impedía tener el tiempo suficiente para preocuparse de controlar efectivamente si estaban dados los presupuestos de una detención conforme a derecho, máxime si se piensa que la carga del procedimiento, estaba entregada a un actuario (sin formación jurídica la mayoría de las veces), que quizás estaba más interesado en tener estadísticas que le señalaran como un funcionario eficiente, antes que velar por una adecuada protección de los derechos constitucionales procesales que le asistían al detenido, por lo que la detención (generalmente policial) continuaba firme, sin existir para el imputado condiciones de protección de sus derechos, recayendo muchas veces su defensa en los abogados de turno (que, muchas veces ni siquiera veían los expedientes, y menos se acercaban al imputado), o a egresados de Derecho que realizan su práctica jurídica, y ni hablar del secreto de sumario, lo que en suma impedía en forma absoluta revisar los fundamentos de una detención, así el plano de defensa para el acusado era prácticamente una ilusión.

En el actual sistema acusatorio, cambia esta circunstancia, el juez solo se dedica a su trabajo, resolver las controversias jurídico penales conforme a derecho⁴⁸, y no se desgasta en otros aspectos, quedando los fiscales del Ministerio Público a cargo de defender dicha detención, teniendo en la audiencia correspondiente, a un contradictor con prácticamente las mismas armas para confrontarlo, el defensor, quien tiene como misión fundamental, velar por la protección de los derechos del detenido, teniendo como meta en

dicha audiencia, cuestionar por todos los medios jurídicos que le plantea el ordenamiento jurídico chileno, dicha detención, por que esa sola actividad procesal, puede significar la absolución de su defendido.

IV) GARANTIAS CONSTITUCIONALES PROCESALES

Esta medida cautelar personal consistente en la detención por delito flagrante, sin duda es una restricción al derecho fundamental de la libertad personal, en particular la libertad ambulatoria, derecho que se encuentra recogido tanto por nuestra Constitución como por los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.⁴⁹

La restricción a este derecho sin embargo debe estar condicionada por ciertos principios que clarifiquen y garanticen una correcta aplicación de una medida cautelar⁵⁰, estos principios serían:

Legalidad: el que consiste en una reserva legal para el reconocimiento de las medidas que sean restrictivas o privativas de la libertad

Jurisdiccionalidad: El que se refiere a que toda medida cautelar personal debe ser adoptada en virtud de resolución judicial (aun cuando en el caso que estudiamos, se faculta a cualquiera a detener a alguien en virtud de la comisión de un delito flagrante).

Excepcionalidad: Solo deben adoptarse cuando resulten indispensables

Provisionalidad: Solo se mantienen mientras subsista la necesidad de su aplicación

Proporcionalidad: Deben estar en relación proporcional con la finalidad del procedimiento.

En suma, todas estas características deben avenirse con las normas materiales constitucionales, ya que las medidas cautelares no tan solo vulneran la garantía de la

⁴⁸ En efecto, la ley 19.665, publicada el 9 de Marzo de 2000, y que reforma el Código Orgánico de Tribunales, establece en su artículo 14 que: "Corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos de los imputados y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal; b) Dirigir personalmente las audiencias que procedan de conformidad a la ley procesal penal; c) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal; d) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal, y e) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código y la ley procesal penal les encomienden".

⁴⁹ Así, el artículo 7 N°2 de la Convención Americana de Derechos Humanos dice "Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas"; en el mismo sentido el artículo 9 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en esta; y el artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

⁵⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASSLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2002, pág. 350.

libertad ambulatoria sino que también el principio de inocencia.

Para la protección de este derecho, y en completa armonía con las normas internacionales ya citadas, se encuentran los mecanismos del habeas corpus, o sea el recurso de amparo, contemplado en el artículo 21 de la Constitución Política de la Republica, el amparo ante el Juez de Garantía (artículo 95 Código Procesal Penal), que por su naturaleza mas que recurso propiamente tal, es una *garanta procesal cauteladora de derechos*, que encuentra su espritu en el titulo I del Cdigo Procesal Penal, la audiencia de control de la detencin del articulo 132 del CPP, el titulo VII, sobre nulidades procesales, y en ultimo lugar, como ultimo bastin de proteccion de la correcta aplicacin del derecho, encontramos el recurso de nulidad, regulado en los articulos 372 y siguientes.

Para establecer una coherencia sistémica, solo revisaremos en este titulo lo relativo al habeas hábeas constitucional y lo relativo al artículo 95 del Código Procesal Penal.

IV A) Aspectos preliminares

A diferencia de lo que ocurra en el antiguo Cdigo de Procedimiento Penal, que estableca una regulacin del recurso de amparo, lo que transformaba a este en un instituto predominantemente procesal penal, en circunstancias que el mismo tiene un rango claramente constitucional, y que segn palabras del profesor Ral Tavolari, esta es una accin cuyos procedimientos y dems elementos normativos deben ser materia de una ley de acciones Constitucionales, tal como ocurre con la mayora de los pases americanos (Argentina, Per, Costa Rica, Guatemala), o europeos (Espaa) ⁵¹. La misma opinin sustentaba la Cmara de Diputados, en cuanto a la conveniencia de mantener la regulacin del recurso de amparo en el Cdigo Procesal Penal, llegando a la conclusin que era ms apropiado regularlo en una ley separada por estar mal situado en el Cdigo de Procedimiento Penal. Se sealo que el recurso de amparo tena que ser considerado como un reclamo mas amplio que cubriera todos los atentados contra la libertad realizados por la autoridad y por los particulares. ⁵²

Actualmente sin embargo, por parte del nuevo código, no existe regulación del mismo, y esto es porque sin duda tienen naturaleza distintas ambos institutos.

En efecto, sigue plenamente aplicable el habeas corpus, regulado en el artículo 21 de la Carta Fundamental, (además de lo dispuesto en el auto acordado de la Corte Suprema de fecha 19 de Diciembre de 1932), y el amparo contemplado en el articulo 95 en que se contiene una acción judicial para recurrir al Juez de Garantía, con el fin de que examine la legalidad de la privación de libertad del recurrente o de un tercero, pero esta no debe emanar de sede jurisdiccional, ya que si fuera así, la legalidad de la misma solo podría impugnarse en virtud del artículo 21 de la Constitución. ⁵³

Se optó por no regular el amparo en el nuevo código, por cuanto su connotación no

⁵¹ TAVOLARI, Raúl. "La Eliminación de la acción de amparo", en *La Semana Jurídica*, N°12, 29 de Enero a 4 de Febrero, 2001, pág. 5. Si se desea profundizar sobre las criticas a la regulación del recurso de amparo, ver : DURAN FUICA, Rodrigo, Op. cit. en nota 38, págs 181,182 y183.

⁵² MINISTERIO PUBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°51 a 70, Marzo-Septiembre de 2001, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Instructivo N° 51, pág. 11.

es atacar resoluciones judiciales, sino su finalidad va encaminada, hacia que una persona pueda recabar el amparo de los jueces en contra de las acciones de la autoridad que afecten su libertad (también podríamos incluir las originadas por la detención de un particular en el caso de una detención por flagrancia).⁵⁴

Es por lo mismo que ambas medidas protectivas de derechos, la acción de habeas corpus, y el amparo ante el Juez de Garantía, tiene diferencias, entre las que podemos encontrar las siguientes:

El recurso de amparo constitucional tiene carácter preventivo y correctivo, en cambio el amparo del Código Procesal es solo correctivo.

La acción constitucional preserva la libertad ambulatoria y la seguridad individual; el amparo del Código Procesal la libertad ambulatoria y la recta observancia de las normas que regulan la privación de libertad.

El habeas corpus tiene lugar cualquiera sea el origen de la privación, perturbación o amenaza a la libertad personal o seguridad individual; el amparo del Código no es procedente si la privación de libertad emana de sede jurisdiccional.

El habeas corpus esta regulado por el artículo 21 de la Constitución y el auto acordado de la Corte Suprema del año 1932, y el del Código solo en el artículo 95.

Por ultimo, el amparo constitucional se falla en primera instancia por la Corte de Apelaciones respectiva, y en segunda, por la Sala Penal de la Corte Suprema; el del Código en única instancia por el Juez de Garantía⁵⁵

Por lo ya señalado, ambos institutos coexisten sin superponerse por cuanto estas tienen misiones diferentes, pero no obstante esto se podría producir una colisión entre ambos institutos, tema que abordaremos en un apartado próximo.

V) EL AMPARO ANTE EL JUEZ DE GARANTIA

El artículo 95 del Código Procesal Penal señala:

Amparo ante el Juez de Garanta: Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

⁵³ En efecto, el artículo 95 inciso 3 del Código Procesal Penal señala “Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad solo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

⁵⁴ Para mayor desarrollo ver CHAHUAN SARRAS, Sabas, Op. cit, nota 9, pág 126 y 127.

⁵⁵ TAVOLARI, Raúl. Op. cit, nota 51, pág. 5.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquel del lugar donde aquella se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad solo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la Republica”.

Para efectos del tema, la detención por flagrancia, solo procede el inciso primero, ya que en virtud de este, la defensa de un imputado que fuere detenido en estas condiciones, puede hacer efectiva la reclamación del mismo ante el Juez de Garantía y lograr su libertad, sin duda alguna la figura del amparo tiene vida propia, pero tratándose de la detención por flagrancia necesariamente se confunde con lo señalado en el artículo 132 del Código Procesal, el que establece el denominado *Control de la detención*, sin duda alguna a pesar de estar ubicados en títulos diferentes, cumplen estos la misma finalidad, aun cuando el control judicial de la legalidad de la detención posibilita otras actuaciones del fiscal (lase el formalizar, o si no tiene los antecedentes solicitar una prórroga de la detención) lo fundamental de ambos es controlar la estricta legalidad de la privación de libertad.

Pero la pregunta ahora que viene es ¿que entendemos por legalidad?, en mi opinión, no estamos ante una aplicación de una estricta legalidad, sino ante una aplicación de la juridicidad, punto desarrollado con anterioridad, por cuanto según el artículo 6 inciso 2 de la Carta Magna, los preceptos de la Constitución obligan a toda persona, institución y grupo, por lo mismo, si el debido proceso subyace en el sustrato material de los preceptos constitucionales recogidos en esta Constitución y en las normativas internacionales aplicables en nuestro orden jurídico, debemos forzosamente entender por esto (que reitero denomino juridicidad) cualquier violación a los preceptos fundamentales que se presenten en la detención de un individuo, detención que sea realizada ya por particular o por autoridad, y por eso cobra importancia la delineación con mas precisión del concepto de delito flagrante.

V A) Alcances del amparo del Código Procesal

Según lo señalado por la cita del profesor Pfeffer, la Comisión del Senado, al hacer referencia a la regulación del amparo procesal expuso que este artículo contempla una acción de amparo ante el Juez de Garantía, con el objeto de que examine la legalidad de la detención, en cuanto a la exclusión de la regulación del recurso de amparo en el Código Procesal Penal, la Comisión optó por mantenerla, porque incorporarlo contribuiría en alguna medida a reafirmar la idea de que es una acción procedente contra resoluciones judiciales, que es lo que ocurre hoy en día, en circunstancias que no tienen esa naturaleza ni una connotación penal, sino que apunta precisamente y por el contrario a que una persona pueda recabar el amparo de los jueces en contra de las acciones de la autoridad que afecten la libertad.

“Ahora bien, entendiendo que la expresión final del amparo es el derecho de la persona privada de libertad a ser llevada ante el juez, es preciso señalar que el nuevo

Código lo contempla expresamente entre sus disposiciones. No obstante se acordó desarrollar en mejor medida esa garantía, contemplando una acción rápida, que se puede interponer verbalmente por cualquier persona ante el juez de garantía, con el objeto que examine la legalidad de la detención y las condiciones en que se encontrare el detenido, así como para que ordene su libertad o adopte las medidas que fueren procedentes”.⁵⁶

En el mismo sentido están las palabras del Ministro de Justicia de la época, José Antonio Gómez “En consecuencia, la mayor posibilidad de las personas de concurrir de amparo a un tribunal de garantía y resolver así su situación, es de suma importancia. Lo anterior no anula la posibilidad de recurrir de amparo a las Cortes de Apelaciones, pero permite que la situación que afecte a un apersona detenida por alguna circunstancia especial que pudiere considerarse extrema o peligrosa para ella, pueda ser resuelta con mayor prontitud y rapidez”⁵⁷.

Por todo lo señalado anteriormente, sin duda alguna el amparo ante el Juez de Garantía es el primer bastión para el correcto caminar del proceso penal, ya que en esta audiencia, en particular lo relacionado con el delito flagrante, el Juez de Garantía examinara, ateniéndose a todas las normas jurídicas (aplicación de la juridicidad) si efectivamente el imputado hacia el cual recaen lassospechas de participación en el hecho punible, ha sido o no objeto de la medida cautelar de la detención conforme a lo preceptuado en el ordenamiento jurídico⁵⁸, en caso de resultar su examen negativo, esta resolucin ser en nica instancia, segn los argumentos del profesor Tavorlari.

Pero la opinión contraria es sustentada por la Fiscalía Nacional, en efecto, el señor Piedrabuena esta en desacuerdo por cuanto si el Juez de Garantía acoge el amparo, y resuelve además poner termino al incipiente proceso, a hacer imposible su prosecución o suspenderlo por mas de treinta días, en uso de las facultades dadas por el artículo 95 y del artículo 10, en tales casos sus resoluciones serán apelables, esto basándose en el artículo 370 del Código Procesal Penal⁵⁹

⁵⁶ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Op. cit. en nota 22, pág. 121 y 122.

⁵⁷ Citado por Piedrabuena en MINISTERIO PUBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°51 a 70, Marzo-Septiembre de 2001, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Instructivo N° 51, pág. 13

⁵⁸ Al respecto, la resolución del Juez de Garantía de Antofagasta, de 8 de Febrero de 2003 señala en su parte medular “I.-Que se pide informe a la policía que participo en la detención del imputado...para que dentro de quinto día, a contar que reciba el oficio del Tribunal, de cuanta al Tribunal: funcionarios que participaron en la detención del imputado; el lugar de su detención; la hora en que fue detenido y si hubo circunstancias excepcionales que ameritaban que estuviera detenido en un lugar distinto a la Comisaría desde la cual se remitió al día de hoy; si existe algún libro de ingreso en ese lugar, si es efectivo que el imputado fue negado a su abogado defensor y si se negó el acceso del letrado a este. II.- Que, sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal tiene por cumplido el objeto del amparo, en cuanto se ha presentado al imputado al Juez de Garantía y se ha examinado la legalidad de su detención...III.-Que en cuanto al fiscal del Ministerio Publico, se declara que este obro dentro de sus facultades que le otorga el articulo 131 del Código Procesal Penal”, en *Revista Procesal Penal*, N°8, Abril 2003, pág. 159 y 160

⁵⁹ El articulo 370 del Código Procesal Penal señala “*Resoluciones apelables*: Las resoluciones dictadas por el juez de garantía serán apelables en los siguientes casos: a) Cuando pusieren termino al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o la suspendieren por mas de treinta días, y b) Cuando la ley lo señalare expresamente”

VI) HABEAS CORPUS CONSTITUCIONAL

El artículo 21 de la Constitución Política señala:

“Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por si, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que esta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para reestablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esta magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretara su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente y corrigiendo por si esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso y en igual forma, podrá ser deducido a favor de otra persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictara en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado”.

Sin duda alguna, esta acción prevista por el constituyente es mucho mas amplia que la establecida por el legislador en el nuevo Código Procesal Penal, y ello es sin duda reflejo de las diferentes circunstancias de su aplicación.

En efecto, en el sistema inquisitivo, la posibilidad de que una persona sufriera una privación o amenaza de su libertad, era sin duda muy grande, la certeza de la investigación estaba dada sin duda por las llamadas “ordenes amplias de investigar” decretadas por los Tribunales del Crimen, que, daban un amplio margen de acción a los funcionarios policiales, los que en muchas oportunidades daban con el hechor infringiendo garantías constitucionales, sobre todo en los delitos flagrantes, sin duda por cuanto se encontraba entronizado su actuar, que ellos eran “el brazo de la ley”, y circunstancias que no eran delito flagrante, eran presentadas en sede jurisdiccional como de esa índole, muchas veces adecuando el parte policial, todo agravado porque el juez una vez detenido el presunto delincuente, tenia 5 días para someterlo a proceso, hecho incompatible con un sistema de justicia conforme a Derecho, y de las normas internacionales, por lo mismo el recurso de amparo en estas materias, consideraba una serie de causales por las cuales se podía solicitar esta acción.

VII) COEXISTENCIA DE LOS INSTITUTOS

Por lo ya esbozado, la interpretación que se debe hacer respecto del amparo del artículo 95 y el habeas corpus, debe ser armónico, concordante y no excluyente, y no se podría entender ni sostener que las alternativas que no se encuentran contenidas en el artículo 95 como de competencia del Juez de Garantía, deban exclusivamente quedar en manos del recurso de amparo regulado en el artículo 21 de la Constitución.

En este evento sin duda alguna, y por la exposición desarrollada adscribo a lo planteado por el Fiscal Nacional en su instructivo N°51, por cuanto el considera que incluso aquellas detenciones contra las cuales es procedente el amparo especial del artículo 95, siguen siendo amparadas por el habeas corpus, y como corolario de lo anterior, se da la posibilidad por parte de la defensa del imputado, que en vez de dirigirse al Juez de Garantía reclamando de la ilegalidad de la detención, accione a través del habeas corpus a la Corte de Apelaciones respectiva, y por lo mismo, junto con el espíritu del legislador, contenido en el mensaje presidencial del nuevo código, que la interpretación mas adecuada es aquella que sostiene que el Juez de Garantía no tiene la exclusividad en conocer del amparo previsto en el artículo 95.

