



UNIVERSIDAD MIGUEL DE CERVANTES
CARRERA DE DERECHO

“ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN EN EL DELITO FLAGRANTE”

Profesor: Gabriel Álvarez Undurraga
Seminario de Tesis

Alumno
Carlos Fuentes Montecinos

Santiago, diciembre de 2010

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	1
 Capítulo I	
La detención.....	7
1.- Control de identidad.....	10
2.- Tipos de detención.....	12
2.2.- Detención judicial.....	13
2.2.1.- Elementos de la detención judicial.....	14
3.- Distintas órdenes de detención en la nueva reforma procesal penal....	16
3.1.- Orden de aprehensión o de detención.....	17
3.2.- Orden verbal o nueva.....	17
4.- La detención por flagrancia.....	17
4.1.- La flagrancia en los delitos según su grado de consumación...	19
 CAPÍTULO II	
1.- El control de identidad como diligencia investigativa en un estado democrático de derecho.....	22
2.- Control de identidad y la flagrancia.....	26
3.- Exclusión o no de la evidencia.....	28
4.- La declaración de la ilegalidad de la detención.....	29
5.- Ilegalidad de la detención porque el control de identidad no se ajusta a derecho.....	31
6.- Argumentos para oponerse a la solicitud de ilegalidad.....	31

	Pág.
7.- Solicitud de ilegalidad de detención flagrante por Falta de algún requisito de la flagrancia.....	35
8.- Principales argumentaciones para el caso que la defensa se oponga a la formalización por haberse declarado ilegal la formalización.....	41
9.- Incidentes relativos a las facultades del Juez de Garantía en audiencia de control de detención.....	45
a) Juez pide al Fiscal que señale las circunstancias de la detención.....	46
b) Juez pide al Fiscal que señale por cual hipótesis de flagrancia fue detenido el imputado.....	47
c) Juez de oficio quiere declarar la ilegal una detención.....	49
d) El Juez ordena diligencias de investigación.....	50
10.- Ilegalidad de la detención por falta de intimación de la orden de detención.....	51
11.- Ilegalidad de la detención por falta de la lectura de derechos.....	53
12.- Conclusion	57
Anexo I	60
Anexo II	65
Bibliografía	66

Introducción

En la presente memoria, se tratará de desarrollar y entregar una visión nueva además de una herramienta valiosa para las futuras generaciones de abogados que requieran analizar, interpretar y aplicar las normas de derecho procesal penal, en especial puedan comprender el concepto y sentido de la detención por delito flagrante. Un entendimiento entonces acabado de la normativa jurídica pertinente por medio de este trabajo, permitirá a los actores del nuevo proceso penal evitar la vulneración de los derechos y garantías del imputado, así como reducir ciertos errores procedimentales por parte de las policías y definir criterios que permitan una correcta aplicación del derecho por parte de los jueces de garantía.

Pese a que se trata de una materia que nos provee de muy poca información y es a la vez excesivamente controvertida, trataremos de dar una perspectiva como investigadores del tema, basándonos en fallos y en artículos, que nos permitan dar un indicio acerca de los problemas que se han generado en el sistema procesal penal, que por ser un novel sistema, no está exento de errores y deficiencias, haciéndonos ver que nuestra hipótesis planteada, que es la ilegalidad de la detención en el delito flagrante, podrá o no ser confirmada según el avance del presente trabajo.

El procedimiento antecesor al actual, se regía por normas de carácter inquisitivo, que se caracterizaban por la concentración de funciones en un solo órgano, el juez, lo que trajo como consecuencia una desmesurada delegación de dichas funciones, destacando la figura del actuario, quien sin mayor instrucción era el encargado de llevar a cabo la gran mayoría de las actuaciones. Con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal se da un giro, porque en ella se incorporan nuevos actores, se definen claramente

las funciones de cada ellos, se instauran nuevas instituciones, tales como el control de identidad, control de detención, los juicios orales; se modifican otras, como ocurre con las medidas cautelares y la detención.

Precisamente en relación al tema que nos convoca, vale la pena recordar que bajo el alero del Código de Procedimiento Penal, existía la cuestionada detención por sospecha (predecesora del actual control de detención), cuestionamiento que la verdad no era infundado, dado que se le entregaban tantas facultades sin mayores restricciones a las Policías, que no era difícil caer en descriterios, pudiendo cualquier persona verse afectada, ya que ni siquiera se requería de indicios para su aplicación. Por ello, su versión actual denominada control de identidad, entrega un sistema de casos claramente definidos por la ley en los que las Policías podrán aplicarlo, bajo una serie de reglas y tiempos de duración, precisamente para evitar afectar injustificadamente a las personas; sin embargo esto no ha estado exento de problemas, por la costumbre de los policías de trabajar en base a la detención “por sospecha”, que derivó sobre todo al inicio de la reforma en una cantidad importante de detenciones ilegales, y que ha significado la necesidad imperiosa de inculcarles este nuevo sistema de trabajo, donde imperan los derechos y garantías.

En cuanto a la medida cautelar de prisión preventiva, que bajo el antiguo sistema era prácticamente una consecuencia del auto de procesamiento, hoy en reforma pasa a ser una medida de última ratio, presentada en nuestra constitución, plasmada en el artículo 19 N° 7, letra C. Desde esta perspectiva, la cautelar más gravosa de nuestro proceso penal actual, deberá cumplir un alto estándar de exigencias y sólo tendrá lugar en la medida que existan razones muy justificadas, tales como que el imputado sea un peligro para la sociedad, para la víctima o que su libertad sea peligrosa para la práctica de diligencias de investigación.

Por distintas circunstancias, según se constata en las audiencias de control de detención, se presenta a diario un número importante de declaraciones de ilegalidades de la detención, motivadas en muchos de los casos por errores procedimentales a los que hemos estado haciendo referencia. Sin embargo lo cuestionable es que la persona ha estado privada de libertad a consecuencia de ello y es más con la posibilidad de interponer recursos en contra de la resolución que declara la ilegalidad de la detención por los intervinientes, en particular por el Ministerio Público, es factible se aumente el tiempo de privación de libertad de los detenidos, pasando a llevar así principios esenciales plasmados en nuestra legislación sobre todo en la carta fundamental, como lo es el principio de inocencia.

Si bien la persona que es detenida por un delito flagrante tiene que ser puesta a disposición del tribunal dentro de las 24 horas, en ese instante se agota esa medida cautelar y de ahí se convertirá en prisión preventiva u otra distinta ya sea la firma, arraigo nacional, etc.

Debemos tener presente que la tendencia de hoy en día, es que existan menos vulneraciones a las garantías, es decir, que las detenciones de las personas, se ajusten a derecho y se lleven a cabo sólo cuando la ley lo permita.

Para mejorar el sistema es necesaria la capacitación constante a las policías en los procedimientos que éstos efectúan, haciendo hincapié en la modificación realizada a propósito de la denominada ley de agenda corta relacionada con el Art. 85, en la cual se expresa categóricamente, que el control de identidad, sólo se puede llevar a cabo en la medida que exista un indicio previo.

Por su parte, es necesaria una correcta presentación del ente persecutor en la primera audiencia, teniendo una conexión con el ilícito y una correcta interpretación con respecto a la ilegalidad de la detención.