Incluso, es mi opinión personal, que es perfectamente posible que una verificada la audiencia de control de legalidad de la detención por delito flagrante, (y en el evento que el fiscal solicite el plazo de prórroga para recabar mas antecedentes) se podría presentar ante el tribunal de alzada correspondiente, la solicitud de habeas corpus, por cuanto la naturaleza del proceso penal se basa en el respeto irrestricto del derecho. También se podría presentar esta acción constitucional una vez presentado el amparo ante el Juez de Garantía, lo único que no se podría hacer es interponer una acción conjunta, vale decir un amparo ante el Juez de Garantía y antes de que esta audiencia se verifique se presente también ante la Corte de Apelaciones respectiva, por cuanto precluye el derecho del peticionario, sólo en el evento de mantener la privación de libertad, se puede intentar la acción constitucional. En torno a lo mismo, si el recurrente se inclina primero por la Corte de Apelaciones, según Juan Cristóbal Vásquez “no podrá después interponer la misma acción impugnatoria de amparo ante el juez de garantía, en virtud del principio de la consunción de la impugnación”.⁶⁰

Nuevamente siguiendo al Fiscal Nacional, indico los argumentos para sostener lo señalado anteriormente:

A) El principio de la supremacía constitucional, por cuanto la Constitución es una norma jurídica, la mas alta jerárquicamente en todo ordenamiento jurídico, norma que rige a todo Estado de Derecho, y por esto las normas deben estar subordinadas a la Constitución, y además la Constitución, por su carácter vinculante, se debe aplicar en forma directa, por lo mismo una norma de carácter legal no podría limitar ni circunscribir el sentido y el alcance de una norma constitucional, encontrando sustento lo mencionado en los artículos 6°, 7° y 19 N°26 de la Carta Fundamental.

Por lo mismo las normas procesales no podrían limitar lo contenido en el artículo 21 constitucional, ya que este no distingue de quién puede provenir la privación, amenaza o perturbación de la libertad personal (aplicando una premisa de interpretación, donde el

⁶⁰ NUÑEZ VASQUEZ, Juan Cristóbal. Op. cit. en nota 41, pág. 393.

legislador no distingue al interprete no le es lícito distinguir, y mayor aún, no se podría distinguir cuando la norma fundamental no distingue, a menos que esto se haga por una ley interpretativa) y por lo mismo al ser una simple ley, no se podría limitar los abusos cometidos contra la libertad personal sólo a los que provienen de actuaciones de entes no jurisdiccionales.

B) Lo contenido en la historia fidedigna Código Procesal Penal, de la cual se desprende con claridad, que se estimó por parte del legislador, que si bien se procedía a establecer un amparo con características mas acotadas, esto no significaba que de alguna manera lo contemplado en el artículo 21 de la Constitución sufriría algún cambio en cuanto a su extensión.

C) Los artículos 63 y 98 del Código Orgánico de Tribunales, establecen con claridad que corresponde conocer del recurso de amparo a la Corte de Apelaciones respectiva, y en su caso a la Corte Suprema⁶¹.

D) Además, el propio Código establece en el mismo artículo 95 inciso 3, que la privación de libertad que ha sido ordenada por resolución judicial debe ser impugnada ante el mismo órgano por los medios procesales correspondientes, pero ello sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 21 de la carta Fundamental, por lo mismo el mismo artículo le esta reconociendo competencia a este para resolver las controversias suscitadas sobre el tema, y no podría interpretarse que limita a la Constitución, porque si fuera así dicha norma adolecería de inconstitucionalidad, discutible en cuanto al fondo, pero absolutamente inconstitucionalidad en cuanto a su materialidad, transgrediendo el sustrato que le da razón de ser a su existencia.⁶²

VIII) FACULTADES DEL FISCAL EN CASO DE DETENCION FLAGRANTE

En este ultimo acápite, haremos referencia a un tema sobre el cual existen dos posiciones interpretativas, sustentada por dos distinguidos juristas, el profesor Cea Egaña y el profesor Pfeffer Urquiaga, sobre la facultad de los fiscales de dejar sin efecto una detención sin orden judicial, vale decir en delito flagrante.

El problema se suscita debido a que, en su instructivo N°13, el Fiscal Nacional, haciendo una interpretación, (que para estos efectos es en la realidad vinculante para los fiscales)⁶³, de lo contemplado en los artículos 129 y 130 del Código Procesal Penal.

⁶¹ El artículo 63 del Código Orgánico de Tribunales dice "Las Cortes de Apelaciones conocerán: N°4º, en primera instancia, letra b) De los recursos de amparo y protección"; a su vez el artículo 98 del mismo cuerpo legal dispone "Las salas de la Corte Suprema conocerán: 3º) De las apelaciones deducidas contra las sentencias dictadas por las Cortes de apelaciones en los recursos de amparo y protección".

⁶² MINISTERIO PUBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°51 a 70, Marzo-Septiembre de 2001, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Instructivo N° 51, pag 23 y 24.

Específicamente el fiscal Piedrabuena seala: Esta Fiscalía Nacional estima que esta atribución de dejar sin efecto una detención en caso de flagrancia, debe ser ejercida en forma prudente y moderada por las repercusiones sociales y políticas del caso.⁶⁴

El problema constitucional se suscita en torno a que la Fiscalía es un ente administrativo, que está privado de ejercer funciones jurisdiccionales⁶⁵, y al ejercer la atribución del artículo 130, en torno a que puede dejar sin efecto una detención, estará en pugna con lo establecido en el artículo 19 N°7 letra c, de la Constitución, el que dispone en su parte pertinente Sin embargo podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

VIII A) Interpretación jurídica restrictiva

Al respecto, y consultado sobre la materia, elaboro un informe en Derecho el profesor Jos Luis Cea Egaa⁶⁶, en torno a la constitucionalidad o no de lo establecido en el artículo 131 inc. 2 del Código Procesal Penal.

Al respecto el profesor Cea, da como argumentos de conclusión las siguientes normas legales:

El artículo 19 N°7 letra c) inciso primero, el artículo 21 inciso primero, y el artículo 80 a en su inciso primero, todos de la Constitución.

Del Código Procesal Penal, menciona los artículos 7 y 9, que señalan que toda actuación que prive restrinja o perturbe los derechos asegurados por la Constitución al

⁶³ Referente a la naturaleza jurídica de los instructivos, estos emanan de lo señalado en la Constitución Política de la República en su capítulo VI-A, capítulo introducido a través de la ley N°19.519, modificación que incorporo a la Carta Fundamental el Ministerio Público otorgándole un rango constitucional, con las características de ser un organismo autónomo y jerarquizado. A su vez el artículo 80-I de la Constitución establece que el Fiscal Nacional, como Jefe Superior del organismo, tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público, en conformidad a la ley orgánica constitucional respectiva, desarrollando sus funciones más profusamente la ley orgánica constitucional N°19640, del Ministerio Público, la que en su artículo 17 señala las funciones del Fiscal Nacional, y más específicamente en su letra a inc. 2 "El Fiscal Nacional dictara las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos". En virtud de las normas señaladas los instructivos de la Fiscalía Nacional, solo son obligatorias para los fiscales y abogados del Ministerio Público, es decir tiene un carácter interno y están dictados en virtud de la autonomía que tiene el mismo. Por lo mismo, estos instructivos no tiene fuerza vinculante para los otros sujetos procesales. Si se desea profundizar sobre la naturaleza de los instructivos, ver el informe en derecho, de CEA EGAÑA, José Luis y FELIU DE ORTUZAR, Olga, en MINISTERIO PÚBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°51 a 70, Marzo-Septiembre de 2001, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Pág. 353 y sigtes.

⁶⁴ MINISTERIO PÚBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°1 a 25, Septiembre-Noviembre de 2000, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, Instructivo N° 13, pág. 188.

⁶⁵ El artículo 80-A señala en su inciso final señala esto. A su vez el artículo 1 de la ley Orgánica Constitucional de Ministerio Público señala en su parte final "No podrá ejercer funciones jurisdiccionales"

⁶⁶ Este informe se encuentra contenido en MINISTERIO PÚBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°1 a 25, Septiembre-Noviembre de 2000, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000

detenido, sin exceptuar quien lo sea en flagrancia, requiere autorización previa del Juez de Garantía. Además el artículo 122 y el artículo 133 del mismo cuerpo legal.

El profesor Cea resalta que el texto constitucional es claro al respecto por cuanto expresamente se señala que el único órgano estatal habilitado para recibir al detenido en flagrancia es el Juez de Garantía, ya que al aplicarse la medida cautelar de la detención, se produce una afectación de los derechos sustanciales del detenido (y debemos señalar que, en el artículo 14 de la ley 19665, publicada en el Diario Oficial el 9 de Marzo de 2000, que reforma al Código Orgánico de Tribunales, se establece que dentro de las funciones del Juez de Garantía esta “la de asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal”), circunstancia respecto de la cual el Ministerio Público no puede intervenir, agregando que una actuación al respecto podría ser causal de Nulidad de Derecho Público, por lo establecido en el artículo 7 inciso 2 de la Constitución, que establece el principio de separación de funciones de los poderes del Estado “ninguna magistratura,... pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido en virtud de la Constitución o las leyes”.

El Código Procesal fue el que asignó atribuciones al fiscal, y no la ley Fundamental, por lo mismo, el profesor Cea señala que “el designio del legislador, por plausible que sea en casos excepcionales, excede cuanto fluye del espíritu y letra de la Carta Fundamental. Surge aquí, con vigor y precisión, el imperativo de aplicar la base del sistema institucional contemplada en el artículo 7 inciso 2 de la Constitución”

Por todas las consideraciones ya esbozadas el profesor Cea finaliza señalando “la conclusión a la que el suscrito cree que es menester llegar, resulta más severa que la de recomendar prudencia y moderación en el desempeño de una potestad discrecional por el fiscal, pues si bien estas cualidades de la medida reducen la gravedad de ella, no la eximen de su vicio de inconstitucionalidad sustancial. Y este vicio es el que es necesario precaver para no incurrir en insubsanable nulidad y otras consecuencias”.

VIII B) Interpretación jurídica amplia

Este informe ha sido controvertido por el profesor Emilio Pfeffer, en los siguientes términos⁶⁷ :

Para el profesor Pfeffer la garantía constitucional del art 19 N° 7 letra c, está concebida bajo el sistema inquisitivo, y se justifica por la necesidad de controlar la detención por un órgano constitucional, pero eso no sirve para evaluar si esta disposición (art. 131 Código Procesal Penal) es o no inconstitucional.

Para ello debe tenerse en cuenta que en la nueva institucionalidad procesal el control de la detención no es responsabilidad exclusiva del Juez de Garantía. Los fiscales, por imperativo constitucional, aún cuando dirigen en forma exclusiva la investigación, actúan conforme al principio de objetividad⁶⁸ . Por lo mismo han de evitar causar cualquier agravio innecesario a un detenido, y lo ser aquel que se traduzca en una prolongación indebida de su privación de libertad.

⁶⁷ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, “Acerca de la constitucionalidad de las facultades de los jueces de garantía a fiscales y la prerrogativa para dejar sin efecto la detención en caso de delito flagrante, en *La Semana Jurídica*, N°40, pág. 14 y 15.

Por esto, el profesor Pfeffer, no advierte de manera alguna infracción al artículo 80 A de la Constitución, en el que se señala que el Ministerio Público “en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”, por lo mismo, como los fiscales no están obligados a solicitar respecto de aquel que ha sido detenido en caso de flagrancia una medida cautelar personal, no podría sostenerse que los fiscales ejecutarían funciones jurisdiccionales, por cuanto los Jueces de Garantía carecen de iniciativa para aplicar medidas cautelares que conlleven a una privación o restricción de libertad personal, las que sólo son impuestas a solicitud del fiscal.

Se pregunta el profesor Pfeffer ¿Qué sentido tiene entonces poner a disposición del Juez de Garantía a un detenido si en la audiencia, que precisamente se ha previsto para controlar la detención, el fiscal no solicitara que ella se mantenga o que se le imponga al imputado alguna otra medida cautelar?. Nada justifica, prosigue, aún cuando fuere por breve plazo, esta detención, pues sería precisamente el efecto que se produciría si se obligara al fiscal a poner al detenido a disposición del juez competente.

Por último, el profesor Pfeffer coincide con el señor Cea, en cuanto a que esta facultad debe ser ejercida con prudencia y moderación. Pero de allí a sostener que el inciso 2 del artículo 131 tiene un germen de inconstitucionalidad, conduce “A la negación de un principio ampliamente reconocido en la dogmática constitucional: La Carta Fundamental, reconoce garantías mínimas para los justiciables que pueden ser ampliadas por el legislador para su beneficio”, señalando por último que esto pone en relieve la necesidad de adecuar la Constitución Política a la nueva realidad que impone el nuevo proceso penal.

VIII C) Opinión del tesista

En cuanto a estas diferentes opiniones sobre el tema, que sin duda se podrán presentar en la práctica, adhiero a la esbozada por el profesor Pfeffer, por cuanto considero que la facultad entregada a los fiscales no tiene vicio de inconstitucionalidad.

Señalo esto, por cuanto coincido plenamente con el profesor Pfeffer, en cuanto a que el artículo 19 N°7 letra C, fue establecido bajo el sistema procesal penal inquisitivo, que por su estructura, hacía necesario una norma de esa naturaleza.

Pero interpretar esa norma en forma literal, tal como lo hace el profesor Cea, le quita a la Constitución la necesaria flexibilidad para estar acorde a la evolución de la sociedad chilena y de sus instituciones.

En efecto, la Constitución Política no sólo es norma jurídica, la más alta de todas, sino que también es la muestra más alta de la institucionalización de la sociedad; interpretarla literalmente llevaría consigo el impedir la evolución, el cambio dentro de la misma, y sólo sería posible recoger un cambio a través de la reforma de la misma.

⁶⁸ Consagrado en la Constitución Política en su artículo 80-A, a su vez el artículo 3 de la ley orgánica constitucional de Ministerio Público señala “En el ejercicio de sus funciones, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con este criterio, deberán investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”

Creo que ese no es el espíritu del constituyente, la Constitución es la garantía máxima del Estado de Derecho, y debe tener un margen para ser interpretada, una norma que bajo el sistema inquisitivo cumplía una función garantizadora, puede seguirla teniendo bajo el sistema acusatorio, pero aplicada en forma armoniosa y conforme a la realidad actual, y eso no significa que las normas inferiores que sean más garantes de los derechos individuales de los ciudadanos sean inconstitucionales.

¿Sería posible señalar que la ampliación de garantías atenta contra la Constitución?, sinceramente, creo que no, la ley, por su naturaleza, es sin duda alguna más flexible que la Constitución, en su origen, en sus quorums, en la facilidad de recoger los cambios; la Carta Fundamental, requiere de un consenso mayor, lo que no significa que ante una situación temporal pueda ser interpretada de tal forma que sea armónica con las nuevas tendencias legislativas.

Además, señalar que la facultad de los fiscales para liberar a un detenido por delito flagrante, tiene un vicio de inconstitucionalidad, implica que cada vez que alguien sea detenido necesariamente debería tener una audiencia ante el Tribunal de Garantía, la pregunta que surge es: ¿para que?, ¿gastar innecesariamente recursos para una audiencia en la que no sucederá nada?, sería razonable algo así en un sistema que le de facultades al juez para decretar medidas cautelares, pero ese ya no es el caso de las normas actuales. Si se le dieron facultades al fiscal, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, su facultad para rebajar una pena para ir a procedimiento abreviado, etc, fueron dadas para evitar lo que sucedía en el sistema inquisitivo, que por su celo con el principio de legalidad, hacia que cualquier denuncia fuera investigada, no obstante no tener futuro alguno, lo que redundaba en un gasto innecesario de tiempo, y de recursos.

El no reconocer las facultades del fiscal, significaría un retroceso, los fiscales también tienen como obligación respetar los derechos de los ciudadanos, y ejercer sus facultades de la forma mas armónica y eficiente que se pueda, una interpretación diferente desconocería el espíritu de las actuales normas procesales penales, y creo que es algo que no puede prevalecer.

CAPITULO TERCERO: EL DELITO FLAGRANTE Y SUS ASPECTOS PROCESALES

I) INTRODUCCION

Visto desde una perspectiva no jurídico procesal, se podría pensar que este tema no requiere de mayor análisis, que basta con las causales contempladas en el Código Procesal Penal, o que quizás es un tema que por la realidad social, debido al aumento de la percepción de inseguridad, constituye una vana intención el buscar respuestas que satisfagan las interrogantes que presenta el mismo.

Sin embargo, me parece equivocada la poca atención del tema, por cuanto con un poco de entendimiento del actual proceso, podemos concluir que este tiene gran importancia, y que es necesario el encontrar un parámetro común que permita en definitiva tener las reglas claras ante cualquier hecho punible que revista los caracteres de flagrante.

Una adecuada y cabal delimitación de lo que se considera un delito flagrante podrá evitar las consecuencias que se puedan derivar de la declaración por parte de un Juez de

Garantía de la ilegalidad de la detención producida en estas circunstancias, o que también un procedimiento de detención, (ya sea por un particular o generalmente por un funcionario policial) podría determinar que la evidencia recogida sea considerada como ilegal y por lo tanto ser considerada ilícita⁶⁹, además podrá implicar una configuración del delito de detención ilegal, delito descrito y contemplado en el artículo 148 del Código Penal⁷⁰, y siguiendo con las posibles consecuencias que se podrán producir por no existir una adecuada y acabada descripción del tema es la liberación del detenido, lo que implica que el incipiente comienzo de un proceso criminal muera a las pocas horas siquiera de gestionarse.⁷¹

II) LA DETENCION EN DELITO FLAGRANTE

Al ser la detención por delito flagrante una medida cautelar, debe circunscribirse a los parámetros establecidos en el artículo 122 del Código Procesal Penal, el que dispone “Las medidas cautelares personales solo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y solo duraran mientras subsistiere la necesidad de su aplicación”

De esta norma recién transcrita, emana, que sólo proceden cuando son imprescindibles para cumplir los fines del proceso, ante lo cual, existe una verdadera salvaguarda legal para toda actuación que exceda dichos parámetros, garantía que debe ser controlada por el juez a través de los mecanismos que la ley señala.

Inicialmente, las normas del proyecto del Código que regulaban la materia, contenían algunas premisas que fueron en definitiva descartadas, por cuanto se encontraban subsumidas en los términos empleados por el legislador del nuevo Código.

En efecto, por ejemplo el artículo 129 original establecía una distinción entre la detención en caso de flagrancia practicada por un particular, a la cual denominaba detención civil, versus la practicada por funcionarios policiales, la que denominaba detención policial.⁷²

Sin duda alguna, considero que fue acertada la modificación, por cuanto por razones de política criminal y de coherencia sistémica, el evento de establecer una diferenciación entre el particular y el funcionario policial contraría la esencia de este instituto, que por ser

⁶⁹ En efecto, el artículo 276 del Código Procesal Penal, en su inciso tercero señala “Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales”

⁷⁰ Norma que señala “Todo empleado público que ilegal y arbitrariamente desterrare, arrestare o detuviere a una persona, sufrirá la pena de reclusión menor y suspensión del empleo en sus grados mínimos a medios”

⁷¹ Al respecto, ver la resolución de fecha 28 de Octubre de 2002, decretada por el juez de Garantía de Linares, que ordena la liberación de los detenidos al declarar que la detención no se ajusta a derecho, ver en CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, pág. 124 a 126.

excepcional entrega esta verdadera facultad, (y obligacin para las policas segn el articulo 83 del Cdigo Procesal Penal)⁷³, de actuar ante la lesin de un bien juridico apreciable por el legislador, en definitiva contribuir a lograr una participacin activa en la paz social.

Tambi3n es importante se1alar lo contenido en el inciso tercero del actual art3culo 129 del C3digo Procesal Penal, por cuanto permite la detenci3n en caso de delito flagrante sobre delitos que requieren previa instancia particular, y que sin duda revisten una gran alarma social, como los delitos de 3ndole sexual, ello “con el objeto de proteger al particular o al funcionario policial que interviene frente a alguno de estos delitos que se esta cometiendo, e incentivar a las personas a proteger a las victimas y no a inhibirlas”.⁷⁴

III) PRESUPUESTOS DE LA DETENCION EN DELITO FLAGRANTE

Comenzare por analizar los elementos que la doctrina ha incorporado al estudio del tema, con el objeto de establecer los primeros acercamientos hacia la construcci3n de una definici3n omnicomprendiva de los mismos, y que satisfaga unos par3metros m3nimos de aceptaci3n en el Derecho:

III A) Fumus commisi delicti

En primer lugar tenemos como elemento el fumus comissi delicti, algunos prefieren el aforismo fumus boni iuris, y otros como Banacloche Palao el termino fumus delicti tributi (indicios de la atribucin de un delito)⁷⁵. Esto es aquella situaci3n en virtud de la cual se puede suponer la razonada atribucin de un hecho punible a una persona determinada, es decir, que para poder detener a una persona por delito flagrante, es necesario que exista una imputaci3n previa (imputaci3n que aun no ha sido realizada en sede jurisdiccional)

Como la detenci3n realizada conforme a lo se1alado en los art3culos 129 y 130 del nuevo C3digo, como ya lo se1ale, no va precedida de una imputaci3n de car3cter judicial, “el legislador exige la evidente participaci3n de una persona en un hecho punible, que necesariamente deber3 ser apreciada por el que detiene, constituyendo el t3tulo de la

⁷² En efecto, este dec3a lo siguiente: Detenci3n civil: Cualquier persona podr3 detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la polic3a, al ministerio publico o a la autoridad judicial mas pr3xima. Detenci3n policial: Los agentes policiales estar3n obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisi3n de un delito” en PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Op. cit. en nota 22, p3g. 150.

⁷³ Ver al respecto, sobre las actuaciones de la polic3a en delito flagrante, la resoluci3n de fecha 12 de Septiembre de 2002, del Juzgado de Garant3a de Antofagasta, en *Revista Procesal Penal*, N33, Noviembre 2002, p3gs. 132 y sigtes.

⁷⁴ Idem, p3g. 151.

⁷⁵ Citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, “An3lisis Comparado de la detenci3n por flagrancia”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Volumen XII, p3g 139.

imputación el sorprendimiento en flagrancia, es decir la percepción sensorial directa de la comisión del delito por un tercero, existiendo además inmediatez temporal y personal”.⁷⁶

Para comprender mejor estos conceptos, y siguiendo a la profesora Monserrat de Hoyos Sancho, realizaré una descripción de los elementos de este primer requisito de la detención en caso de delito flagrante

III A 1) Percepción sensorial directa por terceros

No obstante que el iter criminis del delito tiene fases, por la naturaleza del delito flagrante, solo podrá ser objeto de detención el delincuente *in fraganti*, si un tercero percibe a través de los sentidos, descubre, que esa persona está cometiendo o acaba de cometer un hecho delictivo., por cuanto el simple conocimiento fundado que lleva a la constancia de que se está cometiendo o se acaba de cometer un delito no es necesariamente una percepción que tenga el carácter de evidente, por lo mismo las sospechas no bastan para configurar un hecho que revista caracteres de flagrante, solo habrá flagrancia si el conocimiento fundado que conduce a la certidumbre es el resultado de la percepción sensorial directa e inmediata del hecho delictivo que se está cometiendo o se acaba de cometer, no siendo por tanto bastantes las presunciones o sospechas, por mucho que indiquen la probable comisión de un delito.⁷⁷

Respecto a este punto, señalaremos que han reglamentado otros ordenamientos jurídicos:

Por ejemplo la contemplada en el ordenamiento jurídico alemán, en específico en su ordenanza procesal o Strafprozessordnung, la que en su parágrafo 127 I, el que permite a toda persona la detención del sorprendido en flagrancia- “auf frischer Tat betroffen oder verfolgt”, (que significa sorprendido o perseguido en flagrancia), y para los juristas alemanes, lo importante es la acción de sorprender o descubrir al autor, y la necesidad de que exista una apreciación o percepción a través de los sentidos del hecho delictivo”.⁷⁸

Para el ordenamiento jurídico italiano, en su artículo 382 del Código de Procedimiento Penal, lo decisivo es que el delito se esté cometiendo, pero siendo percibida la comisión del delito por un tercero, el jurista Arturo Santoro ejemplifica esta situación “un cadáver del que fluye sangre o una casa que se incendia no son situación de flagrancia, solo lo será si un sujeto es sorprendido en la comisión del delito”.⁷⁹

En cambio el derecho francés en su artículo 53 del Código de Procedimiento Penal, no hace alusión a la percepción por un tercero de la comisión actual de un delito.

III A 2) Inmediatez temporal

Ahora bien, para que se pueda proceder a la detención en caso de flagrancia, es

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Idem, pág. 140.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Idem, pág. 141.

necesario que haya apreciado a través de los sentidos la comisión de un delito, ya sea la totalidad, o una parte de la ejecución del mismo, siempre y cuando exista conexión material directa e inmediata-huellas, instrumentos-entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal manera que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible⁸⁰. Por tanto no es necesario que el agente activo de la detención pudiera haber percibido parte de la ejecución del delito, ya que en palabras de la profesora Hoyos, flagrancia y consumación no coinciden temporalmente: La flagrancia implica el sorprendimiento del sujeto durante o inmediatamente después de la perpetración del delito,⁸¹. En este mismo sentido se pronuncia el Código Procesal Penal, en su artículo 130 letra d.

Aquí lo importante es la circunstancia de que el espacio de tiempo que media entre el hecho punible y su descubrimiento sea corto (*post factum immediato*). Este lapso es fundamental para determinar si estamos frente a un delito en carácter flagrante, ya que transcurrido un tiempo razonable, la única posibilidad de detención será bajo orden judicial, por tanto, quien descubra un hecho con estos caracteres, (sobre todo las fuerzas policiales), debe informar al fiscal a cargo, para que este despache las correspondientes ordenes de investigar y solicite al tribunal la correspondiente autorización en los términos del artículo 154 del Código Procesal Penal.⁸²

En virtud de este criterio, la detención en flagrancia “no solo sirve a la necesidad de evitar que prosiga la lesión del bien jurídico, ya que es posible efectuarla también cuando se ha consumado el delito”⁸³.

Para Iván Millán Gutiérrez, la inmediatez temporal, se halla “íntimamente ligada a la evidencia. Subsiste lo inmediato, mientras se prolongue lo que es evidente a los sentidos, sin interrupción de tiempo”⁸⁴.

Este autor, con el cual concuerdo plenamente, señala que esta inmediatez temporal es “la que ha de producir mayor cantidad de problemas prácticos en su determinación y la que motive mayor número de decisiones judiciales contrarias a las diligencias policiales”. Según Millán, aquí se encuentra un referente de inmediatez de tiempo, ya que la inmediatez, y por tanto el hecho con carácter flagrante “dura cuanto aparece razonable actuar autónomamente, esto es, mientras no transcurra un tiempo tan prolongado en que razonablemente y sin poner en riesgo la eficacia de la detención, pueda obtenerse la

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Ibid.

⁸² Si no se da esa temporalidad y claridad en la denuncia de un hecho flagrante, no quedara otra opción al sentenciador que absolver al imputado, ver en este sentido la resolución de la Segunda Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de la Serena, de fecha 23 de Diciembre de 2002, en *Revista Procesal Penal*, N°6, Febrero 2003, pág. 166 y sigtes.

⁸³ DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 75, pág. 141.

⁸⁴ MILLAN GUTIERREZ, Iván “El delito flagrante”, en *Revista Procesal Penal*, N°1, Septiembre 2002. Editorial Lexis-Nexis, pág. 20.

autorización judicial”.⁸⁵

En cuanto a otras legislaciones, los criterios sobre la inmediatez temporal son los siguientes:

En la Ordenanza Procesal alemana, se permite la posibilidad de efectuar la detención cuando se ha sorprendido al hechor después de la ejecución del delito, donde su parágrafo N°127 contenía originalmente la expresión “en flagrancia o inmediatamente después”, pero para concordar éste con el parágrafo 104, que era relativo al registro domiciliario, se suprimió la referencia “al tiempo inmediatamente posterior”, a la realización del hecho.

El Código Procesal italiano, también hace alusión a la inmediatez temporal, ya que exige en su artículo 382.1 que el sorprendimiento del autor haya tenido lugar “inmediatamente después del delito”, y que haya sido perseguido por la Policía Judicial, por el ofendido por el delito o por otras personas, o bien que haya sido sorprendido con cosas o vestigios de los cuales se deduzca que ha cometido el delito inmediatamente antes. Sobre este punto el jurista Arturo Santoro, expresa que no es por tanto flagrante el descubrimiento que no ponga de manifiesto la inescindible relación del sujeto con el hecho aparentemente delictivo”.

El Código Procesal francés dice que “es crimen o delito flagrante el que se comete actualmente o se acaba de cometer”. También reviste estos caracteres si en un momento muy cercano a la perpetración “el sospechoso es perseguido por el clamor popular o es hallado en posesión de objetos, vestigios o indicios que hacen pensar que ha participado en un crimen o delito”.

El artículo 256.2 del Código Portugués expresa que “se reputa flagrante delito el caso en que el autor es inmediatamente perseguido por cualquier persona o encontrado con objetos o vestigios que muestren claramente que acaba de cometer un delito o participar en él”.⁸⁶

Sin duda alguna, existen dificultades para discernir el concepto temporal de lo inmediato, y quizás pareciera mas adecuado el plantear que se exija “un criterio más objetivo que brinde certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos y actores del proceso respecto de este extremo que puede llegar a adquirir tanta relevancia...tanto para definir eventuales responsabilidades administrativas y penales, como para evaluar la legalidad de la prueba recogida y derivada”.⁸⁷

III A 3) Inmediatez personal o espacial

Para poder proceder a apresar al delincuente que se encuentre cometiendo un delito flagrante es necesario que al momento de sorprenderse al hechor en el lugar de comisión del delito o en sus inmediaciones y en una relación tal con el objeto o instrumentos utilizados que evidencien su participación en el mismo.

⁸⁵ Idem, pág 21.

⁸⁶ Citado Por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 75, pág 142.

⁸⁷ MILLAN GUTIERREZ, Iván, Op. cit. en nota 84, pág. 21.

Esto significa que el detenido puede ser objeto de persecución, y como consecuencia de ésta, ser aprehendido, pero la misma debe iniciarse inmediatamente después del descubrimiento de la comisión del delito, en caso contrario, la única actuación válida es denunciar el hecho a la autoridad, pues ya no sería posible una detención, y en caso de hacerlo esta debería ser declarada como ilegal. Esta idea estaba recogida en el antiguo artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, el que señalaba : “Se entenderá sorprendido en el acto no solo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiera mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que lo persiguieren”.⁸⁸

Respecto a este punto, las legislaciones de Alemania, Italia, Portugal o Francia, no exigen expresamente la inmediatez personal, pero la misma estaría implícita al deducirse tal exigencia de la necesaria inmediatez temporal del descubrimiento, que si se requiere en otras normas de sus respectivos códigos procesales penales.

Ahora bien, en cuanto a la necesidad de establecer un límite temporal a la persecución en flagrancia, la mayoría de la doctrina alemana, entiende que una vez iniciada la persecución, la misma puede durar indefinidamente hasta lograr la detención del autor de los hechos, siempre y cuando no se interrumpa. Lo que si suscita dudas es establecer hasta cuando puede durar esta persecución. Por ejemplo el Código de Instrucción Criminal Nicaragüense, en su artículo 85 establece: “Se entenderá delincuente in fraganti el que fuere hallado en el acto mismo de estar perpetrando el delito o de acabar de cometerlo, o fuere perseguido por el clamor publico como autor o cómplice del delito o se le sorprendiere con las armas, instrumentos, efectos o papeles que hicieren presumir ser tal. Pero no se tendrá por in fraganti, si hubieren pasado veinticuatro horas desde la perpetración del delito”.

Respecto a esto último, como un criterio objetivo, es que el Código de Procedimiento Federal de procedimientos penales de México, en su artículo 193 III, entiende que un hecho puede reputarse flagrante por señalamiento de la víctima, de testigos o de coparticipes, hasta las cuarenta y ocho horas contadas desde el momento de la comisión, siempre que se trate de un delito grave, en que se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito⁸⁹.

Este ultimo criterio, pareciera razonable, pero la extensión a cuarenta y ocho horas me parece muy exagerada, e impracticable en nuestro actual sistema, un periodo mas corto, tales como 12 horas parecería mas acorde con nuestra realidad.

En virtud de lo vertido en estas hojas, no existe un parámetro ideal para discernir el límite temporal de lo inmediato, sin embargo, es totalmente necesario “exigir un criterio más objetivo que brinde certeza y seguridad jurídica a los ciudadanos y actores del proceso penal, respecto de este extremo que puede llegar a adquirir tanta relevancia..., tanto para definir eventuales responsabilidades administrativas y penales, como para evaluar la legalidad de la prueba recogida y derivada”.⁹⁰

⁸⁸ Citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 75, pág. 143.

⁸⁹ Citado por MILLAN GUTIERREZ, Ivan, Op. cit. en nota 84, pág. 21.

III B) Necesidad de intervencin

Este requisito, que tambien se denomina *periculum libertatis*⁹¹, dice relacin, con la circunstancia, de que para poder aplicar la detencin, exista el peligro de que el hechor pueda fugarse u ocultarse, todo directamente conectado con las circunstancias del hecho, de tal forma que una apreciacin conjunta de estos datos pueda hacer presumir racionalmente que el imputado tratara de sustraerse a la accin de la justicia.⁹²

En cuanto a la consagración legal de este requisito, los ordenamientos de Alemania, Italia o Francia, establecen lo siguiente:

El parágrafo 127 de la Ordenanza alemana exige que para poder efectuar una detención recaiga sobre la persona del hechor flagrante, la sospecha de que intentara la fuga o que su identidad no pueda ser determinada inmediatamente.

El Código Procesal italiano expresa que, para que el particular pueda proceder a detener en un hecho que revista los caracteres de flagrante, debe tratarse de la comisión de un delito perseguible de oficio, esto lleva implícita la situación de que al ser perseguibles de oficio, las penas recaídas sobre hechos delitos puedan presumir o presuponer que el delincuente tenga la intención de eludir la acción de la justicia.

A su vez las normas francesas, en particular el artículo 73 de su código, aparte de la flagrancia para poder detener, exige copulativamente que se trate de la comisión de un delito que lleve aparejada pena de prisión, esto sin duda, por la penalidad que pueda llevar aparejada hace presumir que el hechor pueda sustraerse de la acción de la justicia.

Para finalizar esta descripción de este requisito, sin duda alguna es importante considerar las particularidades del hecho punible “ante que nos encontremos, pues por ejemplo, en los casos de tenencia ilícita de drogas o armas, la flagrancia existe cuando un tercero percibe que una persona tiene a su disposición el objeto prohibido; sin embargo, normalmente no va a ser necesaria una o intervención urgente del particular. Solo se debe permitir la detención en flagrancia en la medida en que la lesión de un bien jurídico sea actual o inminente, de especial gravedad y cuando se tema fundadamente que el imputado va a intentar fugarse u ocultarse”.⁹³

III C) Proporcionalidad

Tambin se le denomina *la necesidad de la medida*, ya que habr de ponderarse por el tribunal en los trminos del artículo 122 del Código Procesal Penal, si la detencin es estrictamente indispensable para asegurar los fines del procedimiento, y por tanto no solo ser suficiente para la aplicacin de esta medida cautelar cualquier demora o dificultad en la comparecencia del imputado, sino slo aquella que genere un riesgo serio para que el

⁹⁰ Ibid.

⁹¹ También denominado Peligro de retardo, ver en CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, pág 113

⁹² DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 75, pág 144.

⁹³ Idem, pag 146.

procedimiento cumpla sus fines de averiguar correctamente la verdad.⁹⁴

Este es un principio que establece que la medida cautelar que se aplique debe ser “en primer lugar, adecuada o apta para alcanzar el objetivo constitucionalmente prefijado; en segundo lugar, la medida debe ser necesaria, de tal forma que el fin pretendido no pueda ser cumplido a través de un medio menos gravoso para el sujeto pasivo de la misma; además de la carga que se impone a su destinatario ha de estar en razonable relación con las ventajas que se derivan por la consecución del fin deseado”.⁹⁵

Este principio es recogido en el parágrafo 127 I, de la Ordenanza Procesal alemana, la que establece la posibilidad de evitar la detención en flagrancia, una vez interrumpido o consumado el delito, si se conoce la identidad del imputado y no hay sospechas fundadas de que intentara fugarse u ocultarse.