Finalmente, que los criterios aplicados por los jueces de garantía sean ajustados estrictamente a derecho, sobre todo no pasando a llevar las garantías constitucionales.

Por lo anterior es necesario hacernos las siguientes preguntas:

¿Por qué los malos procedimientos y criterios que no se ajustan a derecho, pueden producir la exclusión de la prueba y, en definitiva, llegar a un sobreseimiento definitivo de la causa?

Dentro de la medida cautelar especial que es la detención se derivan distintos tipos de interrogantes como:

- ¿Qué es la detención y plazos establecidos por la ley para que sea aplicado correctamente por las policías?
- ¿Qué es la detención judicial?
- ¿Qué es la detención por flagrancia?
- ¿Qué consecuencias trae una detención ilegal?

En definitiva, los objetivos de nuestra investigación son:

Analizar por qué los malos procedimientos policiales y la mala aplicación de la normativa penal por parte de los intervinientes, especialmente el Juzgado de Garantía; pueden provocar la declaración de la ilegalidad de la detención y las consecuencias en la prueba a rendir en el juicio.

Analizar qué es la detención con los plazos establecidos por la ley y los tipos de detención que existen en nuestro sistema procesal penal.

Analizar qué es la detención por flagrancia y las consecuencias que puede traer la detención ilegal para el futuro término y sentencia de una causa.

Determinar cuáles son los malos procedimientos tomados por las policías y si estos malos procedimientos y criterios que no se ajustan a derecho, pueden producir la exclusión de la prueba y, en definitiva, llegar a un sobreseimiento definitivo de la causa.

Es acá donde la reforma procesal penal tiene un gran mérito, el cual hace de esta institución (medida cautelar especial) sea introducida ya en nuestro lenguaje habitual, entendiéndose en qué consiste, por qué se hace, bajo qué casos y cómo debe llevarse a cabo. Un ejemplo es la posibilidad que tienen dichas personas de conocer sus derechos al momento de ser detenidos, es así como el código procesal penal en su artículo 93 y 94, en concordancia con el artículo 135 ¹, que señala que las garantías deben ser respetadas de cada persona detenida y que se denomina “los derechos del detenido”. Está demás decir que en el sistema procesal penal antiguo no se consideraba y que si existía nunca estuvo tan claro como ahora.

¹ Ver Anexo I

Esta memoria no sólo toca la detención como tema exclusivo y excluyente de otro, por el contrario, se relaciona la detención con otros temas, como lo es el control de identidad, la prisión preventiva, las órdenes judiciales y la prueba ilícita, como consecuencia directa de la detención declarada como ilegal.

En resumen, este estudio reflexivo y empírico se enmarca en los motivos que dan origen a la detención, así como de las personas que puedan llevarla a cabo y los tipos de detención que existen con todos sus cambios introducidos por la nueva Reforma Procesal Penal. (se incorpora las modificaciones de la Ley 20.253), tratando de ser lo más sencillo y claro en cada explicación y concepto, para que sirva de guía para los abogados que asisten a sus primeras audiencias en los tribunales de garantía y, por supuesto, también a los estudiantes que comienzan este largo camino en la carrera de derecho.

Hemos elegido este tema, porque consideramos que en el ejercicio de la profesión nos percatamos que existen situaciones equívocas en la cual se puede caer en el error de sobrevalorar un delito y pasar a llevar los principios planteados en nuestra constitución o al contrario permitir que delitos tan graves queden impunes por un mal procedimiento. Por lo mismo, es importante que desde que se tome conocimiento de un hecho ilícito, se debe actuar conforme a derecho y no vulnerar los principios constitucionales, y así evitar la exclusión de la prueba y que nos lleve a tener una sentencia dentro de los parámetros de la norma.

CAPÍTULO I

LA DETENCIÓN

Concepto: es aquella medida cautelar personal, que consiste en privar de libertad a aquella persona que fuese sorprendida cometiendo un ilícito, a punto de cometerlo o cuando éste ya está consumado. También hablamos de detención cuando por orden de un juez, se indicare la detención de alguien, por contar con antecedentes suficientes de la participación del sujeto en un hecho ilícito.²

De esta definición podemos colegir los tipos de detención que existen en nuestro sistema procesal penal, y que son los siguientes:

- 1.- Detención por flagrancia o delito flagrante.
- 2.- Detención por orden judicial. Que, con la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, puede ser del siguiente tipo:

- Orden de aprehensión.

(Que a su vez puede ser por no comparecer a los actos del procedimiento, por su participación en un hecho ilícito o para cumplir con una condena aplicada).

² Manual Interinstitucional año 2005, que regula las audiencias que se llevan a cabo en el Centro de Justicia de Santiago.

- Orden verbal (esta es otorgada en el turno de instrucción, con el Fiscal y Juez de Turno)

Para poder explicar cada una de estas detenciones, hay que hacer un alto en los textos para ver cuales son los artículos más importantes que trata nuestro actual derecho positivo a la detención.

En nuestra Constitución, la detención se trata en el artículo 19 N° 7 letra C, el cual nos expresa lo siguiente:

“Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal”.

Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el sólo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes”.

“Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las 48 horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por 5 días y hasta por 10 días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas”³

³ Constitución Política de la República de Chile, edición 2006, editorial jurídica Lexis Nexis

El artículo 125 ⁴ del Código Procesal Penal, nos habla de la detención, y en particular de la flagrancia, artículo que será analizado más adelante.

Artículo 139 y 140 del Código Procesal Penal. Estos artículos nos lleva al concepto y aplicación de la prisión preventiva (especie de detención), la cual es la medida cautelar más gravosa que existe en nuestra legislación, la que consiste en privar de libertad al imputado por un lapso de tiempo, el más breve posible, para asegurar el éxito de la investigación, para proteger la víctima, o cuando la libertad del imputado es considerado un peligro para la sociedad.

Aclarando el concepto, la prisión preventiva debe ser breve, ya que se le está privando de libertad a una persona que no ha sido condenada por tribunal alguno, muchas veces este imputado no ha reconocido participación directa o indirecta en lo hechos. Entonces por lo mismo se debe optar a esta medida sólo cuando se dan los presupuestos materiales para estar en presencia de los elementos que sirven de base para que el juez otorgue a petición del Fiscal o del querellante, la prisión preventiva.

Ahora, para nosotros esta no es una detención propiamente tal como la de materia de estudio, tal cual la explicamos. Es una medida cautelar, que se ordena una vez escuchada las partes en audiencia de control de detención o en la audiencia de formalización, otorgada por el Juez de Garantía (regla general). Sin embargo, la detención, es la orden del Juez para que se presenten en presencia de él, por contar éste con antecedentes suficientes que la persona, participó en actos ilícitos o en el caso de delito flagrante. La detención es previa a la prisión preventiva y es para el efecto de que

⁴ Ver anexo I.

comparezcan ante el tribunal para responder por los cargos que se le imputan.

Ahora bien, nada opta para que una vez en presencia del Juez de Garantía éste otorgue la prisión preventiva por estimar que los hechos son suficientes como para establecer que el imputado tuvo algún grado de participación en un hecho ilícito y que la libertad es un peligro para la víctima o la sociedad.