En definitiva, para poder aplicar este principio al caso concreto, se debe ponderar la utilización de la detención como medida cautelar, y debe aplicarse por ser considerada como la mas adecuada para lograr el fin pretendido, vale decir, que se evite la lesión del bien jurídico, y asegurar la presencia del imputado ante las autoridades encargadas de la persecución penal, en definitiva se debe recurrir a ésta medida cautelar “siempre que la detención sea cordada al margen de la pauta de proporcionalidad, carecerá de justificación razonable, será incompatible con la presunción de inocencia y dejará de ser propiamente una medida cautelar, pasando a tener carácter punitivo en cuanto al exceso”.⁹⁶

IV) CRITERIOS DEL LEGISLADOR NACIONAL

Al establecer el legislador las nuevas normas, sin duda alguna recogió parte de los requisitos ya descritos con anterioridad, ciertamente con las particularidades atinentes a nuestra realidad, pero que quizás no fueron plasmados con la suficiente acuciosidad que requería la dinámica del proceso en ciernes, pero que sin duda debe ser adoptado en un futuro no muy lejano.

IV A) Fumus comissi delicti

Con respecto a este punto no haremos mayor alusión por cuanto fue explicado con anterioridad en que consista, centrándonos en como las normas nacionales recogen los elementos que configuran el mismo

IV A 1) Percepcin sensorial directa por terceros

En esta materia, tanto en lo sealado por las actuales normas, como las del anterior Código de Procedimiento Penal, se desprende de que no existe una referencia expresa a

⁹⁴ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, pág. 113.

⁹⁵ DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 75, pág 146.

⁹⁶ Idem, pág. 147.

la percepción sensorial directa de terceros frente a la perpetración de un hecho que revista caracteres de delito flagrante, pero no obstante esto, lo decisivo para constatar una comisión flagrante no es que una persona actualmente se encuentre cometiendo el delito-art. 130 a) CPP- o que acabare de cometerlo-art. 130 CPP- ya que todos los hechos delictivos se están cometiendo o se acaban de cometer en algún momento, pudiendo solo ser flagrante si un tercero percibe tal perpetración directamente a través de los sentidos.⁹⁷

Pero indirectamente, se hace alusión a esta situación en lo referente al artículo 130 d) del Código Procesal Penal, donde se utiliza la frase “fuere encontrado”. También el artículo 125 del Código Procesal Penal, respecto a la procedencia de la detención, emplea el término “a menos que fuera sorprendida en delito flagrante”; en los mismos términos el artículo 129 “cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante”, 134 “quien fuere sorprendido por la policía infraganti”. Por último la Carta Fundamental en su artículo 19 N°7 letra c) “sin embargo podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante”.

IV A 2) Inmediatez temporal

El Código Procesal Penal chileno, en su artículo 130 establece como criterio temporal las frases el que actualmente se encuentre, el que en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, que acabare de cometerse.

Sin duda alguna el legislador solo establece ciertos parámetros que en ningún momento define, lo que es sin duda una falencia que debe ser mejorada en el futuro, ya que la referencia temporal es muy vaga, y producto de muchas interpretaciones⁹⁸.

IV A 3) Inmediatez personal o espacial

Se establecen como criterios lo sealado en el artículo 130, al señalar el que huyere del lugar de la comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice, también establece el que en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito fuere encontrado con objetos procedentes de aquél, también el caso en que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto, que reclamaren auxilio, sealaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.

De estas descripciones sin duda se puede desprender que por necesidad el presunto hecho debe encontrarse en las cercanías del lugar donde se perpetró la acción típica, de

⁹⁷ Idem, pág 141.

⁹⁸ Actualmente se debe actuar con bastante cautela, pues en caso de no tener una clara certeza de estar frente a un hecho flagrante se debe evitar la detención, así por ejemplo es clara la doctrina que se desprende de la resolución del Juez de Garantía de Castro, la que establece que “Lo que corresponde es estudiar si existían las hipótesis de flagrancia contenidas en el Código Procesal Penal, respecto del procedimiento efectuado por el órgano aprehensor, cosa que no se da en la especie y a mayor abundamiento, el propio Ministerio Público señaló que respecto a esos hechos no existía flagrancia. Cabe precisar que la comunicación CENCO fue a las 09:30 horas y que aproximadamente a las 11:30 horas son avistados los menores con una actitud aparentemente sospechosa, a juicio de carabineros, y en esas circunstancias habrían visto una supuesta arma de fuego, es decir por lo menos dos horas después y por lo tanto, en relación al delito de robo no se dan las hipótesis de flagrancia, **al no concurrir la proximidad temporal requerida**”, en *Revista Procesal Penal*, N°18, Febrero 2004, pág. 185 y sigtes.

tal forma que pueda existir una relación entre los vestigios del hecho que puedan permitir una incriminación que este fuera de toda duda.

IV B) Necesidad de intervencin

En cuanto a este criterio, existe poca claridad por parte del legislador nacional, ya que solo habla el articulo 129 del Cdigo Procesal Penal cualquier persona podr detener a quien sorprendiere en delito flagrante, de esto se desprende que existe no una obligacin al particular, y que no siempre que se sorprenda a un delincuente in fraganti existir la necesidad de intervenir, sin embargo por la particular situacin de que es un particular (a diferencia de lo que seala la ley para las policas) la facultad se encuentra con los suficientes mrgenes de libertad, en virtud del cual el juez debe decidir segn los antecedentes del caso, pero creo que debe ser muy especial el caso para dejar sin efecto una detencin en virtud de este criterio.

IV C) Proporcionalidad

En cuanto a este criterio, el Cdigo Procesal establece una norma general, la contenida en el articulo 122 las medidas cautelares personales solo sern impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realizacin de los fines del procedimiento y solo duraran mientras subsistiere la necesidad de su aplicacin.

Esta pauta opera en dos momentos, primeramente para determinar por parte del sujeto activo, si en virtud de las circunstancias procede la detencin, y en segundo lugar, los medios que estime necesario para proceder a aplicar la medida cautelar.

Sin duda al actuar el sujeto activo, en el sistema chileno debe ponderar estas circunstancias, y actuar en la medida que esta sea apta para evitar que continúe el actuar del presunto delincuente, y así lograr que este sea apresado para ser llevado ante los tribunales, y así comenzar el proceso.

V) ANALISIS DEL ARTICULO 130 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Este articulo establece:

“Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia:

el que actualmente se encontrare cometiendo el delito

el que acabare de cometerlo

el que huyere del lugar de comisi3n del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o c3mplice

el que en tiempo inmediato a la perpetraci3n de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con se1ales, en si mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participaci3n en el, o con las armas o instrumentos, que hubieren sido empleados para cometerlos, y

el que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaran como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse

La norma recién transcrita, era originalmente en el texto aprobado por la Cámara de Diputados el siguiente:

Situación de flagrancia. Se entender que se encuentra en situación de flagrancia:

El que actualmente se encontrare cometiendo el delito, aun cuando sea en estado de tentativa

El que acabare de cometerlo

El que hubiere realizado actos preparatorios sancionados por la ley penal

El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido como autor o cómplice

El que, en un tiempo cercano a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en si mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en el, o con las armas o instrumentos que hubiere empleado para cometerlo.

El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaran como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse, y

El que inequívocamente se aprestare a dar comienzo a la ejecución de un delito.

Este texto sufrió modificaciones, para adecuar estas normas al enfoque general que se da en algunos temas por el ordenamiento jurídico⁹⁹.

De todas las circunstancias ya descritas, y por su obvia conclusión, las letras a, b y c del actual artículo 130, son las que se circunscriben a lo que se entiende por flagrant, vale decir algo evidente, “por ser sorprendido el delincuente durante la perpetración misma del delito (*deprehensio in ipsa perpetraciones facinoris*)¹⁰⁰, por cuanto se encuentra el hechor siendo observado por quien presencia el delito mientras que las contenidas en las letras c y d, contemplan casos que la doctrina denomina de cuasiflagrancia.¹⁰¹

Con respecto a la letra d, que habla de un tiempo inmediato, originalmente se encontraba el termino “cercano”, el cambio realizado en la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamentos obedecía a que el termino inmediato hacia referencia a “enseguida, al instante”, en cambio el termino cercano significa “en corto tiempo”, lo que permitía ampliar el ámbito de la aplicación de la norma, en aquellos hechos en que el hecho punible ya se hubiere cometido, dando un espacio temporal para seguir considerando este hecho como flagrante.¹⁰²

Quizás en lo referente a este punto hubiera sido conveniente mantener el adverbio

⁹⁹ Para mayor conocimiento, ver PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Op. cit. en nota 22, pág. 152.

¹⁰⁰ NUÑEZ VASQUEZ, Juan Cristóbal. Op. cit. en nota 41, pág. 291.

¹⁰¹ Idem, Pág. 292, ver en el mismo sentido DEL RIO FERRETI, Carlos y ROJAS RUBILAR, Francisco, *De la reforma procesal penal, en especial de la etapa de instrucción intermedia*. Editorial Jurídica Conosur, pág. 291.

cercano, como una forma de establecer un criterio temporal mas lato que el que en definitiva se consagro legalmente.

Sin embargo, de todas las hipótesis descritas, solo la letra a es la que no presenta dificultades para su aplicación y entendimiento, si algo se esta cometiendo actualmente, sin duda es un hecho que se percibe, resplandece como una llama, pero en cuanto a los numerales siguientes, generan interpretaciones diversas y de dudosa aplicación, ¿hasta cuando el delito que acaba de cometerse tolera la flagrancia?, ¿hasta donde la huida del delincuente significa flagrancia?, ¿qué tanto se extiende el tiempo inmediato como para justificar su detención?¹⁰³ . Considero necesario el establecer parámetros de temporalidad, se puede citar por ejemplo el antiguo artículo 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, que en sus dos primeros párrafos decía Se considera delito flagrante al que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente o delincuentes sean sorprendidos. Se entender sorprendido en el acto no solo el delincuente que fuera cogido en el momento de estar cometiendo el delito, sino el detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere inmediatamente después de cometido el delito con efectos o instrumentos que infundan la sospecha vehemente de su participación en el.¹⁰⁴

Sin duda, y por no tener parámetros claros, es que el Fiscal Nacional, a través de su instructivo N°19, adopta una postura muy cautelosa frente a un hecho de estas características, dicho instructivo expresa “la definición de los casos constitutivos de flagrancia debe ser interpretada restrictivamente. Por lo anterior, en caso de duda los funcionarios deben abstenerse de detener, poniendo los antecedentes a disposición del fiscal, para que este resuelva lo que estime pertinente”.¹⁰⁵

Coincido plenamente con lo planteado por el señor Piedrabuena, por cuanto, no obstante haberse dictado el año 2000 dichas instrucciones, continúan plenamente vigentes, ya que aún persiste la legislación sin variación alguna, por lo que debe ser el actuar en esta materia cauteloso, por las consecuencias que se pueden producir en los casos concretos, y que indefectiblemente van en desmedro del actuar de fiscales al iniciar el proceso.

VI) LA DETENCION

El Código Procesal Penal no define que se entiende por detención, sin perjuicio de ello,

¹⁰² NUÑEZ VASQUEZ, Juan Cristóbal. Op. cit. en nota 41, pág. 292.

¹⁰³ MILLAN GUTIERREZ, Iván. Op. cit. en nota 84, pág. 16.

¹⁰⁴ Citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, *La detención por delito*, Editorial Aranzandi. Pamplona 1998, pág. 81.

¹⁰⁵ MINISTERIO PUBLICO-FISCALIA NACIONAL, *Reforma Procesal Penal, Instrucciones generales*, N°1 a 25, Septiembre-Noviembre de 2000, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2000, pág 328.

en su artículo 125 señala que ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuere intimada¹⁰⁶ en forma legal, a menos que fuere sorprendido en delito flagrante, y en este evento, para el nico objeto de ser conducida sin demora ante la autoridad que correspondiere, reiterando el artículo 253 del Código de Procedimiento Penal, ante lo cual la doctrina ha debido elaborar conceptos que permitan describir de una manera acertada la institución.

Así, por ejemplo, para San Martín y Hermosilla, en sentido amplio “es toda privación de la libertad ambulatoria de una persona, distinta de la prisión o de la ejecución de una pena privativa de libertad, ejecutada para un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico”, siendo un concepto conforme a su naturaleza de medida cautelar “aquella en virtud de la cual, sin citación previa, se priva de libertad a una persona a quien se le imputa la comisión de un delito, por un breve lapso, con la exclusiva finalidad de ponerla a disposición del tribunal, con el objeto de asegurar su comparecencia a algún acto del procedimiento, como puede ser una audiencia destinada a formalizar una investigación y eventualmente, adoptar una medida cautelar de mayor intensidad en su contra, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.”¹⁰⁷

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, en la sesión del 21 de Enero de 1998, entendió por detención una medida de seguridad en contra de la persona del presunto culpable o de aquel que induzca a creer que no ha de prestar a la justicia la debida cooperación, decretada en los casos considerados en la ley, y que consiste en la privación de libertad personal por un espacio breve de tiempo, al objeto de asegurar la acción de la justicia.

El profesor Humberto Nogueira entiende por detención “una situación fáctica que ocurre a una persona a la que se le impide realizar una conducta que desarrollaría voluntariamente de no existir la coacción externa que se lo impide, la que busca concretar una medida privativa de libertad”¹⁰⁸, distinguiendo tres modalidades: la detención preventiva, la detención imputativa y la detención para extradición¹⁰⁹, solo revisaremos la detención preventiva por motivos obvios.

Según el profesor Nogueira, la detención preventiva “es aquella que tiene su causa en la realización de un hecho punible, concretándose para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial”, clasificándose en detención preventiva *espontánea*,

¹⁰⁶ Aquí se podría presentar un problema, por cuanto el concepto de intimación puede resultar relevante para el análisis de legalidad de los procedimientos de detención en la audiencia de control de la misma, si se desea profundizar sobre la intimación, ver al respecto, SOTO DIAZ, Guillermo Antonio, “Intimación legal de la orden de detención en el nuevo proceso penal”, en *Revista Procesal Penal*, N°19, Marzo 2004.

¹⁰⁷ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, Pág. 111.

¹⁰⁸ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, “La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, Volumen XIII, Valdivia 2002, pág. 172.

¹⁰⁹ Ibid.

cuando es practicada por particulares en caso de delito flagrante, o *policial*, cuando la practican las fuerzas de orden y seguridad pblica ¹¹⁰.

VI A) Detencin preventiva espontnea

La facultad de poder poner a disposicin de la justicia a los presuntos responsables de un hecho punible (no delito, por cuanto solo la calificacin de tal se produce por medio de una resolucin judicial que lo determine as), emana en primer lugar de lo establecido en la Constitucin Poltica de la Republica.

En efecto, el articulo 19 N°7 letra c seala "Sin embargo podr ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposicin del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

Esta facultad establece una doble excepcin en torno a las medidas cautelares:

En primer lugar, faculta a un particular a practicar una medida cautelar, cuando esta otorgada exclusivamente a las fuerzas de orden y seguridad.

En segundo lugar establece una excepcionen torno a que debe ser intimada en forma legal.

Esta facultad la consagra, aparte del texto constitucional, el Código Procesal Penal, en su artículo 129, y encuentra también su aceptacin legal en el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal

En el caso de esta detencin, esta puede practicarse donde sea posible, vale decir, en un lugar pblico, como también en un lugar abierto al pblico, en cambio a estos no les esta autorizado el ingresar a un recinto particular donde se encuentre el delincuente, a menos claro esta, que dicha autorizacin sea prestada por el propietario de aquel lugar.

Ahora bien, esta medida cautelar debe durar lo menos posible, vale decir, el presunto hechor debe ser puesto a disposicin de las autoridades correspondientes inmediatamente después de su aprehensin, pues en caso contrario, el particular podr incurrir en el delito de detencin ilegal. Una vez puesto a disposicin de las autoridades deben ser leídos inmediatamente sus derechos, pues en caso contrario esta omisin podr tener consecuencias en la correspondiente audiencia de control de la detencin, pero adem s si el particular propina al detenido un trato denigrante y atentatorio podr incurrir en el delito se sealado en el artículo 150 letras A y B del Código Penal.

VI B) Detencin policial

El articulo 80 del Cdigo Procesal Penal seala que los funcionarios policiales ejecutaran sus tareas bajo la direccin y responsabilidad de los fiscales del Ministerio Publico, y de acuerdo a las instrucciones que estos les impartan para los efectos de la investigacin.

En relacin con las actividades de la Policia, una de las interrogantes que ms complejidades ha presentado es la delimitacin de la actuacin autnoma de la policia, vale decir que acten sin instrucciones previas, en el caso chileno de los fiscales, que permita asegurar un control de la actividad policial, control que, tal como lo sealamos

¹¹⁰ Ibid.

anteriormente, capítulo I, en el sistema inquisitivo, era muy difícil de establecer.

Por ejemplo, lo sucedido en Alemania, donde a pesar de que se establece legalmente la subordinación de la policía al Ministerio Público, gran parte de las actuaciones de la investigación son realizadas autónomamente por la policía, informando al fiscal solo cuando las mismas se encuentran concluidas o avanzadas en forma relevante. Parte de la doctrina alemana considera estas actuaciones como “bordeando la ilegalidad”, pero se aceptan cuando se trate de ciertos delitos rutinarios. Se argumenta a favor de esta situación el hecho de que ningún fiscal entendería que por cada hurto o robo, tuviera que impartir instrucciones a la policía acerca de cómo llevar a cabo procedimientos, porque sin duda las policías conocen que puede hacerse en estas situaciones.¹¹¹

Por lo mismo, es que el fiscal suele recibir el expediente del caso, cuando la investigación policial se encuentra agotada, y solo imparte instrucciones cuando considera que existen diligencias que no cumplen las finalidades requeridas.¹¹²

Pero sin duda alguna el caso más extremo de autotomía y discrecionalidad en materia de actuación policial es el sistema constituido en Estados Unidos de Norteamérica. Tal como señala Horvitz, se realizó en ese país un interesante estudio, donde los investigadores de la *American Bar Foundation* se dedicaron a acompañar durante meses a los agentes policiales en sus rutinas. Investigaron que arrojó como resultado que la policía actúa con una gran discrecionalidad. Las policías deciden si iniciar o no una investigación criminal, si utilizar métodos encubiertos, si detener o interrogar a una persona, y si era detenida que cargos deban ser incluidos en el parte policial.¹¹³

Como respuesta frente a este estudio, se produjo un cambio en torno a las facultades de las policías, orientada a controlar y delimitar esta amplia discrecionalidad, sin proceder a eliminarla por completo, pues se consideró que ello era prácticamente imposible, por la gigantesca variedad de situaciones impredecibles que se tiene que enfrentar en dicho país¹¹⁴, por ejemplo una muestra de la fuerte aplicación de la rigidez policial, es el sistema de tolerancia cero aplicado en el estado de Nueva York.