1.- CONTROL DE IDENTIDAD

Cuando hablamos de control de identidad necesariamente se nos viene de inmediato a la mente el procedimiento policial “el otrora de la detención por sospecha” artículo 260 Código Procesal Penal, que era la “privación de libertad” por un breve tiempo y que se les aplicaba a quienes no quisieron identificarse o que se les encontrase en situación sospechosa.

Esta atribución que tenían las policías y que tendía a la prevención y protección de la ciudadanía pronto se convirtió en detenciones arbitrarias y sin justificación jurídica. Teniendo la autoridad que corregir o restringir esta atribución, este mal desaparece con la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal y su correspondiente código, pero las reacciones del legislador frente a la sensibilidad ciudadana respecto de la seguridad pública, crearon en su reemplazo el llamado control de identidad (artículo 85 del Código Procesal Penal) que por constituir una forma de detención distinta de la detención por flagrancia, que es la única excepción en la Carta Fundamental, reconoce respecto de la detención por orden judicial, es desde el punto de vista constitucional altamente cuestionable.

La figura del control de identidad es nueva en nuestro derecho y esta si bien es cierto, ha sido importada de legislaciones extranjeras, principalmente europeas como lo es el caso de España, que permite a los agentes policiales retener a cualquier persona sólo para fines de identificaciones, e incluso detenerla si la identificación no es posible.

En nuestro país, el artículo 85 del Código Procesal Penal, contempla este procedimiento llamado control de identidad, que permite (mediando los requisitos previos en la norma) solicitar la identificación de cualquier persona en el lugar donde se realiza dicho control de identidad, o en la unidad policial más cercana si ella no quisiese o no pudiese acreditarla en el lugar que se encuentra.

Este procedimiento de fiscalización puede llevarse a cabo cuando exista un indicio previo de que la persona fiscalizada hubiere cometido o intentando cometer un crimen, simple delito o falta, o que se dispusiese a cometerlo, o que pudiese suministrar información útil para la indagación de un hecho punible (artículo 83 y artículo 85) ⁵

La suma de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior a 8 horas, transcurridas éstas, la persona que ha estado sujeta a ello, deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, si es el caso último se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada anteriormente, se procederá a su detención como autora de la falta

⁵ Ver anexo I

prevista y sancionada en el artículo 496 N° 5 del Código Penal. El funcionario policial deberá informar, de inmediato, de la detención al Fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el Juez de Garantía dentro de un plazo máximo de 24 horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si nada manifiesta el Fiscal, la policía deberá presentar al detenido ante el Juez de Garantía, en el plazo anteriormente indicado.

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

Antes de la modificación de nuestro código procesal penal, (ley 20.253) se establecía un plazo no superior a las 6 horas antes de informar al Fiscal la detención de un imputado por control de identidad.

2.- TIPOS DE DETENCIÓN

Si bien dijimos, que la detención supone privar de libertad a una persona durante un tiempo breve, también hemos dicho y entregado la clasificación de la detención que era, por orden judicial emanada por funcionario competente (regla general) y excepcionalmente por flagrancia. También nos referimos al control de identidad como una especie de detención, lo cual se concluye del artículo 85, del Código Procesal Penal.

Ahora en esta parte nos corresponde ver y analizar cada una de las detenciones en particular que existen en nuestra legislación.

2.2.- DETENCIÓN JUDICIAL

Nuestra Constitución establece que existirá detención judicial cuando: artículo 19 inciso 7 letra C:

“Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal”.

Entonces, definiremos a la detención judicial como:

Aquella orden emanada de funcionario competente (e intimada posteriormente) para privar de libertad a una persona por un lapso de tiempo (no superior a 24 horas, regla general) que concluye cuando esta persona es presentada ante el juez competente.⁶

Cuando nos referimos a funcionario competente, la regla general es que hablamos de la orden emanada de un Juez, Magistrado o Ministro de Corte (aún cuando en nuestra Constitución permite a otros funcionarios no judiciales esta atribución, como es el caso del Ministro del Interior, en caso

⁶ Código Procesal Penal

de terrorismo, o el jefe de puerto en los casos de mar, pero estas circunstancias son de excepción, y a nuestro juicio escapan de la idea central y técnica que nosotros entendemos por detención.

2.2.1.- ELEMENTOS DE LA DETENCIÓN JUDICIAL

En la detención de la orden judicial, luego de haber procedido a detener a una persona se procede a la intimación de la orden.

Debemos aclarar qué se entiende por intimación de la orden y qué se hace primero en la lectura de los derechos o la intimación.

Para algunos abogados y esencialmente para los defensores (del imputado en la Reforma Procesal Penal) intimar una orden es sinónimo de mostrar, de exigir el documento emanado de la autoridad competente esto es el Juez, Magistrado, Ministro de Corte. Para el diccionario de la Real Academia de la lengua. Intimar es requerir, es decir exigir el cumplimiento de algo, requerir es avisar o hacer saber una cosa con autoridad pública.

El artículo 135 del Código Procesal Penal, expresa que “el funcionario público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla. Además deberá informarle acerca de sus derechos.

Entonces podemos llegar a otra conclusión, el deber de intimar consiste en “dar a conocer a la persona del hecho de existir en su contra una orden de detención emanada de un tribunal competente”.

Por otra parte el artículo 125 del mismo cuerpo legal, nos indica que “ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuera intimada en forma legal, en definitiva es informar, señalar el motivo de la detención.

De los preceptos legales señalados, además de las definiciones del diccionario de la real academia, se entiende que la intimación y la información de la detención, puede realizarse verbalmente por el funcionario público que la lleve a efecto.

Cabe preguntarse qué acto debe efectuarse primero, la intimación de la orden o la lectura de los derechos.

Si bien es cierto no existe norma al respecto ni está definido cuál de los dos actos se ejecuta primero entendemos como lo más lógico, y luego de haber examinado varios procedimientos con ordenes de detención se concluye que todo va en un mismo acto tanto la intimación como la lectura de los derechos, ambas son una misma actividad.

Cuando se debe cumplir una orden de detención se deberá entender el acto no sólo como una simple notificación, sino que la realización de intimar la orden, es decir, explicar la razón de la detención y proceder de inmediato a

la lectura de los derechos que establece el artículo 93 del Código de Procedimiento Penal, todo en un mismo acto.

De lo anterior y sólo para zanjar de una mejor manera este tema nosotros creemos y entendemos que si bien intimación y lectura de derechos se realiza en una misma actuación, la información del motivo de la detención, se superpone a la lectura de derechos, tanto es así que en la misma lectura de éstos, en su artículo 93, letra A, dice: que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren, que en otras palabras no es sino que se le comunique el motivo de la detención. Creemos que la intimación de la orden, es decir, la información al imputado (información visual del documento o verbal) vendría primero, es lo que debe hacer el funcionario, para luego de esto, dar a conocer sus derechos.

3.- DISTINTAS ÓRDENES DE DETENCIÓN EN LA NUEVA REFORMA PROCESAL PENAL.

Las ordenes de detención por excelencia se llamaran órdenes judiciales, que tal como su nombre lo indica, son aquellas que emanan del órgano jurisdiccional, es decir del Tribunal, o mejor aún, del Juez competente. Entonces tenemos que el término “Orden Judicial” es el género en las órdenes, de acá nace el resto de ellas

Estas distintas denominaciones que conocemos, se hacen más latente con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal. Donde quedan claramente diferenciadas en:

3.1.- ÓRDEN DE APREHENSIÓN O DE DETENCIÓN: que a su vez puede tener su origen porque el sujeto ha tenido algún grado de participación en algún delito, o para que el sujeto comparezca a los actos del procedimiento, o para que cumpla con la condena impuesta.

3.2.- ORDEN VERBAL O NUEVA: esta se crea con la llegada de la nueva reforma procesal penal. Esta orden de detención llamada orden verbal, tiene su origen en los principios que informan a la reforma procesal penal, la cual es la oralidad, es decir, el juez podrá decretar la detención de una persona, cuando, esta sea solicitada por algún Fiscal del Ministerio Público, por caso fundado (esencialmente flagrancia que no cuenta con todos los requisitos que la ley exige como tal), en los cuales se necesita proceder de manera diligente, rápida y sin mayores formalidades que lleven a entorpecer la investigación, esencialmente en las primeras horas de ocurrido un ilícito o a punto de cometerse.

4.- LA DETENCIÓN POR FLAGRANCIA

CONCEPTO: es la privación de libertad de un sujeto por un tiempo breve y determinado con la finalidad de ponerlo a disposición del juez competente, cuando se dan los requisitos legales que configuran la correspondiente situación de flagrancia, respecto de un hecho punible que la hace precedente, y que persigue vincularlo coercitivamente con el proceso penal dirigido en su contra. ⁷

⁷ La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal, de Cisterna Pino Adolfo, primera edición, año 2004, página 51.

Decíamos anteriormente, que la flagrancia se entendía como la privación de libertad de aquella persona que fue sorprendida cometiendo un ilícito, a punto de cometerlo o cuando éste **acababa de consumarse**.

El conflicto radicaba cuando había que preguntarse una vez cometido el ilícito, ¿cuánto tiempo después de este, y deteniendo a la persona se entiende por delito flagrante?, el código establecía “en un tiempo inmediato”, pero ¿qué es un tiempo inmediato?, diez minutos, quince minutos o veinte minutos. En realidad este aspecto era tierra de nadie, y que daba pie a entretenidos pero agotadores debates sobre esta materia en la audiencia de control de detención, era así que la Fiscalía mantenía su hipótesis de flagrancia, de la misma manera lo hacía la defensoría y para qué hablar de los jueces, dependía si este era considerado garantista o progresista.

Todo lo anterior queda en mayor parte zanjado con la entrada en vigencia de la “Agenda Corta Antidelincuencia”, ley 20.253, la que entrega por primera vez un tiempo o plazo desde que se comete el delito hasta que la persona es detenida, para entender que existe detención por el delito flagrante y lo fija en 12 horas como tope máximo.

Se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho punible y la captura del imputado, siempre que no hubieran transcurrido más de 12 horas. Antes de la modificación del código procesal penal, solo se hablaba de un tiempo inmediato no se especificaba hora.

Con esto se termina definitivamente con la eterna discusión en nuestras salas de audiencias de lo que se entiende por detención por delito flagrante, una muestra más que cuando se tiene voluntad política, se pueden solucionar perfectamente vacíos jurídicos que terminaban sólo por hacer más engorrosa y perjudicial una justicia que tiene por esencia, por base, la obligación de agilidad en sus procesos.

El actual artículo 130 del código procesal penal (modificado con la puesta en marcha de la agenda corta antidelinquencia) nos sitúa en la hipótesis de flagrancia, estableciendo, tal como lo dijimos anteriormente, criterios objetivos y precisos en cuanto a la flagrancia y la detención bajo estos delitos.⁸

4.1.- LA FLAGRANCIA EN LOS DELITOS SEGÚN SU GRADO DE CONSUMACIÓN

En los delitos flagrantes existen tres etapas en las cuales se podrá encontrar el delito con respecto a su agotamiento, cabe señalar que hay que diferenciar entre la tentativa, delito frustrado y consumado.

Es tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos, pero faltan uno o más para su complemento.

⁸ Ver anexo I

Es frustrado cuando el sujeto realiza cada uno de los elementos del tipo para que se configure el ilícito pero por un hecho extraño a su voluntad, éste no llega a consumarse, uno de los mejores ejemplos sería el del hurto en supermercado, cuando una persona toma un tarro de café y lo guarda entre sus ropas (se apropia de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, y con ánimo de señor y dueño) intentando traspasar las cajas de seguridad, pero antes de esto un guardia lo intercepta y lo obliga a devolver la especie.

En este caso el sujeto puso todo de su parte para consumir el ilícito, pero por un hecho ajeno a su voluntad (el guardia) se ve frustrado su actuar al igual que el delito.

En los delitos consumados los diferencia no sólo el agotamiento del acto, sino que también el resultado esperado por el sujeto. Dos individuos se apropian de una mochila en descuido del tercero, y salen huyendo del lugar, y luego lo esconden para venderla, en este caso los sujetos agotan el ilícito y pueden usar, gozar y disponer de la mochila, es decir, consumaron el delito de hurto simple. Es importante analizar estos delitos de hurto en donde los sujetos se arrogan un derecho el cual es el de dominio o propiedad, por el cual usan, gozan y disponen de la cosa ajena, pero debemos tener muy en claro que esto es sólo un hecho y una facultad que ellos se han arrogado ya que el hurto no es un modo de adquirir el dominio de las cosas, sino un hecho ilícito y por ende mal podría ser un modo.

Resumiendo lo analizado en este capítulo (detención por flagrancia) diremos que este tipo de detención es excepcional, ya que la regla general es la detención por orden judicial, es así como lo establece el código procesal penal en su artículo 125.

Por otra parte, el artículo 19 N° 7 Letra C, de la Carta Fundamental establece la misma idea de la excepción de la flagrancia.

Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el sólo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes.

Como lo hemos indicado, y hemos acabado de ver, la detención por flagrancia es sólo una excepción a la regla, sin embargo en los delitos de carácter penal y más aún con la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, este tipo de detención ha pasado a ser la forma más común de detención quedando atrás su carácter de excepcional.

CAPÍTULO II

EL CONTROL DE IDENTIDAD COMO DILIGENCIA INVESTIGATIVA EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El control de identidad es una diligencia de investigación desplegada por las policías que si bien tiene una puntual finalidad y es de una entidad invasiva de derechos menor en relación a otras actuaciones de la persecución penal, es en todo caso una diligencia que afecta en forma transitoria derechos fundamentales de las personas como son la libertad ambulatoria, y eventualmente, si procede el registro de ellas, la intimidad y privacidad de las mismas.

El objetivo de la diligencia, sin embargo, es lograr una información cuya existencia se supone obvia y cierta, cual es la identidad de las personas, pues todos ciudadano tiene un nombre y apellido ante el Estado. Tal información sobre el ciudadano, preexistente a la diligencia, nos permite sostener que al momento de realizarse, la naturaleza en esencia de esta actuación policial es más bien “aclaratoria” de un hecho cierto, como es la identidad del sujeto, que “investigativa” de otros hechos, de carácter incierto, como serían su eventual participación delictiva o el conocimiento de hechos punibles que aquel tendría, pero cuyos indicios habilitan la actuación “aclaratoria” en estudio.