Como lo señalamos anteriormente, la detención puede ser dividida en detención preventiva, imputativa y para extradición, tan solo haremos referencia a la detención preventiva.

Por la naturaleza del delito flagrante, es ésta la que presenta la mayoría de los inconvenientes, por cuanto en la audiencia respectiva de control de la legalidad de la detención se puede revocar la misma. En efecto, por no existir en este evento, solo ciertas percepciones acerca de lo que es lo razonablemente adecuado para estar en

¹¹¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASSLE, Julián, Op. cit. en nota 50, pág. 180.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Idem, pág 182.

¹¹⁴ Ibid.

presencia de un delito flagrante, es que se hace tan necesario establecer un parámetro claro, que permita a los funcionarios policiales actuar con la suficiente garantía de estar realizando una detención conforme a derecho.

La detención policial debe estar actualmente basada en motivos racionales que permitan actuar al agente policial. Según el profesor Nogueira “la policía debe regir su actuación por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance, principios que debieran consagrarse legalmente”.

115

Al momento de efectuarse esta detención el agente policial debe identificarse adecuadamente, en caso contrario le podría acarrear responsabilidades institucionales, pero este hecho no deja sin efecto la detención, y velar por su integridad física y síquica, así como también su honor y dignidad.

La detención en caso de delito flagrante, por regla general, se practicará en lugares y recintos de libre acceso al público, sin embargo también puede realizarse en un determinado edificio o lugar cerrado, al que se haya ingresado con el consentimiento del propietario o encargado, o en cumplimiento de una orden de entrada y registro¹¹⁶. Pero excepcionalmente la ley autoriza a los agentes policiales a entrar en un lugar cerrado, an sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado, y sin autorización judicial previa¹¹⁷ cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se estuviere cometiendo un delito.¹¹⁸

Una vez practicada la detención, o que haya recibido al detenido por un particular,

¹¹⁵ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Op. cit. en nota 108, pág. 172.

¹¹⁶ Norma contenida en el artículo 205 del Código Procesal Penal

¹¹⁷ Sobre esta facultad contemplada en el artículo 206 del Código Procesal Penal, la Corte Suprema, en fallo de 27 de Febrero de 2003, que desecha el recurso de nulidad interpuesto por la defensa, establece en su parte pertinente: “en cuanto reclama la vulneración de la garantía asegurada en el N°5 del artículo 19 de la Constitución Política. Es menester señalar que tal norma establece como un derecho fundamental de toda persona la inviolabilidad del hogar, agregando dicho precepto que este puede allanarse en los casos y formas determinadas en por la ley. En concordancia con lo anterior, el artículo 206 del Código Procesal Penal admite la entrada y registro en lugares cerrados sin autorización judicial ni consentimiento expreso de su propietario o encargado, cuando signos evidentes indicaren que en el recinto se esta cometiendo un delito. Al respecto, el fallo impugnado frente al mismo reproche en el motivo quinto ha concluido que con relación a la detención de Miranda y la incautación de sustancia estupefaciente desde su domicilio por la policía, se dio la situación de flagrancia, como lo contempla el artículo 206 del Código Procesal Penal en relación al artículo 130 del mismo cuerpo de leyes, para la configuración del delito previsto en el artículo 50 de la ley de Drogas...Que de este modo, demostrado como se indico, que la policía frente a una situación de delito flagrante y con los antecedentes que lo justificaban, considero que existían signos evidentes de que en el domicilio de Miranda Rojas se había producido un delito de trafico ilícito de estupefacientes, en la modalidad de tenencia o posesión que reprime el artículo 50 de la ley N°19.366 que autorizaba para la entrada y registro de dicha morada, aun sin autorización judicial previa ni el consentimiento del imputado, con lo cual no se ha podido infringir el artículo 206 del Código Procesal Penal que contempla **esta situación de emergencia** y, por consiguiente, no ha podido transgredirse la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar que asegura el N°5 del artículo 19 de la Carta Fundamental, por lo que en esta parte el recurso debe ser desestimado”, en *Revista Procesal Penal*, N°8, Abril 2003, pág. 42 y 43.

debe informar al fiscal ¹¹⁹, si se tratare de un simple delito y no fuere posible conducir al detenido inmediatamente ante el juez, el oficial a cargo del recinto donde se encuentre puede otorgarle la libertad de inmediato, cuando considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia ¹²⁰. Por su parte el fiscal puede dejar sin efecto la detención por flagrancia (tema analizado en el capítulo anterior)

VII) AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN

Tal como se señaló en el capítulo anterior, existen mecanismos de protección de los derechos de los detenidos, siendo la esencial y primordial, la denominada audiencia de control de la detención, que es aquella audiencia en virtud de la cual se presenta por primera vez el detenido ante sede jurisdiccional, ya sea por la resolución judicial que ordena la detención del presunto delincuente, o en los casos de detención por flagrancia.

Aun cuando el Código Procesal Penal no establece que esta audiencia tenga por finalidad realizar un control jurídico sobre las condiciones en las que se efectuó la misma, su esencia se puede desprender de la naturaleza de la intervención del Juez de Garantía, cuya función es cautelar los derechos de los intervinientes, además de lo dispuesto en el artículo 5 del Código Procesal Penal, sobre la aplicación de las medidas cautelares, además de lo dispuesto en los artículos 9 N°4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 N°6 de la Convención Americana de Derechos Humanos ¹²¹.

La audiencia tiene tal importancia, ya que si se llega a establecer en la misma que no estaban dados los presupuestos para la detención por flagrancia, el Juez de Garantía está facultado, mejor dicho, se encuentra en la obligación de señalar que esa detención ha sido efectuada en forma ilegal ¹²², y por lo tanto, decretar en esa audiencia la libertad

¹¹⁸ La importancia de esto esta dada en que si no se cumplen los presupuestos de hecho y de derecho, el Juez debe absolver, así sucedió en la resolución del Juzgado de Garantía de Ovalle, de fecha 19 de Diciembre de 2002, que en su parte considerativa expone "...a este Tribunal le cabe la duda razonable de cómo fue que los funcionarios policiales lograron la incautación de la droga que se refiere la acusación, toda vez que de los antecedentes acompañados por el Ministerio Público, no consta que la persona que el señor fiscal indica, como la que autorizo la diligencia, esto es, la madre del acusado, haya dado su consentimiento a dicho ingreso, ni si dicha autorización fue anterior o posterior a la entrada y registro, ni de que si ella fue efectuada con apego a las normas constitucionales y de procedimiento penal establecidas...En razón de lo anterior deberá desestimarse la entrada y registro en lugar cerrado y la posterior incautación de droga, efectuada por la policía de Carabineros..., no siendo posible a este Tribunal sustentar en dichas diligencias una condena, puesto que ello equivale a hacer valer en contra del acusado pruebas obtenidas con desconocimiento de las normas constitucionales que consagran el derecho a la inviolabilidad del hogar y a la no incriminación de parientes. En *Revista Procesal Penal*, N°6, Febrero 2003, pág. 193.

¹¹⁹ Norma contenida en el artículo 131 del Código Procesal Penal.

¹²⁰ Norma contenida en el artículo 131 del Código Procesal Penal.

¹²¹ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, Santiago 2003, pág. 121.

inmediata del detenido, por cuanto no se pudo establecer conforme a parámetros razonables que la medida cautelar sobre el imputado fue practicada conforme al ordenamiento jurídico (cobra aquí importancia el principio de juridicidad).

En este punto se puede presentar una discusión por cuanto, si esta es considerada ilegal por el juez ¿se puede mantener una medida cautelar para el imputado? Si eso fuera así, declarada ilegal la detención ¿carecería de legalidad la ampliación de la misma si esta ha sido declarada ilegal en su origen?.

Creo que la respuesta debiera ser, que declarada ilegal la detención, el imputado debe ser puesto en libertad inmediatamente, sin poder ser objeto de ninguna medida cautelar, por cuanto si no fuera así, se estaría vulnerando el principio de inocencia, y el principio de juridicidad, ya que sería el proceso iniciado sobre la base una actuación ilegal.

En la misma postura se presenta el profesor Tavolari, quién señala “Compete al juez determinar que el sujeto conducido a su presencia ha sido privado de libertad por encontrarse precisamente en una de las situaciones que la ley califica de flagrancia, juicio que, de resultar negativo, le impondrá el deber de decretar su libertad, antes o con prescindencia de que el Ministerio Público solicite medidas cautelares. Esto porque la falta de situación de flagrancia hace jurídicamente improcedente la presencia del sujeto ante el Juez y resta validez a todo el procedimiento. Significa así, que la primera atención del Juez debe dirigirse a establecer la efectividad de haberse encontrado el sujeto en situación de flagrancia, para determinar lo cual no tiene limitaciones probatorias y podrá atender, desde luego a la versión del afectado; escuchar a los aprehensores, etc”.¹²³

El plazo para que sea puesto el detenido flagrante a disposición del tribunal, es de veinticuatro horas una vez producida la detención, si es por la policía, o bien producida la entrega del detenido a las autoridades, si esta es realizada por un particular.¹²⁴

El plazo para ser puesto a disposición del tribunal, originalmente establecía (según el proyecto del ejecutivo) una facultad para la policía de conducir al detenido a una unidad policial, lo que abría la posibilidad de que este fuera llevado a un recinto penitenciario, sin embargo la misma se modificó quedando como una obligación el no ingresar a una unidad penitenciaria al detenido.¹²⁵

Sin duda alguna, la intención del legislador de limitar al máximo el tiempo de detención y las condiciones de ésta, es una forma de incorporar definitivamente a nuestra

¹²² En una resolución del Tribunal de Garantía de Rancagua se establece “Considerando que el examen que corresponde hacer al tribunal respecto de si la detención se ha ajustado o no a derecho, pasa por establecer la conducta que sería exigible de parte de quien ha practicado la detención, en base a los antecedentes que hasta ese momento contaba”. Sentencia de 30 de Diciembre de 2003, en *Revista Procesal Penal*, N°18, Febrero 2004, pág. 183.

¹²³ TAVOLARI, Raúl, “El Juez de Garantía”, en *Cuadernos Judiciales N°5 Reforma Procesal Penal, Acerca de los Juzgados de Garantía*. Instituto de Estudios Judiciales, Santiago 2001, pág. 19.

¹²⁴ Consagrado en el artículo 19 N°7 letra c Constitución Política de la República

¹²⁵ Consagrado en el artículo 133 del Código Procesal Penal

legislación procesal penal, las exigencias mas reiteradas en los Tratados de Derechos Humanos, que buscan disminuir las mismas, con el fin de evitar abusos y otros hechos contrarios a un debido proceso.

Antes de ser puesto a disposición del tribunal, los agentes a cargo de una detención in fraganti, deberán informar al fiscal, el que podrá dejar sin efecto la misma u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez en un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado, en caso de no señalar nada, la policía debe dejar al detenido a disposición del tribunal, todo según los términos del artículo 131.

El artículo ya mencionado advierte varias posibilidades, ya analizamos lo que sucede con la facultad del fiscal de dejar sin efecto la detención, otro punto es la conformidad del plazo de entrega del detenido con lo establecido en la Constitución, y por último, un tema que pudiera ser controvertido frente a situaciones puntuales, la de desde cuando se cuentan las veinticuatro horas en caso de detención de un particular, (incluso se podría presentar en actuación policial)¹²⁶, imaginemos que en un poblado lejano se perpetra un hecho punible y es detenido el hechor por los pobladores, sin duda alguna muchas veces por la imposibilidad de comunicacin con las autoridades, el plazo en que se entregue al detenido a la polica puede ser perfectamente superior a los plazos sealados en el artículo 131, por lo que se puede plantear perfectamente este incidente en la audiencia correspondiente, ante lo cual la decisin ser conforme al criterio del Juez de Garanta correspondiente. Pero me parece, que unas detencin en que las posibilidades de actuacin no pudieran conformarse con los plazos, no debiera ser declarada como ilegal por el transcurso de ste, ya que la norma habla de 24 horas desde que el individuo haya sido detenido. Precepto que, establece una obligacin para las autoridades, pero no para los particulares, quienes, muchas veces, por las especiales caractersticas del sector donde vivan, puedan hacer ilusoria una pronta intervencin de la justicia. Por esto, si se pusiera en libertad al detenido, se dara origen a un incipiente germen de inseguridad juridica.

Sin duda considero que, para evitar interpretaciones diversas, sobre todo en la zona sur, por la complejidad geográfica, seria altamente conveniente clarificar desde cuando

¹²⁶ Una interesante resolución del Juzgado de Garantía de Antofagasta, en audiencia de control de fecha 9 de Septiembre de 2003, establece "El tribunal tiene presente que la norma que establece los plazos legales de detención, contemplados en el Código Procesal Penal, tiene por objeto resguardar el derecho del imputado a ser presentado en el plazo mas breve posible ante la autoridad judicial, para que se examine la legalidad de su detención y las condiciones en que fue realizada...Lo que se pretende evitar con esta norma es que la policía retenga mas allá del plazo razonable al imputado sin haber merito para ello y sea puesto a disposición de la autoridad judicial...Que en este caso, habiendo el imputado sido trasladado por tierra desde la ciudad de Santiago, resulta evidente que el termino necesario para efectuar este traslado fue el que provoco el exceso en el tiempo de privación del imputado, pero en ese exceso no se aprecia de parte de la policía una falta de voluntad en orden a poner al imputado a disposición del tribunal, sino por el contrario, existen acciones concretas durante un gran lapso de tiempo en ordena efectuar las gestiones necesarias para que el imputado estuviere a disposición del Juez correspondiente y se efectuara su control de legalidad...Que, por lo demás el artículo 17 del Código Procesal Penal establece que en casos de fuerza mayor o caso fortuito, aun los plazos legales pueden ser ampliados por el tiempo necesario cuando existe una situación que provoca un entorpecimiento y el tribunal entiende que es esa la situación que se ha dado en la especie...Por estas consideraciones...se rechaza lo solicitado por la defensa", en *Revista Procesal Penal*, N°15, Noviembre 2003, pág. 230.

se cuenta el plazo de veinticuatro horas.

VIII) MECANISMOS CORRECTIVOS DE PROTECCION DE GARANTIAS

Operan como mecanismos de protección de garantías, la institución de la nulidad procesal, la exclusión de la prueba ilícita y el recurso de nulidad.

VIII A) Nulidad procesal

Haremos una breve alusión a esta institución, señalando que esta es una sanción que la ley establece, en cuya virtud se faculta al tribunal para que, de oficio o a petición de parte, anule actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento y las que de ella emanaren o dependieren, cuando ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad y dicho interviniente no hubiese concurrido a causar el perjuicio¹²⁷, operando como un mecanismo de protección de garantías cuando la infracción que la motiva ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República¹²⁸.

Para efectos de estudio del tema de flagrancia, sin embargo, la institución no sería de tanta aplicación, por cuanto esta nulidad procesal solo tiene relación con actuaciones o diligencias judiciales, por lo tanto esta sanción legal se aplica a las actuaciones judiciales, mas no a aquellas diligencias realizadas por el Ministerio Público, ni por la policía.¹²⁹

VIII B) Exclusión de prueba ilícita

Con respecto a este mecanismo de protección algo hemos señalado, ya que al no existir parámetros claros de actuaciones en cuanto a una detención en delito flagrante, se puede estar frente a la posibilidad de una exclusión de prueba por no haberse respetado las garantías mínimas, transformando esta en una prueba ilícita.¹³⁰

A diferencia del sistema inquisitivo, en el actual proceso no se puede obtener la verdad a cualquier precio, tal como señala Alex Carocca “es cierto que esta regulación vista desde la óptica actual puede parecer excesivamente proteccionista, pero en realidad no es así, sino que se adecua plenamente a lo que sucede en las naciones mas

¹²⁷ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, pág. 154.

¹²⁸ HORVITZ LENNON, María Inés y LOPEZ MASSLE, Julián, Op. cit. en nota 50, pág. 103.

¹²⁹ CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op.cit. en nota 21, pág. 156.

¹³⁰ Entendiendo por prueba ilícita “la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad” AITURRIETA SEQUEL, Mariana, “Prueba ilícita. Nociones generales-derecho comparado”, *Revista Procesal Penal*, N°14, Editorial Lexis Nexis, Octubre 2003, pág. 25.

desarrolladas, que han establecido sistemas acusatorios que no pretenden establecer la verdad a cualquier precio, sino que siempre respetando sus derechos fundamentales”.¹³¹

El punto si de discusión es ¿que sucede con las pruebas o indicios surgidos producto de una actuación que vulnera los derechos fundamentales?.¹³²

La doctrina anglosajona elabora a partir de esto “la doctrina de los frutos del árbol envenenado”, la que dice relación con la imposibilidad de utilizar como prueba en un proceso penal, elementos de convicción obtenidos mediante la violación de garantías fundamentales, pero mas específicamente con la invalidez del uso procesal de datos probatorios que sin ser el hábeas de la violación constitucional, se han podido conocer u obtener gracias a ella.¹³³

En cuanto al antecedente originario (por ejemplo confesión obtenida ilegalmente) no existe duda referente a que esta debe ser excluida, y así lo contempla expresamente el legislador nacional en el artículo 276 del Código Procesal Penal, pero no existe la misma postura para las pruebas, que sin ser el hábeas del quebrantamiento, se han obtenido vulnerando garantías fundamentales.