La regulación de la diligencia, los resguardos y el estatuto de derechos que el procedimiento de la misma otorga a la persona cuya identidad se controla, constituyen los límites que se imponen a tal diligencia frente los derechos ciudadanos. Si se recuerda que el control de identidad es uno de los instrumentos de la persecución penal entregados a la policía, se observará que será connatural a su ejercicio, la tensión permanente generada entre la eficacia de tal persecución y la simultánea vigencia de las garantías del controlado.

Dentro de un estado de derecho, de acuerdo a la concepción que se tenga de la función policial, esta diligencia puede concebirse como un instrumento propio de *una agencia de persecución penal estatal, para la represión genérica de los delitos* mediante la utilización principalmente de la detención, aun cuando ella no aparezca como la respuesta más proporcionada al caso. O puede concebirse también como un **instrumento diverso** que sobrepase la exclusiva lucha contra la criminalidad, y permita **un contacto más individualizado** entre la policía y las categorías de conflictos que se detecten, a efectos de responder con una mayor diversidad de formas de control, más adecuadas y proporcionadas a los conflictos o ilícitos detectados atendiendo su mayor o menor entidad.

Bajo estos enfoques, el ejercicio de las diligencias investigativas igualmente será diverso según **la cultura investigativa con la cual las policías conciben la instrucción o investigación** estatal de los delitos: sea como *una permanente sospecha de culpabilidad* sobre un sujeto, o en cambio, como *una etapa preparatoria del juicio* del sujeto. Parafraseando las mismas ideas, la cultura policial puede suponer la instrucción **como un “pre-juicio, o, en cambio, suponerla como una “preparación del juicio”**. Sin duda las diligencias investigativas, incluyendo el control de identidad, serán interpretadas y ejercidas en forma diversa bajo uno u otro modelo y cultura,

aún cuando el tenor positivo de las normas que las establecen se mantenga fijo.

Por otra parte, si dentro del mismo Estado de derecho se reconocen a la policía ciertos grados de **discrecionalidad** en su actividad, propios de la dinámica del trabajo policial concreto, igualmente se deberán reconocer ciertos controles para **la adecuación** de tal discrecionalidad policial a la legalidad y constitucionalidad que supone el actuar de los poderes públicos dentro de un Estado de derecho, garantizándose la sujeción a tal juridicidad mediante la existencia de **controles internos** de la policía, como son las orientaciones e instructivos de los mandos superiores, así como la existencia de procedimientos de reclamo y sanción administrativa a las actuaciones apartadas del derecho.

Sin embargo, el **control clásico** de la sujeción de las policías a la legalidad es **el control externo**, radicado en los tribunales de justicia, que no sólo pueden hacer efectiva la responsabilidad civil y penal del ejercicio arbitrario o ilegal de la discrecionalidad, sino también ejercer el control de legalidad sobre el producto de su actuación, traducido normalmente en las pruebas de cargo que su actividad genera, excluyendo aquellas que se obtengan vulnerando garantías fundamentales. La aplicación de tales controles son, en definitiva, los que **“disciplinan”** la discrecionalidad y la actuación policial al cumplimiento de las normas constitucionales y legales.

Resultan relevantes entonces estas consideraciones sobre la discrecionalidad, en relación a las actuaciones de la policía sin orden previa del artículo 83 y al ejercicio mismo del control de identidad del artículo 85 del CPP. Correlativamente se observan los controles internos y externos que nuestro sistema ha previsto para aquéllas. Al efecto, el artículo 87, que

establece las instrucciones generales y particulares que el Ministerio Público debe impartir para el cumplimiento de las funciones previstas en dichas normas, así como la forma de proceder frente a los hechos de los cuales la policía tomare conocimiento y respecto de los cuales los datos obtenidos fueron insuficientes para estimar si son o no constitutivos de delito, estimamos es una de las primeras normas que se identifican como mecanismo de control interno previo, que consagra el propio Código Procesal Penal.

La disciplina proyectada a la policía por los tribunales, para que actúen conforme a derecho, se logra de un modo más concreto aun con el destino otorgado al resultado o fruto del trabajo policial, es decir, la prueba recabada por la actividad policial deberá, al margen de su utilidad investigativa, pasar el filtro de la licitud de su origen o génesis conforme al debate y examen que de ella se realice en diversas instancias procesales.

Tal debate será central en la futura audiencia de preparación de juicio oral, conforme al artículo 276, del CPP, y nuevamente podrá ser objeto de examen al momento de valorar la prueba y fallar, por parte del Tribunal Oral, conforme a los artículos 297 y 340 del mismo código.

Incluso un último examen y control pueden en la actualidad plantearse ante la Corte Suprema, vía recurso de nulidad conforme al artículo 373 letra a) del CPP.

CONTROL DE IDENTIDAD Y LA FLAGRANCIA

Se trata de dos instituciones diversas, con supuestos distintos, que otorgan estatutos de derecho y formalidades distintas. Si bien ambas instituciones pueden llegar a coincidir y tener lugar en forma paralela, la utilización de las facultades que otorga el control de identidad, muchas veces en forma desnaturalizada o abusiva, determina que ambas instituciones se enlazan como eslabones sucesivos de un mismo procedimiento, culminando en detención por flagrancia sin distinguir los estándares formales de actuación e invasividad de derechos que cada una institución supone.

En efecto, en gran cantidad de controles de identidad que culminan en la detención del controlado se debate en la audiencia de control de detención la legalidad que ostentaría la flagrancia emergente del procedimiento identificatorio, configurada a partir de las siguientes situaciones:

- Del registro de vestimentas, equipajes o vehículos que faculta el control de identidad, pero practicando con una intensidad superior la consagrada en la norma del artículo 85, empleando en forma excesiva con fines investigativos sobre el imputado y bajo el mismo estándar de registro del detenido, o con motivo del descubrimiento de un ilícito ajeno al indicio que motivó el control de identidad, otorgándole a esta diligencia un carácter de laboratorio de flagrancias indeterminadas.
- De la práctica de diligencias investigativas durante el procedimiento de control de identidad, normalmente la obtención de declaraciones del imputado o sus sometimientos a reconocimiento de terceros en la unidad policial, desprovisto del estatuto de derechos que suponen

aquellas diligencias de mayor entidad investigativas que el simple proceso identificatorio que la norma establece.

En muchas de las detenciones originadas de un control de identidad, subyacen algunas de estas hipótesis, que a la luz del análisis de las normas y principios que se expone en este trabajo, aparecen como irregulares, y sólo en una minoría, bajo los estándares que estimamos la ley exige, la detención por flagrancia parece legítima con ocasión de un control de identidad. Para llegar a tal diagnóstico examinaremos el sentido de cada institución, y expondremos los casos en que nos parece legítima de acuerdo a las distinciones que realizaremos.

Sabemos que la identidad del indicio y el estándar del artículo 85 es diversa la identidad del hecho y estándares que constituyen la flagrancia del artículo 130 y sabemos que mientras la primera disposición al menos desde las normas, culminan necesariamente en la libertad del sujeto, la segunda concluye imperiosamente en la detención del mismo. Es decir, se trata de normas que determinan resultados opuestos: libertad y privación de libertad. Mientras la primera disposición hace primar el derecho a la libertad por sobre la eficacia de la persecución, la segunda invierte la ponderación.