Parte de la doctrina señala que estas pruebas deben ser de cuidadoso análisis en cuanto a la determinación de si el acto principal acarrea la de sus posteriores, y esta solo debería ocurrir cuando exista una dependencia jurídico procesal, una derivación de causa que debiera estar establecida en la ley, de tal modo que el acto anulado sea condición de la existencia legítima del acto que le precede.¹³⁴

En la otra posición se encuentra por ejemplo el profesor Sabas Chahuán, el que postula que “ toda la prueba que se obtenga gracias a la violación constitucional, siempre será consecuencia de esta ultima, y por tanto, tan ilegítima como el quebrantamiento que le dio origen”.¹³⁵

Considero que quizás lo mas acertado seria la primera postura, así, me adscribo a la teoría de la aceptación de las pruebas ilícitas por derivación a través del principio de la inminencia de la obtención, el que razona sobre la base de que si aún cuando no se hubiere cometido el ilícito previo (que posibilitó la obtención de la prueba), dicha prueba iba a llegar de todos modos al proceso, y el juez, mediante la correspondiente resolución que arribe a esa conclusión, aceptaría la prueba derivada¹³⁶, y tomo como referencia lo

¹³¹ CAROCCA, Alex, DUCE, Mauricio, RIEGO, Cristian, BAYTELMAN, Andrés y VARGAS, Juan Enrique, Op. cit. en nota 1, pág. 81.

¹³² Si se desea profundizar, ver AITURRIETA SEGUÉ, Mariana, “Prueba ilícita. Nociones generales-derecho comparado”, *Revista Procesal Penal*, N°14, octubre 2003, y CANDIA PEREZ, Raúl, “La prueba ilícita por violación de garantías fundamentales en la jurisprudencia comparada. Breve revisión y análisis”, *Revista Procesal Penal*, N°12, Editorial Lexis Nexis, Agosto 2003

¹³³ CHAHUAN SARRAS, Sabas, Op. cit. en nota 9, pág. 272.

¹³⁴ Idem, pág. 273.

¹³⁵ Ibid.

sealado en el prrafo de la nulidad procesal, en cuanto a que el articulo el articulo 165 seala que en la resolucin que declare la nulidad deben sealarse los actos a que ella se extendiere; sera conveniente en cuanto a esta disyuntiva un pronunciamiento legislativo, para zanjar definitivamente esta discusin que se pueda plantear en tribunales, con el objeto de que todos los intervinientes tengan ms claridad al momento de argumentar a favor o en contra de las actuaciones o indicios realizados en estas condiciones, diciendo que hasta que eso no se produzca, le corresponder a los Tribunales determinar la exencin de la prueba derivada, y si ella es o no admisible.¹³⁷

Sobre lo mismo, la sentencia del Tribunal Constitucional espaol 28/2002, de 11 de febrero de 2002, sealó, que si bien prohibía la valoracin de la prueba declarada nula, la cual se extiende no solo a los resultados directos de la intervencin, sino a cualquier otra prueba derivada de la observacin telefnica, siempre que exista conexin causal entre ambos resultados probatorios. Agregó además que “junto con esta regla general, en supuestos excepcionales hemos considerado licita la valoracin de pruebas que, aunque se encuentren conectadas desde una perspectiva natural con el hecho vulnerador del derecho fundamental, por derivar del conocimiento adquirido a travs del mismo pueden considerarse jurídicamente independientes”.¹³⁸

VIII C) Recurso de nulidad

Como la ultima gran barrera que establece el ordenamiento juridico frente a un hecho que revista los caracteres de delito flagrante, se encuentra el recurso de nulidad, consagrado en los articulos 372 a 387.

El recurso de nulidad es un “recurso anulatorio que debe ser cualificado como extraordinario, de efectos devolutivo y suspensivo, que persigue invalidar el juicio oral o la sentencia, o ambos a la vez, sea por error o *vitium in procedendo*, que significa violacin de las normas procesales; sea por error o *vitium in iudicando*, que expresa la violacin del derecho adjetivo y/o sustancial en la aplicacin de la ley (*error iuris*).¹³⁹

Los articulos 373 y 374 establecen las causales del recurso, constituidas por los errores cometidos en la tramitacin del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, los que determinan la infraccin sustancial de los derechos o garantas asegurados por la Constitucin o por los Tratados internacionales, y ademés los errores producidos en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errnea aplicacin que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo.

La necesidad de la creacin de este recurso se encuentra recogida en las discusiones del actual código. En efecto “La idea que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario fue la de cubrir un ámbito de arbitrariedad que hoy es remediable por el recurso de casación cuando se infringen las reglas reguladoras de la

¹³⁶ AITURRIETA SEGUEL, Mariana, OP. cit. en nota 130, pág. 27.

¹³⁷ Idem, pág. 32.

¹³⁸ CANDIA PEREZ, Raúl, Op. cit. en nota 132, pág 15 y 16.

¹³⁹ NUÑEZ VASQUEZ, Juan Cristóbal. Op. cit. en nota 41, pág. 333.

prueba, en el contexto de la prueba legal tasada. Pero dentro del nuevo Código, que insta un sistema de apreciación de la prueba no sometido a determinadas valoraciones legales, no resultaría procedente recurrir de casación fundada en la violación de las normas de la apreciación de la prueba. Se quiso entonces, que en casos excepcionales, generados por ejemplo, por el hecho de que la presión social en un lugar determinado hubiere llevado al Tribunal del Juicio Oral a apreciar en forma arbitraria la prueba rendida y , sobre esta base, a dictar sentencia condenatoria, en circunstancias que debió absolver, pudiera subsanarse esta injusticia. Y la forma de remediarlo no sería anulando el fallo y dictando sentencia de reemplazo, sino ordenando la repetición del juicio oral”.¹⁴⁰

La cita en cuestión, es un antecedente a considerar, por cuanto precisamente puede suceder un caso en que exista una infracción a los derechos del imputado, producto de una detención en caso de hecho flagrante, y que pueda influir en una apreciación errada en la sentencia. Pensemos por ejemplo, el caso en que una persona es detenida por un delito flagrante, pero es acusado de autor, cuando es cómplice, o es calificado el delito de consumado cuando es frustrado; aquí sin duda, a pesar de que haya sido revisada su detención conforme a los criterios y a los mecanismos establecidos en el Código Procesal Penal, se puede perfectamente plantear la duda en el juicio oral, y mas aún, como pudiera , en un evento existir duda sobre que grado de ejecución tiene el delito, se debería aplicar, por el principio pro reo, la calificación que mas le favorezca al imputado.

Una situación así, sin duda alguna no es lo que la sociedad toda quiere, ni tampoco los actores jurídicos; la certeza es lo primordial; que el delincuente tenga una sanción frente a su actuar ilícito, pero que esta sea acorde con su actuar y conforme al ordenamiento jurídico, por lo que quizás se debiera estudiar esta situación y quizás, para evitar esto, se debería dejar establecido en una modificación legal, el criterio de calificación jurídica del iter criminis frente a la detención flagrante, tal como se establece en el Código Penal en lo referente a los crímenes y delitos contra la propiedad.¹⁴¹

Por lo mismo es que el recurso de nulidad hace frente, como ultima barrera, a las situaciones producidas en el proceso penal que fueren atentatorias contra el debido proceso. En efecto, así lo recalco la Comisión del Senado, la que en torno a la causal contemplada en el artículo 373 letra a, expresó que ésta “tiene por objetivo la cautela del racional y justo procedimiento y el respeto de las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en el”.¹⁴²

Al establecer la ley los derechos, hace referencia a “las prerrogativas que la Constitución, las leyes y los Tratados internacionales aseguran, tales como la libertad personal, la igualdad ante la ley, la presunción de inocencia, el debido proceso, la defensa en juicio, la revisión del fallos condenatorio por un tribunal superior y otros”, y

¹⁴⁰ PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Op. cit. en nota 22, pág. 369.

¹⁴¹ Artículo que dice en su primer inciso “Los delitos a que se refiere el párrafo 2 y el artículo 440 del párrafo 3 de este Título se castigaran como consumados desde que se encuentren en grado de tentativa”

¹⁴² PFEFFER URQUIAGA, Emilio, Op. cit. en nota 22, pág. 369.

cuando hace referencia a las garantías, se refiere a las acciones y recursos que resguardan a los primeros, todos los cuales deben estar expresamente establecidos en la Carta Fundamental o en los Tratados Internacionales ratificados por Chile y actualmente vigentes”.¹⁴³

Sin duda, por la actual estructura de las normas sobre delito flagrante, los recursos de nulidad deben estar fundadas en la causal contemplada en el artículo 373 letra a, por lo mismo, para establecer certeza se debe mejorar la técnica legislativa para poder así tener reglas claras y que ante un juicio no se presenten las dudas referentes a estos hechos.

IX) SITUACION DEL ARTICULO 206 DEL CODIGO PROCESAL PENAL

Como última parte de este capítulo, haremos una breve referencia al artículo 206 del Código Procesal Penal, que tiene directa alusión con nuestro tema.

Dicho artículo señala “*Entrada y registro en lugares cerrados sin autorizacin judicial.* La policia podr entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorizacin judicial previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se esta cometiendo un delito.

Sin duda alguna, esta facultad, que esta entregada a las policías, no es más que una diferente forma de determinar que se esta cometiendo un delito flagrante, esto además porque el texto original tenia inicialmente el encabezado de entrada y registro en lugares cerrados en caso de flagrancia. En efecto, se trata de “una comisión de delito flagrante intramuros, de los que se toma conocimiento por los “signos evidentes” que se perciben en el exterior y que indican que en el interior se esta cometiendo actualmente un delito”.

144

Hay que señalar que el texto original contenía el termino “actualmente”, la circunstancia de su modificación permite “una mayor latitud en la temporalidad del hecho total y por tanto una mayor eficacia en la persecución penal”¹⁴⁵. Esta modificacin debe tomarse tambien como un antecedente de que es necesario construir y establecer elementos claros que disminuyan lo mximo posible las interpretaciones que se podran presentar frente a un delito flagrante.¹⁴⁶

¹⁴³ NUÑEZ VASQUEZ, Juan Cristóbal. Op. cit. en nota 41, pág. 337.

¹⁴⁴ ZAPATA GARCIA, Francisca, “Autorizaciones judiciales previas, y en particular, entrada y registro en lugar cerrado en el nuevo proceso penal, en “Cuadernos Judiciales N°5 Reforma Procesal Penal, Acerca de los Juzgados de Garantía”. Instituto de Estudios Judiciales, Santiago 2001, pág. 108.

¹⁴⁵ Idem, pág 109.

El punto que debe ser zanjado, según mi pensamiento, es el de que entendemos por signos evidentes. Según Francisca Zapata, se le debe asignar el contenido de “fundadas sospechas”, el que se encuentra en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal¹⁴⁷

Soy de la misma opinión de la jueza Zapata, esto porque sin duda el parámetro de fundadas sospechas es de menor entidad que el de signos evidentes.

Considero que se debería aclarar legislativamente el concepto, ya que esto permitiría un actuar mas seguro de las policías, que pueden estar temerosas de proceder ante el evento de que esa detención e incautación pueda ser objeto de reparos, y a pesar de tener éxito en la misma, se caiga todo su trabajo en la audiencia de control de la detención.

Finalizados y expuestos los mas importantes aspectos que giran en torno al delito flagrante, tanto en su aspecto procesal como constitucional, y de los mecanismos de garantía para proteger al imputado que fuere objeto de una detención, entraremos a la parte final de este trabajo, donde trataremos de construir, en base a todo lo señalado, un concepto de delito flagrante que satisfaga y que permita establecer una mayor certeza frente a un hecho que tenga estas características.

¹⁴⁶ El artículo que contenía el segundo informe de la Comisión del Senado establecía: Art. 237 : Entrada y registro en lugares en caso de flagrancia: Cuando concurrieren los requisitos que hacen procedente la detención por flagrancia y se presumiere que la persona a detener hubiere ingresado a un edificio o a lugar cerrado respecto del cual el propietario no autorizare el ingreso del personal de la policía, este informara de inmediato al fiscal, a objeto de que recabe la autorización judicial. Sin perjuicio de ello, la policía adoptara las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado: No se recurrirá la orden judicial previa para la entrada y registro cuando por las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes apareciere que en el recinto se estuviere cometiendo actualmente un delito”

¹⁴⁷ ZAPATA GARCIA, Francisca. Op. cit. en nota 144, pág 109

CAPITULO CUARTO: EL DELITO FLAGRANTE Y SU ASCEPCION PENAL

I) ASPECTOS INTRODUCTORIOS

Nuevamente debemos señalar que el tema de la flagrancia involucra aspectos poco analizados en la doctrina chilena, la pregunta que me asalta es la siguiente, ¿es este un tema evidentemente de carácter procesal, vale decir de derecho adjetivo, o es cuestión que debe ser abordada por el Derecho Penal, vale decir la parte sustantiva del ius puniendi estatal?. Espero dilucidar esta interrogante a través de estas breves líneas.

Sin duda, es una materia que debe ser mejorada, porque necesariamente se encuentran involucrados en ella muchos aspectos de sentido común. Siempre existe un hecho y siempre existe un hechor que comete ese hecho. En efecto”la flagrancia esta constituida por una idea de relación entre el hecho y el delincuente. No puede existir únicamente con el hecho (casa que se incendia), sin su necesaria relación con el delincuente. Desde el derecho romano se ha hecho la distinción entre delitos flagrantes y no flagrantes (furtum manifestum et nec manifestarum). El delito in fraganti era penado mas severamente y el proceso se incoaba de oficio. Actualmente todas las legislaciones reconocen esta clasificación y su reglamentación es similar a la que se emplea en

nuestra ley vigente.¹⁴⁸

Dicho lo anterior, pasaremos a presentar las definiciones que se han expuesto en torno al delito flagrante.

II) TERMINOLOGIA COMUN

La palabra flagrante viene del latín “Flagrans-Flagrantis, que proviene del verbo flagrar, que significa “arder o resplandecer como fuego o llama”, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹⁴⁹, que sabemos en cuestiones de terminología es fuente de claridad conceptual para la interpretación jurídica; en el mismo término se pronuncia el Diccionario Larousse, el que entiende por flagrar arder, llamear, y entiende por flagrante que se ejecuta actualmente.¹⁵⁰

En suma, las ideas en torno a que se entiende por flagrante van encaminadas a una situación perceptible por los sentidos, a una situación evidente, vale decir, tal como una expresión popular usada, es encontrar a alguien “con las manos en la masa”, lo que determina que en la acepción común lo importante es el criterio de temporalidad e inmediatez de la percepción por los sentidos lo que determina a ciencia cierta cuando alguien se encuentra en una situación de flagrancia (que no necesariamente implica una situación irregular o contraria a las normas sociales vigentes en una comunidad determinada).

III) TERMINOLOGIA JURIDICA

En cuanto a una definición que contemple una visión jurídica podríamos mencionar la que señala que delito flagrante, es aquel que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo que lo consumaba¹⁵¹, o la definición de Rodrigo Quintana, para quien la flagrancia es la calidad de una acción que se está cometiendo actualmente, la expresión se utiliza respecto al delito, siendo flagrante aquel en que el delincuente es sorprendido al momento de efectuarlo, sin que pueda eludir la

¹⁴⁸ QUEZADA MELENDEZ, citado por DEL RIO FERRETI, Carlos y ROJAS RUBILAR, Francisco, *De la reforma procesal penal, en especial de la etapa de instrucción intermedia*. Editorial Jurídica Conosur, pág. 290.

¹⁴⁹ Citado por MILLAN GUTIERREZ, Iván “El delito flagrante”, Op. cit. en nota 84, pág.17.

¹⁵⁰ Diccionario *Pequeño Larousse Ilustrado*, Ediciones Larousse Argentina S.A., Edición 1987, pág. 470.

¹⁵¹ ESCRICHE, Joaquín, en su Diccionario Razonado de legislación y Jurisprudencia, citado por TAVOLARI, Raúl, “El Juez de Garantía”, en *Cuadernos Judiciales N°5 Reforma Procesal Penal, Acerca de los Juzgados de Garantía*. Instituto de Estudios Judiciales, Santiago 2001, pág. 19.

accin de la justicia, entendiendo este adems por flagrante que flagra, que esta ejecutando o cometiendo ahora.¹⁵²

También citare definiciones de juristas europeos, tales como la de Francesco Carnelutti, quien señala que “flagrante es el delito en general, mientras se ve, esto es por quien lo ve cometer, en otras palabras, por quien esta presente en su perpetración”, o Enrique Aguilera de la Paz señala que delito flagrante es “aquel que es cometido públicamente y ante varios testigos, siendo descubierto en el acto de su perpetración”.¹⁵³

Sin duda alguna, el criterio de temporalidad en esta materia es relevante, entendiendo por tiempo “un hecho jurídico penal o procesal que produce consecuencias jurídicas”¹⁵⁴, el momento en que se produce una detencin como consecuencia de un delito flagrante, sin duda alguna, es una situacin juridica de carcter procesal, siendo el imputado uno de los sujetos esenciales del proceso penal, transformndose este acto de detencin en el inicio del proceso penal, adquiriendo esa calidad una persona solo cuando se dirige la pretensin del Estado dentro de un proceso regularmente iniciado. En ese mismo sentido se pronuncia el profesor argentino Ral Abalos, en su libro de Derecho Procesal.¹⁵⁵

IV) REGULACION DEL DERECHO PENAL SUSTANTIVO

Ya presentadas las líneas anteriores en torno a que se entiende por delito flagrante, esbozare la idea acerca de si la definición de delito flagrante es un aspecto procesal o penal.

En mi concepción, considero que es una necesidad jurídica actual la determinación, con caracteres definidos, de que entendemos por delito flagrante, y esta definición debería provenir del derecho penal, vale decir la parte sustantiva del ius puniendi estatal, por cuanto es de mi parecer que al hacerlo se estaría cumpliendo con el mandato constitucional que encontramos en el artículo N°19 N°3 inciso 8, que señala “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona este expresamente descrita”.

Se debería además, unir el precepto ya escriturado, con lo señalado en el mismo numero en su inciso 5, al hablar de que “Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”.

¹⁵² QUINTANA, Rodrigo, “*Diccionario jurídico*”, Editorial Jurídica Conosur, Santiago 1994, pág. 276.

¹⁵³ Citados por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 104, pág. 81.

¹⁵⁴ ABALOS, Raúl, “*Derecho Procesal Penal, Tomo I*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza 2003, pág. 314.

¹⁵⁵ Idem, pág 85.

Considero que en virtud de la primera norma señalada, se establece una obligación, (aun cuando esta obligación no es directa, sino se desprende de la misma) de delimitar el campo del delito, tal como el mismo Código Penal determina que se entiende por autor, cómplice o encubridor¹⁵⁶, o desarrolla otros conceptos muy relacionados con el de este trabajo, en específico en su artículo 7, al describir que se entiende por crimen o simple delito frustrado y tentado.

Al delimitar ciertos aspectos del concepto de flagrancia, no se invade de manera alguna el campo del derecho procesal, ya que este, tal como ocurre en la actualidad (y considero que existe un catálogo claro, aun cuando debe ser objeto de delimitaciones) se establecen situaciones fácticas de cuando una persona está en delito flagrante, por lo que si el derecho penal establece algunos parámetros, estaría cumpliendo el mandato constitucional, ahora es cierto, que no obstante una delimitación, la función de correcta interpretación de los parámetros establecidos por esta son de cargo de los Tribunales de Justicia.

Siguiendo el razonamiento esgrimido, cito al profesor Humberto Nogueira Alcala, quien dice “ El derecho a la libertad personal como todo derecho fundamental, solo puede ser afectado y regulado en su ejercicio por la ley, todo ello de acuerdo con el principio de reserva legal para la regulación de los derechos establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales”, prosiguiendo este “Solo la ley y nadie mas que el legislador puede regular los casos y formas en que cabe la afectación de la libertad personal o libertad física. Solo el legislador formal (El Congreso Nacional) puede regular los ámbitos de la libertad personal. La reserva de ley debe ir acompañada del principio de *tipicidad*, que permite establecer concretamente los supuestos de afectación de la libertad personal, La *reserva de ley* en esta materia es de *carácter absoluta*, por lo que ninguna afectación de la libertad personal puede efectuarse legítimamente sin estar prevista en la ley.”¹⁵⁷

El Derecho Penal, sin duda, debe adecuarse a los nuevos tiempos, siendo una tarea pendiente su nueva codificación, lo que lleva por consiguiente la adopción de toda la evolución que ha experimentado, así lo piensa Jesús María Silva Sánchez, quien al ser entrevistado sobre si se hacia necesaria una reforma al Código Penal chileno con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, señaló “Creo que si, de hecho me sorprendió la entrada en vigencia de la reforma en forma gradual, y que *no se modificara el Código Penal*, ya que no deja de ser un desajuste la legislación procesal moderna como la que existe, con un código que no cumple con todas sus finalidades. Cualquier proceso de reforma debera afectar a los dos sistemas (códigos) y pensar en el *tipo de instituciones penales existentes y cuales son sus repercusiones procesales*. De ser así y pensarse de esta forma, se evitara la introducción de reformas penales inaplicables y de instituciones penales que no sirven y se obtendra una armonía. Por eso es que considero que mientras no se modifique la legislación penal no se podrá valorar plenamente el alcance último de la reforma procesal penal.”¹⁵⁸

¹⁵⁶ En el Título II del libro I, artículos 14 a 17.

¹⁵⁷ NOGUEIRA ALCALA, Humberto, Op. cit. en nota 108, pág. 164.

¹⁵⁸ En entrevista realizada en “La Semana Jurídica”, N°157, Noviembre 2003, pág. 3.

Ahora bien, se plantean aquí grandes interrogantes, (a mi modo de ver), a la dogmática penal, esto por cuanto la calidad de delito flagrante es atribuida a una persona frente a un actuar antijurídico y culpable, pero esa calidad en definitiva va a ser determinada solo por la sentencia definitiva, y se esta en presencia aquí, por las especiales circunstancias de comisión, frente a la atribución que hace un particular o un agente policial, pero esto ¿qué implicancias puede tener?; ¿Hay delito flagrante, solo en delito consumado o existe la posibilidad de atribuir una tentativa flagrante?, si alguien despliega una conducta que aparentemente puede ser el inicio de un actuar penado, ¿el tratar de detener a esa persona encuentra asidero actualmente? ¿resiste la realidad una construcción teórica?, siguiendo con esta disquisición, si un tercero nada dice al ver un delito flagrante, y después se establece que efectivamente había observado el hecho y no hizo nada, ¿le podría caber responsabilidad penal?, ¿su actuar habría sido en cierta forma negligente?, ¿se transforma en una especie de cómplice?, ¿esta realizando una conducta antijurídica?, ¿se transformaría esta falta de actuar en una omisión?, pensemos en cuanto al actuar policial, si el agente tiene dudas en torno a si esta frente a un delito flagrante, ¿si no actúa esta cometiendo un delito por omisión, ya que tiene la obligación de ser garante del orden y además de una obligación de actuar?, ¿si actúa y se determina que no procedió conforme a derecho? ¿en que situación queda?, son interrogantes que deben ser estudiadas por los versados en el Derecho Penal, que quizás hasta ahora no habían centrado su atención hacia este tema, pero que por todo lo ya comentado sin duda debe ser objeto de debate. A modo de ejemplo, se podrían presentar problemas en torno a un delito culposo por falta de actuar de un agente policial por no haber desplegado una conducta destinada a evitar el hecho del presunto delincuente

Situar estas interrogantes en la teoría del delito, no parece fácil, por cuanto el tema puede abarcar muchas aristas. No me atrevo a señalar ninguna respuesta frente a esta duda, ni posibles líneas de actuar, ya que dar un paso más allá constituiría una pretensión que escapa al fin de este trabajo.

Creo firmemente, que el primer paso para establecer una línea coherente es consagrar una definición de delito flagrante, incorporando este concepto en el Título I del Código Penal, para más tarde, dependiendo de la estructura que se quiera incorporar al código punitivo, ubicar o incorporar a las normas actuales ciertos complementos en torno a la penalidad que pudiera serle atribuida a quien fuere sorprendido en delito flagrante.

Esto, sin duda, es un tema que debe ser analizado mas profundamente, y ciertamente por personas con un conocimiento más acabado del tema penal; solo puedo acotar que esto será objeto en un futuro no muy lejano de debate, sobre todo cuando la reforma llegue a la capital nacional. El cúmulo de experiencias que se presentarán pondrán en juego y además permitirán demostrar cuales son las adecuaciones que se debieran hacer.

V) PARAMETROS DELIMITATIVOS

En este acápite señalare algunos parámetros que son utilizados en el ámbito procesal, no con el objeto de desarrollarlos, sino para utilizarlos como componentes que debería tener el concepto penal del mismo, y que den luces a nuestra propuesta

Los presupuestos que entendemos para considerar a un hecho punible como cometido en estado de flagrancia son los siguientes:

Fumus commisi delicti (tambin denominada Fumus comissi delicti): esto significa que para que exista un delito con caracteres de flagrante se debe establecer una razonada atribucin de un hecho punible a una persona determinada.¹⁵⁹

Periculum libertatis: por este componente debiramos entender que exista peligro de una fuga o de ocultacin por parte del autor de un ilcito penal.

Proporcionalidad: Vale decir que para que se pueda proceder a aplicar una medida cautelar, esta debe ser apta para evitar que prosiga el hecho delictivo, y para que el autor sea, en definitiva, puesto a disposicin de los tribunales.¹⁶⁰

De todos los componentes ya señalados, en mi opinión, y para efectos de poder dar un concepto eminentemente de carácter penal, debemos descartar los dos últimos, vale decir el de Periculum libertatis y de proporcionalidad, por cuanto estos están destinados a delimitar el cuando aplicar una medida cautelar sobre el imputado, y no a determinar cuando se esta ante un delito flagrante.

Por lo mismo, sólo permite actuar como criterio delimitador el principio del Fumus comissi delicti, o sea que para que estemos frente a un hecho que revista los caracteres de flagrante debe concurrir necesariamente la atribución (en mi concepto, en forma indubitada) a una persona de el cometer un delito.

Quizás es impensado el estimar que es necesaria la determinación penal del concepto de delito flagrante, pero por la actual situación jurídico procesal, quizás es necesario determinar con un concepto claro (y que se transforme en un núcleo que sea desarrollado por el código procesal a través de sus diferentes causales de delito flagrante) lo que entendemos por éste, para poder así dejar en mejor plano de actuación a los agentes policiales (principalmente), quienes muchas veces, derivado de la poca claridad legislativa, se han visto sobrepasados en la práctica, al ver como muchas de sus detenciones realizadas ante un presumible hecho punible, han sido dejadas sin efecto en la correspondiente audiencia de control de la detención.

Pero, considero que es atingente al cambio jurídico sociocultural que ha experimentado el país, por ser el derecho penal regulador de conductas que atenten contra bienes jurídicos preciados, que la delimitación de estos debe estar de acuerdo con

¹⁵⁹ Según Jobst Albrecht, en su obra *Das Festnahmerecht jedermanns nach*, donde realiza un estudio de la evolución de la detención por flagrancia, establece como pauta común a todos los ordenamientos jurídicos estudiados a través de la historia, el hecho de que el derecho a intervenir que se ha otorgado a los particulares ha estado siempre unido al sorprendimiento (betroffen) del sospechoso, en estrecha conexión con la comisión actual de un hecho delictivo, citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat. Op. cit. en nota 104, pág. 81.

¹⁶⁰ Ver sobre lo mismo, CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco, Op. cit. en nota 21, pág. 113.

la evolución de la sociedad, y el derecho no debe quedarse atrás, y siguiendo al profesor José Urquizo Olaechea, al hablar del principio de legalidad “Como todo principio queda sometido a las transformaciones históricas, culturales, ideológicas, filosóficas y a las nuevas tendencias jurídicas, pero esencialmente a los nuevos procesos de relación e interacción social”¹⁶¹. Esto sin duda es perfectamente perceptible con este tema, por cuanto la sociedad en general siente una inseguridad tal, que a veces no comprende que las situaciones se producen porque los actores de la justicia deben lidiar con ciertos instrumentos jurídicos ineficaces (instrumentos que a la luz de las actuales leyes de justicia penal son ineficaces, debido al gran garantismo del proceso, que remontándonos a párrafos pasados, es una muestra del contenido material de las normas constitucionales).

Por eso, y según el profesor Urquizo, el Derecho Penal de hoy convive con conceptos necesitados de complementación valorativa, por razones de lenguaje, por convicción del legislador que escoge términos elásticos o abierto a los cambios. El punto límite de tolerancia será la determinación del núcleo del injusto con referencia mínima.¹⁶²

VI) PROPUESTA DEL TESISISTA

Retomando lo de párrafos anteriores, debemos ahora avocarnos a establecer un parámetro aceptable dentro de los presupuestos materiales constitucionales que informan al ordenamiento jurídico.

Para estar en presencia de un delito flagrante debe necesariamente concurrir la circunstancia temporal de que exista un hecho punible que sea presenciado por un tercero.¹⁶³

Ahora bien delimitar el criterio acerca de que entendemos por observar por parte de un tercero, es sin duda un concepto que la jurisprudencia debe ir moldeando a través de sus resoluciones judiciales.

Pero el hecho que si debiera dar pie para una definición es el referente al tiempo. ¿Cuándo se está cometiendo el delito flagrante?. ¿En que o con que acuciosidad se puede establecer un parámetro delimitativo de temporalidad?. ¿Es conveniente establecer límites horarios, tal como en otras legislaciones, o al señalar un parámetro horario se haría ilusoria la pretensión de poder detener, y en definitiva poner en acción el aparato ejecutor del ius puniendi estatal?.

¹⁶¹ URQUIZO OLAECHEA, José, en “*Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*” Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2001, pág 61.

¹⁶² Idem, pág. 71.

¹⁶³ Según Leonardo Filippi, en su obra *L'arresto in Flagranza ne'll evoluzione normativa*, para poder hablar de flagrancia, la percepción inmediata y directa de la conducta criminal debe haberse producido a través de la vista; citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 104, pág. 83.

Sin duda las interrogantes son grandes, pero creo que es necesario establecer un criterio claro, por eso, permítaseme el poder esbozar un concepto que contenga ciertos sustratos esenciales de que se podría entender por flagrancia:

El delito flagrante es aquel que se desarrolla actualmente o se prolonga en forma ostensible, siendo perceptible inequívoca e irrefutablemente por los sentidos

Ahora ir desglosando los componentes del concepto ya planteado:

que se desarrolla actualmente: sin duda alguna, de manera obvia este se encuentra en la sustancia de la acepción flagrancia, que significa resplandecer como llama, un hecho que se esta realizando no requiere de una profundización intelectual.

O se prolonga: esto dice relación mas que nada con los delitos de ejecución permanente, entendiendo por esto a aquel que “por voluntad del autor es posible mantener su ejecución en el tiempo, de modo que el delito continúe en constante estado de consumación”¹⁶⁴, tal como ocurre por ejemplo en el delito de secuestro.

Podríamos señalar que pertenecen a la categoría de delitos permanentes, a aquellos cuya forma de exteriorizarse es a través de conductas como el porte y la tenencia, ya que los objetos sobre las que recae la apropiación acompañan al sujeto activo desde su adquisición, así ocurre en la tenencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, la situación de tenencia ilegal de armas, y la tenencia a cualquier título de las especies que han sido hurtadas o robadas, lo que configura el delito de receptación.

Siendo de lógica, cualquiera que sea el tiempo en que se proceda a la detención del infractor, el delito será flagrante, por cuanto por su especial modo de comisión la flagrancia será permanente

en forma ostensible: es este el elemento que considero fundamental, por cuanto para poder legitimar la aplicación de una medida cautelar (en virtud de las normas procesales) la detención solo puede justificarse en la medida que su aprehensor perciba con sus sentidos y detecte lo manifiesto de la ocurrencia del delito.

Siendo perceptible inequívoca e irrefutable por los sentidos¹⁶⁵: La nica forma de saber que una persona esta cometiendo un ilícito es la comprobación por los sentidos, pero aquí surge la interrogante, ¿perceptible solo por la vista?

Considero que no solo puede ser perceptible por la vista, sino por los sentidos, en la misma dirección se inclina el legislador al establecer la autorización a la policía para entrar en recintos cerrados en su artículo 206.

En este sentido, sobre la apreciación de un hecho por los sentidos, hay que mencionar una resolución muy interesante, del Tribunal de Juicio Oral de Calama, sobre todo en el voto de minoría, donde se hace presente la discusión sobre la flagrancia, en un caso de drogas, señala el voto de minoría “En consecuencia, la entrada y registro del

¹⁶⁴ GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal, Parte General, Tomo II*, Editorial Jurídica de Chile, Pág. 259

¹⁶⁵ Esto debe ser así, pues en caso contrario si se produce una errada apreciación de la identidad del hechor el Tribunal deberá absolver, como muestra de esto ver sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de La Serena, de fecha 24 de marzo de 2003, en *Revista Procesal Penal*, N°9, Mayo 2003, Pág. 130 y sigtes.

domicilio de los acusados, sin mandamiento judicial y sin consentimiento del titular aparece en este juicio como justificada toda vez que los agentes policiales previa denuncia anónima, que en definitiva resulto ser verídica, se constituyeron en el domicilio de los acusados y realizaron un control de identidad a dos de ellos, y pudieron percibir mas allá de una mera sospecha, *sino de manera directa e inmediata y por su propia apreciación a través del olfato, y del entorno en que se desarrollaba su actuar, que en el interior de la habitación exista droga, por percibir un fuerte olor a sta, y que como resultado de ello, se estaban produciendo actos delictivos establecidos en la ley 19.366, lo que exija su intervención inmediata, ya que en caso de diferirse dicha actuación o solicitarse la orden respectiva al fiscal y este al Tribunal de Garantía era obvio el riesgo de que desaparecieran las evidencias del delito* . Por lo tanto, la entrada de los funcionarios policiales en la habitación donde residen los acusados debe calificarse de justificada, y la detención de aquellos y la incautación de las drogas que tenían, no constituyen infracción constitucional alguna, al estar amparada dicha intervención por el supuesto del delito flagrante establecido en el Art. 130 del Código Procesal Penal.¹⁶⁶

Sobre el concepto propuesto, existe una interesante resolución del Juez de Garantía de Coquimbo, que conjuga muy bien las aspiraciones del que suscribe, al darle una flexibilidad al interpretar las circunstancias dadas para entender que alguien está cometiendo un delito flagrante y que su apresamiento, se ha producido por tanto en esa calidad, la que señala “Este tribunal estima, sin embargo, que la policía tenía la autorización para intervenir como lo hizo, en tanto pudo observar a las 6:00 AM, a 20 metros de un jardín infantil ubicado en una plaza pública...que dos sujetos al ver la presencia policial huyeron intempestivamente...Fácil es comprender el razonamiento policial surgido instantáneamente en orden a la necesidad de su intervención para prevenir un hecho delictivo o lograr su efectiva represión, lo que lleva a Carabineros a actuar con la operativa propia de la satisfacción de este objetivo; *atrapar en primer lugar a los probables autores, para constatar por sus propios sentidos lo que les anticipa la lógica: que el jardín infantil ha sido objeto de un robo...Que la policía no puede actuar como lo hizo en una situación como la descrita es una afirmación que este juez no puede hacer sin riesgo de paralizarle con una señal equivocada, pues como ciudadanos y como autoridad queremos que la policía sea eficiente tanto en la prevención del delito como en la persecución penal...Lo anterior no implica que no le exijamos paralelamente el estricto respeto a las garantías que la Constitución y las leyes otorgan a todos los ciudadanos* , sino que constatamos que en este caso específico la policía intervino *autorizada por la evidencia de la comisión del delito, lo que no necesariamente pasa por su verificación apegada a un orden cronológico de los acontecimientos, sino que por la suma y conjugación de elementos concretos que les motive razonablemente a actuar dentro de sus atribuciones propias, y que nos permita descartar el mero capricho de su actuación*, lo que nos lleva a desestimar una alegación de ilegalidad.¹⁶⁷

Sin duda esta resolución plasma magistralmente cuáles deben ser las correctas

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Calama, 23 de Mayo de 2003, en *Revista Procesal Penal*, N°11, Julio 2003, pág. 79.