¿Cómo se explica entonces que el control de identidad que comenzó sólo con un indicio, concluya con un sujeto detenido, si no medió una orden de detención pendiente o una flagrancia coetánea? En otras palabras, cómo se explica que el control de identidad mute en procedimiento de detención por flagrancia.

La respuesta es lo que se ha llamado “flagrancias sobreviniente”. La cuestión se traslada entonces a dilucidar si este tipo de flagrancia sobreviniente, construida sobre actividades realizadas sobre el control de identidad, se encuentra autorizada por la ley, y si la prueba recabada en ella funda válidamente no sólo la detención, sino la actuación investigativa posterior.

EXCLUSIÓN O NO DE LA EVIDENCIA

Ante la situación de efectuar un control de identidad con un registro excesivo e o invasivo el cual se traduce en el descubrimiento actual de un delito, coincida o no con el indicio que motivó el control con el delito. Cabe a su vez examinar el destino de la evidencia recabada del registro ajeno al estándar planteado del artículo 85, y dio lugar a la detención.

En principio, bajo las reglas de legalidad y vigencia de las garantías fundamentales, estimamos que el control de identidad con registro excesivo que da lugar a la detención determinaría una declaratoria de ilegalidad de la misma fundada en la ilegalidad del registro, con la consecuente declaratoria de ilicitud de la prueba recabada del mismo. Sin embargo, atendida a las circunstancias del caso concreto, no puede afirmarse que todas las soluciones serán uniformes conforme a las normas estudiadas, consideradas como regla de solución rígida. Las normas muchas veces son interpretadas como principios sujetos a ponderaciones ante situaciones de tensión o conflicto y bienes individuales y sociales.

LA DECLARACIÓN DE LA ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

La principal característica de la audiencia control de detención, es justamente como su nombre lo menciona, controlar la detención de una persona que ha estado privada de libertad por un tiempo máximo de 24 horas.

Pero ¿qué se controla específicamente en esta audiencia?, la respuesta es la legalidad de la detención, es decir, si la detención de una persona se ajustó a derecho, si se realizaron los pasos que corresponden llevar a cabo tanto previo como posteriores a ello.

Recordemos primeramente que para proceder al control de detención de una persona la regla general “la orden de detención”.

En el caso de la detención por delito flagrante las condiciones más importantes son:

- 1.- Que efectivamente estemos ante un delito flagrante.

- 2.- Que en cuanto al tiempo transcurrido entre la realización del acto punible y la detención del sujeto no deben mediar más de 12 horas para considerarse como delito flagrante. Además en este tipo de detención también se debe dar lectura a los derechos del imputado.

Cuando alguna de estas normas sobre la detención no son cumplidas por las policías o instituciones a cargo del procedimiento estaríamos en presencia

de una detención ilegal, la que acarrea con esta sanción durante todo el proceso de la causa.

Por ejemplo podríamos decir, que los medios de prueba que se obtiene de una causa que es declarada ilegal, es decir, que la detención del imputado fue ilegal, no podrán usarse en el juicio que se lleve a cabo en esta causa, es una muerte prematura, de aquí que las nuevas instrucciones a los fiscales con respecto a las detenciones declaradas ilegales, es mejor que cuando en una causa no esté tomado bien un procedimiento o que el plazo para presentarlo en el tribunal ha excedido de las 24 horas permitidas los imputados deban ser sacados de los controles de detención, apercibirlos, y dejarlos citados a la fiscalía correspondiente. Lo anterior en aquellos delitos de menor connotación o de menor gravedad. En los otros delitos, obviamente no se seguirá la misma regla.

Es por estos motivos que cada día más se utilizan los argumentos por parte de los defensores dirigidas a la ilegalidad de la detención más que en sí mismo al tema de fondo que es la comisión del ilícito.

A continuación veremos algunas de las situaciones en las cuales nos encontraremos en las distintas audiencias que hoy existen (juzgado de garantía) y que tienen directa relación con la ilegalidad de la detención y la detención propiamente tal.

ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN PORQUE EL CONTROL DE IDENTIDAD NO SE AJUSTA A DERECHO

Situación: control de identidad del imputado, que deriva de una detención por flagrancia. En la audiencia de control de detención, el defensor pide se declare ilegal la detención por vicios en el control de identidad.

Defensor: ataca la falta de indicio para realizar el control de detención, por lo que si el control de identidad no se ajustó a derecho, la detención tampoco, pues se está ante, un solo procedimiento policial, el cual, debe ser ajustado a derecho.

ARGUMENTOS PARA Oponerse a la SOLICITUD DE ILEGALIDAD

Finalidad del control de identidad: debemos estudiar la norma al respecto del control de identidad, este se encuentra en el artículo 85 del código procesal penal.

En dicho artículo se expresa que el control de identidad es una actuación autónoma de las policías. Que tiene lugar en casos fundados tales como los señalados en tal artículo.

Que la expresión tales como, es sinónimo de entre otras, o por ejemplo, y por tal razón, este artículo se limita a señalar algunos de los casos en que puede tener lugar, pero no todos.

En el mismo sentido, existen tipos penales donde la ley utiliza los mismos términos “tales como”, a modo de señalar la enumeración que sigue no es taxativa, como el artículo 372 ter y 470 N° 8 del código penal.

Al contrario cuando la ley ha requerido dar una enumeración taxativa la redacción es de tal modo que no cabe duda de ello, como “sólo tendrá”.

En lo referente al término “caso fundado”, es constitutivo de acontecimiento o suceso, que en virtud a un motivo, razonamiento eficaz o fundamentado, permite deducir que debe efectuarse un control de identidad pudiendo ser una de esas razones los indicios del inciso 1º del artículo 85 del código procesal penal, descritos como “tales como”. (Casos fundados es más que una mera sospecha y menos que una flagrancia).

Como lo anterior depende de la razón, lo que está constituida por la excelencia y el conocimiento, resulta lógico pensar que dicho razonamiento justificado dependerá del policía encargado del procedimiento, por lo que es sumamente importante la experiencia que ellos poseen.

Estando un policía ante un caso fundado o tenga una razón justificada para pensar que una persona delinquirió, u otra situación semejante, lo importante es confirmar o desvanecer esta razón justificada, caso fundado o sospecha fundada (o indicio si se quiere).

Ese razonamiento único que justifica más allá del texto del artículo 85 del código procesal penal que el policía pueda controlar al controlado, que le exija su identidad, que lo pueda trasladar al cuartel policial.

En consecuencia, el control de identidad es la unión de varios trámites o diligencias tendientes a verificar la identidad de alguna persona, confirmar o desvanecer la sospecha fundada o indicio.

Es así como el control de identidad comienza cuando se detiene a alguien para efectuar el control hasta que se efectúa todo el procedimiento. Así, si alguien presenta su cédula de identidad u otro su documento que acredite su identidad, no significa que el control haya terminado, por cuanto falta realizar las demás diligencias como lo son el registro de las vestimentas, verificar domicilio, verificar ordenes de aprehensión pendientes.

Las únicas limitaciones son el plazo de 8 horas (modificado por la ley 20.253), y la abusividad, pues así está establecido en el artículo 85 del código procesal penal.

Respecto de la abusividad: el control de identidad no puede ser arbitrario o ilegal. En estos casos estamos ante un abuso del funcionario policial.

Ante un control abusivo y por ende arbitrario e ilegal, nuestro código ha establecido una sanción especial: la del artículo 255 del código penal, que consiste en una sanción de suspensión del empleo en cualquiera de sus grados y de una multa de 11 a 20 unidades tributarias mensuales.

Control de identidad y detención: es necesario reiterar que el control de identidad es una facultad preventiva policial otorgada con el fin de prevenir o reprimir la delincuencia, permite una restricción temporal de la libertad, mientras dura el procedimiento de control, con el fin de desvanecer o

confirmar la sospecha fundada o indicio fundado que existe en contra del fiscalizado.

En virtud del control de identidad se restringe el derecho a la libertad del controlado pero no está detenido.

Si durante el control de identidad y en virtud de las diligencias que hace el personal policial (revisión si la persona tiene órdenes de detención pendientes, registros de vestimentas, etc.) dicho control puede derivar en una situación de flagrancia, siempre que concurren los requisitos propios de la flagrancia. Desde ese momento se comienza a contar el plazo de 24 horas que está señalado en el artículo 131 del código procesal penal.

Asimismo, si se encuentran objetos, documentos o instrumentos en poder del detenido, estos deben incautarse en virtud de la situación de flagrancia y no del control de identidad.

Hay que hacer hincapié que en la ley no existe como presupuesto de la detención los requisitos del artículo 85 del CPP, sino los que motivan la detención, o sea, flagrancia u orden de detención.

Por lo mismo se vuelve a insistir en que el control de identidad no es una detención propiamente tal, sino que es una restricción temporal de la libertad de circulación del controlado.

Si el control de identidad no se ajusta a derecho, se deben aplicar las normas que el ordenamiento jurídico ha establecido para dicha situación.

Control de identidad y detención son actuaciones diferentes, con controles diferentes y normas legales propias que regulan su procedencia, y en caso de infracción, sus sanciones.

Así nunca un control de identidad ilegal, necesariamente derivará en una detención ilegal.

Se hace necesario centrar el debate en los requisitos de la flagrancia y no en los requisitos del control de identidad.

SOLICITUD DE ILEGALIDAD DE DETENCIÓN FLAGRANTE POR FALTA DE ALGÚN REQUISITO DE LA FLAGRANCIA

Situación: audiencia de control de detención, defensa pide se declare ilegal detención en caso de flagrancia.

Defensa: solicita ilegalidad de la detención en caso de flagrancia, por cuanto en el caso concreto falta el requisito de ostensibilidad de la flagrancia. En virtud de este requisito, del policía que hace la denuncia no puede realizar actuaciones de investigación para detener, porque eso demuestra que la flagrancia no es ostensible, y por lo tanto no hay flagrancia. Así, señalará alguna diligencia que haya realizado el funcionario aprehensor.⁹

⁹ Ver anexo II

Cuando la defensa pide la ilegalidad porque falta inmediatez, argumentará en torno a la hora del delito y hora de detención.

ARGUMENTOS PARA Oponerse:

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 éste resuelva lo que estime pertinente, según lo señala el artículo 5º inciso 2 del CPP.

El delito flagrante es que manifiesta su actuación o su prolongación de forma ostensible, asequible físicamente por los sentidos. Así, puede decirse que son dos conceptos que distinguen la flagrancia conforme a las descripciones legales del artículo 130 del CPP: evidencia e inmediatez.

Desde el momento que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido que cuando nos encontramos ante una situación de flagrancia, controlar la ilegalidad de una detención por flagrancia pasa por el estudio de las hipótesis del artículo 130 del CPP, es examinar si estamos ante alguna de dichas hipótesis.

Respecto a las hipótesis a) y b) del artículo 130 del CPP. En estos dos primeros casos, el funcionario generalmente habrá presenciado por sí mismo, o al menos parcialmente, la comisión del delito.

Respecto a las letras c) y d) del artículo 130 del CPP. En estos otros dos casos, el funcionario no ha presenciado la comisión del delito, sino que actúa sobre la base del testimonio de la víctima. En el primer caso es requisito que al imputado se le sorprenda huyendo del sitio del suceso. En el segundo caso no se necesita sorprenderlo huyendo, pero sólo procede la detención tratándose de delitos contra la vida, contra la salud, la integridad corporal y tratándose de robos o hurtos. **En todo caso, debe tratarse de delitos que acaban de cometerse.**

Para los efectos de este caso, se entiende que el delito acaba de cometerse durante los instantes siguientes a su perpetración.

Respecto de la letra e) del artículo 130 del CPP. En este caso es el porte de objetos relacionados con el delito o rastros de él en el cuerpo o en la vestimenta lo que autoriza la detención siempre y cuando ésta se produzca en un tiempo inmediato a la perpetración del delito.

Respecto a la evidencia: es flagrante aquello que es evidente, que permite asociarse a un delito recién cometido sin incurrir a inferencias, deducciones o análisis, menos aún a meras sospechas.

En la flagrancia lo que se percibe (lo que se ve, se oye, lo que se vive, huele, siente) da cuenta con un alto grado de certeza, y por sí solo, de la existencia de un delito y la participación de una persona.

Este requisito de “evidencia”, emana del concepto mismo de la flagrancia, y no de las hipótesis mismas que describe el artículo 130 del CPP. En otras

palabras, este requisito es consustancial a todas las hipótesis de flagrancia, pues, en definitiva, evidencia y flagrancia son sinónimos. Por lo tanto no hay que buscar la concurrencia de este requisito en cada caso o hipótesis de flagrancia sino va a concurrir siempre que se practique una detención fundada en dichas hipótesis.

¿Cómo hacemos un examen de este requisito?, en otras palabras ¿cómo saber si para el policía que practicó la detención era ostensible o evidente que estaba ante una hipótesis de flagrancia?

La respuesta a la pregunta planteada se encuentra en hacerse otra pregunta: “si yo juez, hubiera estado allí y hubiese visto, oído y/o percibido lo que el agente percibió ¿hubiera concluido también que existía mérito para detener?

Si la respuesta es afirmativa, debe considerarse que concurre este requisito.

La respuesta siempre va a ser afirmativa que es lo que el agente va a ver o percibir si concurre o no. No otra cosa que las hipótesis de flagrancia. Entonces, se puede afirmar que este requisito se confunde con el concepto mismo de flagrancia. Por lo tanto este requisito siempre va a concurrir en la medida que haya detención por flagrancia. Porque sólo así se puede llegar a ver si concurre o no.

REQUISITO DE LA INMEDIATEZ: este requisito aparece claramente expresado en conceptos repartidos en las letras del artículo 130 del CPP. No

es consustancial a la “detención por flagrancia”, sino que emana de los términos en que redactadas las hipótesis del artículo 130 del CPP.

A partir de ellas se puede hablar de una inmediatez temporal y otra espacial.

INMEDIATEZ ESPACIAL: tratada en la letra c) del artículo 130 del CPP. No quiere decir que hecho y detención concurren en el mismo lugar sino que huida y detención deben darse en un mismo eslabón de una cadena de sucesos y espacios en la huida. Así la huida se prolonga lo mismo que la flagrancia, como ocurre con el sujeto que huye en vehículo y es perseguido por la policía.