¹⁶⁷ En *Revista Procesal Penal*, N°15, Noviembre 2003, pág. 228 y 229.

interpretaciones en torno al delito flagrante, por lo mismo reafirma la necesidad de establecer una regulación mas acorde con las normas procesales, y con los requerimientos de la seguridad ciudadana.

Un criterio adicional que debe ser integrado es el de establecer una plazo de temporalidad para seguir encuadrar el hecho como flagrante, así por ejemplo se puede citar ¹⁶⁸ el artículo 398 de la ley procesal militar española, que dice A los efectos de este ttulo, se consideran delitos flagrantes, los que se estuvieren cometiendo o se acabaren de cometer cuando el delincuente o lo delincuentes fueren sorprendidos. Se entender sorprendido en el acto de ejecutar el delito no solo el delincuente que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino el detenido o perseguido inmediatamente despues de cometerlo, si la persecucin durare o se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen o , aunque se pusiere de momento, *quedara dentro de la zona de dicha persecucin y se presentare o aprehendiere en las cuarenta y ocho horas siguientes al delito y existan pruebas notorias de haberlo ejecutado.* ¹⁶⁹

Puede ser objeto de discusin el hecho de donde incorporar este limite temporal, creo que si se incorporara en el Cdigo Penal un lmite, (que en el caso del recin citado articulo español, me parece excesivo, siendo razonable un plazo de veinticuatro horas desde que comenzare la persecucin) solo debiera ser incorporado en el evento que fuera una regulacin ms integra del delito flagrante, y no solo la incorporacin del trmino al mismo, ya que si fuera as, por razones sistmicas debiera incorporarse al Cdigo Procesal Penal, y debiera hacerse, para una mejor coherencia, al final del artículo 130, proponiendo el siguiente:

“Para los efectos de este prrafo, se entender sorprendido en flagrancia no solo el hechor que sea aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino tambien el perseguido inmediatamente despues de cometerlo, si la persecucin durare o no se suspendiere ¹⁷⁰ mientras el delincuente no se ponga fuera del alcance de los que le persiguen o , aunque se pusiere de momento, quedara dentro de la zona de dicha persecucin y se presentare o aprehendiere en las veinticuatro horas siguientes al delito

¹⁶⁸ El Código Mexicano establece veinticuatro horas

¹⁶⁹ Citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 104, pág. 84.

¹⁷⁰ En este punto los comentaristas de la Ordenanza procesal alemana, señalan que para que la detención por flagrancia sea legal, la persecución del hechor debe haberse iniciado inmediatamente después de la percepción, apreciación o descubrimiento del hecho consumado o de la tentativa punible, en el mismo sentido el autor Günter Wendisch, indica que no deja de ser inmediata la persecución del hechor, por la circunstancia de que el perseguidor se prepare para la misma-por ejemplo aborda un auto- o ayude momentáneamente a la víctima (que en el ordenamiento chileno, en virtud del artículo 83 letra a, es una obligación para las policías, vale decir ante el hecho de perseguir al hechor o de ayudar a la víctima, prima esta ultima) tampoco es preciso verle u oírle en todo momento para que exista inmediatez en la persecución; de la misma forma, sigue existiendo persecución en flagrancia si el perseguidor hace un pequeño descanso. Además el que practica materialmente la detención después de la persecución, puede no ser el mismo que percibió directa y sensorialmente los hechos, pero siempre y cuando actúe informado por este, directamente o a través de otro. Citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat, Op. cit. en nota 104. pág. 90.

El Código Procesal francés en el artículo 53, estatuye que es crimen o simple delito flagrante el que se comete actualmente o se acaba de cometer”, estableciendo además que también es flagrante si en un momento muy cercano a la acción el sospechoso es perseguido por el clamor popular o es hallado en posesión de objetos, vestigios o indicios que hacen pensar que ha participado en un crimen o simple delito ¹⁷². Esta norma sin duda establece un mbito de accin mas amplio al sealar que el sospechoso es perseguido por el clamor popular, esto sin duda es un parmetro que debiera ser considerado en el caso concreto, no se trata de ampliar el campo de accin solo el poder delimitar una nueva causal para considerar cuando un hecho puede ser asimilable al delito flagrante.

VII) PALABRAS FINALES

El tema en análisis, que se trató de abordar a través de la comprensión de varios aspectos: constitucionales, procesales y penales; con revisión de doctrina y de resoluciones judiciales, no ha tenido este trabajo otra pretensión que la de presentar una opinión de un tema que debe preocupar a la comunidad jurídica, de cuya perspectiva y enfoque se puede discrepar, lo que permitirá obtener una mejor solución frente al tema de la regulación del delito flagrante.

Creo firmemente que la flagrancia es un tema que debe ser analizado, reestudiado y readecuado, con mayor profundidad, y así encontrar caminos comunes de comprensión y de respuestas mas eficaces.

Del perfeccionamiento de las actuales normas, dependen sin duda, muchas de las claves del éxito del nuevo proceso penal. A través del mejoramiento constante de sus instituciones se podrá alcanzar un umbral de seguridad mayor que el que actualmente esta percibiendo la sociedad chilena, así, podremos decir con propiedad, que nuestro país a alcanzado la madurez institucional, social y política que es el máspreciado valor de las sociedades modernas y desarrolladas.

La historia, la casuística, el transcurso del tiempo, la consolidación del sistema permitirá descubrir, y ojalá equilibrar las falencias de éste, a fin de que constituya una unidad coherente que no vaya en contra de los principios que la sustentan, y en definitiva, lo justifican.

¹⁷¹ Sobre el mismo punto Wendisch rechaza la idea de establecer un limite temporal a la persecución, y entiende que una vez comenzada la misma, esta puede durar indefinidamente, siempre y cuando no se interrumpa, hasta lograr la detención del autor. Citado por DE HOYOS SANCHO, Monserrat. Ibid.

¹⁷² Idem, pág. 89.

CONCLUSIONES

El presente trabajo presentó como propuesta inicial, la circunstancia de que la regulación actual en torno al delito flagrante, es insuficiente, y que existen además muchos problemas interpretativos, derivado de la poca atención prestada al tema por parte de los juristas nacionales.

Debemos nuevamente mencionar, que no se pretende agotar el tema, sobre todo por cuanto no existe en nuestro país un tratamiento acabado del mismo, esto por cuanto las características del procedimiento penal inquisitivo no daba pie para quizás, entrar a analizar el tema con mayor profundidad, pero por la transformación de la justicia penal en nuestro país, sin duda alguna se convierte en un tema relevante.

Se trato de abordar este tema, conforme a un orden lógico, entendiendo por tal, partir de la base, esto es de las normas constitucionales, las cuales, por el principio de supremacía constitucional, son las normas fundantes de todo ordenamiento jurídico que se precie de tal.

Dentro de la parte constitucional, se hizo alusión a algunas normas contenidas en Tratados Internacionales, que han sido firmados y ratificados por nuestro país, en el entendido de que el fundamento último del ordenamiento jurídico interno encuentra su base y sustentación en el Derecho Internacional.

Con posterioridad se pasó a ver las actuales normas procesales chilenas, y en ultimo término a presentar la propuesta de este trabajo.

Al plantear el tema, me he apoyado en doctrina nacional y extranjera,

fundamentalmente basada en las interrogantes presentadas en el nuevo proceso penal, por cuanto hasta antes de la reforma, prácticamente ha sido este tema objeto de nulo debate.

Junto con aquello, se ha hecho mención a algunas resoluciones judiciales que sustentan la circunstancia que efectivamente la calificación de un hecho como delito flagrante y de sus consecuencias, (por ejemplo lo relacionado con la prueba directamente obtenida en un delito con estas características), reviste importancia sustancial en la actualidad, por cuanto desde el primer momento del proceso, se da inicio a la aplicación de las garantías procesales, garantías que están destinadas a evitar la aplicación de una condena donde sean vulnerados los principios que conforman el dogma del debido proceso, recogidos fundamentalmente en las normas internacionales y que encuentran por primera vez consagración, y lo más importante protección explícita por parte del sistema procesal penal.

A través de estas líneas, creo que he demostrado que efectivamente el tema debe ser tratado de otra perspectiva, tanto en su consagración procesal penal propiamente tal, como también en torno al Derecho Penal, por cuanto el nivel de garantismo que se observa en sede jurisdiccional es el mayor que ha visto nuestro sistema jurídico.

En resumen, las conclusiones principales que se han derivado de este trabajo son las siguientes:

Las normas que regulan actualmente el delito flagrante deben ser objeto de una reforma legal, debido a que se encuentran superadas ante la realidad, no han evolucionado, y esta situación puede ser el inicio para una serie de críticas al actual sistema procesal penal

El sistema procesal penal actualmente contiene los mecanismos de protección adecuados frente a una actuar que sobrepase las actuales normas que regulan la detención por delito flagrante, principalmente a través de la audiencia de control de la detención, complementado esto por la fundamental circunstancia que el imputado es asistido desde la primera actuación del procedimiento por un abogado, quien esta facultado para ejercer todos los derechos que le confiere el Código Procesal Penal, a diferencia de lo que ocurría con el Código de Procedimiento Penal.

La actual regulación del delito flagrante constituye una desventaja para el actuar policial, por cuanto puede ser dejada sin efecto la detención efectuada en la primera audiencia judicial, lo que redundaría en una pérdida de confianza en su actuar.

Al perder eficacia el actuar de la policía, se puede generar una mayor inseguridad ciudadana, recayendo la culpa social en el sistema judicial, con consecuencias que pueden redundar en un menoscabo de la confianza de la sociedad con los actores del sistema criminal.

La evidencia incautada en un hecho que reviste caracteres de flagrante, puede ser objetada por provenir de una actuación contraria a derecho, esto porque puede ser que se declare legal la detención, pero al momento de incautarse la prueba pueden existir dudas referente a la forma de su obtención.

Han señalado muchos juristas la necesidad de readecuar las normas penales a las

nuevas realidades de la sociedad y del derecho, hecho que reafirmo a la luz de las implicancias que una desadecuada legislación puede tener.

El cambio debe ser realizado, a través de un complemento de la legislación procesal y la penal, en torno a la regulación del delito flagrante, ya que ambas deben ser complementarias, abarcando cada una el ámbito que le corresponda

Un ejemplo de esto, está dado por la circunstancia de no estar claramente determinado en las causales correspondientes de flagrancia, un criterio de temporalidad, en orden a determinar hasta cuando nos encontramos ante un delito flagrante, tal como lo hacen otros códigos extranjeros, para lo cual propongo una complementación del actual artículo 130 del Código Procesal Penal, a través de un inciso que incorpore criterios hasta ahora no contenidos en la ley procesal chilena.

Una adecuada complementación permitirá una mayor eficacia hacia el control de la delincuencia, permitiendo así fortalecer la sensación de seguridad ciudadana

En el caso particular de la atribución del fiscal de dejar libre a un imputado, creemos, siguiendo al profesor Pfeffer, que esta facultad no contiene un vicio de inconstitucionalidad, pero para zanjar la duda sería necesario el establecer una reforma para evitar interpretaciones demasiado literalistas de la ley y de la Constitución.

Por último creo que es necesario definir que es el delito flagrante, con un concepto que contenga todos los elementos posibles de acuerdo a las actuales tiempos, para la que propongo el siguiente :*El delito flagrante es aquel que se desarrolla actualmente o se prolonga en forma ostensible, siendo perceptible inequívoca e irrefutablemente por los sentidos.*

Sin duda alguna, este concepto puede ser objeto de mejoras y reparos, pero es un primer paso para poder encontrar una mejor solución frente a este tema, que ojalá, llegue más temprano que tarde, ya que esto redundará en un sistema de justicia criminal que este más acorde con esta sociedad moderna, que basa su actuar en el respeto por los derechos de todas las personas.

BIBLIOGRAFIA

- Abalos, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Ediciones Jurdicas Cuyo. Mendoza 2003
- Aiturrieta Seguel, Mariana. *Prueba Ilcita. Nociones generales-Derecho comparado*, en Revista Procesal Penal N#14. Editorial Lexis-Nexis, Santiago 2003.
- Baytelman Andrs, Duce Mauricio. *Evaluacin de la Reforma Procesal Penal*. Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Santiago 2003.
- Camps Sller, Jos Luis. *La defensa del imputado en la investigacin del nuevo proceso penal*. Editorial Lexis-Nexis, Santiago 2003.
- Candia Pérez, Raúl. *La prueba ilcita por violacin de garantas fundamentales en la jurisprudencia comparada. Breve revisin y anlisis*. En Revista Procesal Penal N#12. Editorial Lexis-Nexis. Santiago 2003.
- Carocca Alex, Duce Mauricio, Riego Cristian, Baytelman Andrs, Vargas Juan Enrique. *Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurdica Conosur. Santiago 2000
- Cazor Aliste, Kamel. *Fundamentos Constitucionales del nuevo proceso penal*. Indito. Valdivia 2002.
- Cejil. *Tortura Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile (resultado de una investigacin exploratoria)* Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Santiago 2002.
- Cerda San Martín Rodrigo, Hermsilla Iriarte Francisco. *El Cdigo Procesal Penal*.

- Comentarios, concordancias y jurisprudencias.* Editorial Librotecnia, Santiago 2003
- Chahun Sarras, Sabas. *Manual del nuevo procedimiento penal.* Editorial Jurdica Conosur. Santiago 2001.
- Corcuera Cabezut, Santiago. *Derecho Constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.* Editorial Oxford University Press. Mxico 2002.
- De Hoyos Sancho, Monserrat. *La detencin por delito.* Editorial Aranzandi, Pamplona 1998.
- De Hoyos Sancho, Monserrat. *Anlisis comparado de la detencin por flagrancia,* en Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurdicas y Sociales. Volumen XII. Valdivia 2001.
- Del Río Ferreti Carlos, Rojas Rubilar Francisco. *De la reforma procesal penal, en especial de la etapa de instruccin e intermedia.* Editorial Jurdica Conosur. Santiago 1999
- Duce J. Mauricio, Riego R. Cristian. *Introduccin al nuevo sistema procesal penal Volumen 1.* Universidad Diego Portales, Santiago 2001
- Durn Fuica, Rodrigo. *Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal.* Editorial Librotecnia. Santiago 2003.
- Garrido Montt, Mario. *Derecho Penal Parte General. Tomo II.* Editorial Jurdica de Chile, Santiago 1999
- Hauva Grne, Diego. *El debido proceso en la reforma procesal penal: cumplimiento de algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos relativos al debido proceso en los principios bsicos del nuevo cdigo,* en Revista Procesal Penal N#5. Editorial Lexis Nexis. Santiago 2003
- Hermosilla, German. *Nuevo Procedimiento Penal, Tomo I y II.* Editorial Universidad Central de Chile, Santiago 2001.
- Horvitz Lennon Maria Inés, López Massle Julián. *Derecho Procesal Penal chileno, tomo I.* Editorial Jurdica de Chile. Santiago 2002
- Milln Gutirrez, Ivn. *El delito flagrante,* en Revista Procesal Penal N#1. Editorial Lexis-Nexis. Santiago 2003
- Ministerio Pblico Fiscala Nacional, Reforma Procesal Penal. *Instrucciones Generales, N# 1 a 25 Septiembre-Noviembre 2000, N# 26-50, noviembre 2000-febrero 2001, N# 51 a 70 Marzo- Septiembre 2001.* Editorial Jurdica de Chile. Santiago 2000 y 2001.
- Nogueira Alcal Humberto. *La libertad personal y las dos caras de Jano en el ordenamiento jurdico chileno,* en Revista de Derecho. Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurdicas y Sociales. Volumen XIII. Valdivia 2002.
- Nez Vsquez, Juan Cristbal. *Tratado del proceso penal y del juicio oral. Tomos I y II.* Editorial Jurdica de Chile, Santiago, 2003.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Cdigo Procesal Penal, anotado y concordado.* Editorial Jurdica de Chile, Santiago, 2001.
- Pfeffer Urquiaga, Emilio. *Acerca de la constitucionalidad de las facultades de los jueces de garanta a fiscales y la prerrogativa para dejar sin efecto la detencin en caso de delito flagrante,* en La Semana Jurdica N#40. Editorial Jurdica Conosur. Santiago 2001.

-
- Quinzio Figueredo Jorge Mario. *Internalizacin de los derechos Humanos. Fin del mito de la soberana nacional*, en La Semana Jurdica N# 24. Editorial Jurdica Conosur. Santiago 2001.
- Quijada Rodrigo. *Diccionario juridico*. Editorial Jurdica Conosur. Santiago 1994.
- Riego Cristián. *El proceso penal chileno y los derechos humanos. Volumen I*. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Santiago 1994.
- Soto Diaz, Guillermo Antonio. *Intimacin legal de la orden de detencin en el nuevo proceso penal*, en Revista Procesal Penal N#19. Editorial Lexis-Nexis. Santiago 2004
- Tavolari Ral. *La eliminacin de la accin de amparo*, en La Semana Jurdica N#12. Editorial juridica Conosur. Santiago 2001
- Tavolari, Raúl. *El Juez de Garanta*, en Cuadernos Judiciales N#5 Reforma Procesal Penal, Acerca de los Juzgados de Garanta. Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2001
- Urquizo Olaechea Jos . *Modernas Tendencias en la ciencia del Derecho Penal y en la Criminologa*. Editorial Universidad Nacional de Educacin a Distancia, Madrid 2001
- Zapata Garcia, Francisca. *Autorizaciones judiciales previas, y en particular entrada y registro en lugar cerrado en el nuevo proceso penal*, en Cuadernos Judiciales N#5 Reforma Procesal Penal. Acerca de los Juzgados de Garanta. Editorial Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2001.

Códigos y Leyes

- Código Procesal Penal
- Código de Procedimiento Penal.
- Código Orgánico de Tribunales.
- Constitución Política de la Republica
- Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Revistas y Diccionarios

- Revista Procesal Penal. Editorial Lexis Nexis
- Revista de Derecho Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurdicas y Sociales

Cuadernos Judiciales N°5 Reforma Procesal Penal. Acerca de los Juzgados de
Garanta. Instituto de Estudios Judiciales, Santiago, 2001

La Semana Jurdica. Editorial Jurdica Conosur.

Diccionario Pequeo Larousse Ilustrado. Ediciones Larousse Argentina S.A. Edicin 1987.

Referencias Electrónicas

www.pazciudadana.cl