La huida para ser inmediata debe ser susceptible de ser percibida por los sentidos, o integrada con informaciones obtenidas en el mismo acto de la persecución (ejemplo: información a través de censo)

Si la única huida que puede llegar a ser percibida es aquella que no se interrumpe y no se pierde la pista del delincuente.

Para ver si hay inmediatez en el caso de la letra c) del artículo 130 del CPP hay que ver (sirve: mencionar, precisar, afirmar) lugar de comisión, lugar de detención, cuando la víctima designa al autor.

INMEDIATEZ TEMPORAL: subsiste lo inmediato mientras se prolonga lo que es evidente a los sentidos sin interrupción de tiempo.

El tiempo inmediato a la perpetración de la letra d) del Art. 130 CPP: *“es aquel que transcurre mientras los objetos precedentes del delito, las señales en sí mismo o en los vestidos”*..... subsisten a la percepción de los sentidos en poder de los autores o de sus copartícipes.

Es válido preguntarse ¿hasta cuándo se puede prolongar esta inmediatez? La respuesta la encontramos en los límites: dura tanto, cuando aparezca razonable actuar autónomamente a la policía, esto es, mientras no transcurra un tiempo tan prolongado en que razonablemente y sin poner en riesgo la eficacia de la detención, pueda abstenerse la orden judicial.

Flagrancia y delito permanente: respecto al inicio de la flagrancia tanto la doctrina como la historia de la ley (especialmente la ley 19.567, que modifica el Art. 130 del CPP), nos permite sostener que la flagrancia se inicia con la comisión misma del delito, aún en las etapas prematuras del inter criminis, incluidos los actos preparatorios con relevancia penal, se excluyen los actos preparatorios no punibles.

Son delitos permanentes “aquellos que por voluntad del autor es posible mantener su ejecución en el tiempo, de modo que el delito continúe en constante estado de consumación” ¹⁰

Por su peculiar forma de comisión, en cualquier tiempo en que se practique la detención, el delito se estará actualmente cometiendo, adquiriendo la flagrancia el carácter de permanente. La exigencia de la inmediatez se renovará segundo a segundo. Siempre debe concurrir el requisito de

¹⁰ Autor, Garrido Montt Derecho penal, parte General, Tomo II, pág. 259.

evidencia. (Todo lo anterior se resuelve en parte con la entrada en vigencia de ley 20.253)

PRINCIPALES ARGUMENTACIONES PARA EL CASO QUE LA DEFENSA SE OPONGA A LA FORMALIZACIÓN, POR HABERSE DECLARADO ILEGAL LA FORMALIZACIÓN.

Caso: audiencia del Art. 132 del CPP. El Tribunal declaró ilegal la detención, el Fiscal solicita formalizar y la defensa se opone.

Argumentos de la defensa: generalmente en las audiencias la defensa señala los siguientes argumentos:

Que habiéndose declarado ilegal la detención, se ha dado orden de libertad al imputado y por lo anterior el imputado no se encuentra detenido. Entonces para formalizar a alguien que está en libertad corresponde a citar a una audiencia, el Tribunal debe citar a todos los intervinientes, incluida a la víctima, y que como no está presente la víctima en esta audiencia, no se puede proceder a formalizar en este acto.

La defensa señala que no se está en esa audiencia, pues se trata de la primera audiencia del detenido y el imputado no está detenido. Por lo anterior se debe actuar de acuerdo a las reglas generales del Art. 231 del CPP.

ARGUMENTOS DE LA FISCALÍA

Quizás lo primero que se debe señalar en este caso, es que la formalización es una garantía para el imputado ya que no es otra cosa en que se le da a conocer “formalmente” los hechos que investiga el Ministerio Público, por lo que se pretende hacer, no es en ningún caso, gravoso para el imputado. Se señalará que no es aplicable en este caso el Art. 231 del CPP, que regula la solicitud de audiencia para la formalización de la investigación, pues se refiere a la formalización de imputados que no se encuentren en el caso previsto en el Art. 132 del CPP. La actual audiencia es la del 132 del CPP, por tanto y en virtud de dicho artículo a los detenidos se les presenta al Tribunal.

El Art. 132 regula **“la primera audiencia judicial del detenido”**

Esta audiencia tiene como objetivo preciso formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares.

Entonces legalmente no existe la audiencia de control de detención, sino que es esta audiencia donde, el defensor puede solicitar se declare la ilegalidad de la detención, si el imputado está detenido. En este mismo sentido el texto del Art. 132 del CPP es claro en señalar que *“en esta audiencia el fiscal procederá directamente a formalizar.....”*

Lo anterior es relevante, pues no hace depender esta facultad del fiscal del resultado de alguna discusión previa, especialmente sobre la ilegalidad de la detención. Para el código es indiferente el resultado de la discusión de la

ilegalidad de la detención, para efectos que el fiscal formalice la investigación, pues siempre puede formalizar.

Por otra parte, el mismo artículo señala que “*en la audiencia el fiscal podrá.....*”, y esta audiencia aún no ha terminado. Pretender que la audiencia ha finalizado es confundir los debates que tiene lugar en ella, con la audiencia misma. Esto nos llevaría al absurdo que la discusión sobre legalidad de detención es una audiencia, que la formalización es otra audiencia, que la discusión sobre las medidas cautelares, otra, y así sucesivamente.

La tesis de la defensa, se opone a los principios básicos que informan el procedimiento penal, como lo son los de inmediación, continuidad, publicidad de las audiencias. Cabe señalar que estos principios establecidos para el juicio oral, son válidamente aplicables para todo tipo de audiencia.

Aún más, la tesis de la defensa se opone a las facultades exclusivas del Tribunal, esto es las de dirigir las audiencias que procedan. Recordemos que el Art. 14 del COT establece que dentro de las competencias de los jueces de garantía está la de dirigir la audiencia. Para ello, el artículo 71 del CPP entrega a los jueces de garantía las facultades de dirección y disciplina del Presidente del Tribunal Oral en lo Penal, de los Art. 292, 293 y 294 del CPP.

Claramente, se le está impidiendo al Tribunal ejercer la atribución de dirigir la audiencia, puesto que debe acogerse la solicitud de la audiencia, se estaría reconociendo que esta audiencia ya terminó, pero por la sola petición de la defensa, y no por una resolución del Tribunal.

La formalización de la investigación es una facultad exclusiva del Ministerio Público, por lo que una resolución que impida ejercer esta atribución, resolviendo contra norma expresa que lo autoriza, consistiría en una intromisión del órgano jurisdiccional en facultades autónomas, y por lo tanto constitucionales, del Ministerio Público.

Por consiguiente, una resolución en contrario del juez, se constituye una falta o abuso grave, toda vez que se está atribuyendo y ejerciendo derechos que no tiene, lo que no le está permitido en virtud de lo dispuesto en los Art. 6 y 7 de la CPR, y porque así, además, lo señala el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, de fecha 17 de enero del 2001, que señala: “respecto de la formalización de la investigación el magistrado no puede ni debe emitir pronunciamiento sobre ella”.

“Por las argumentaciones solicito rechazar la solicitud de la defensa, resolviendo que se debe seguir adelante con la audiencia, dándole la palabra al Ministerio Público para los fines que se estimen pertinentes”.

Argumentación secundaria: se puede señalar que existen motivos de economía procesal que hace aconsejable el desarrollo de la audiencia en este mismo acto o solicitar que la audiencia que corresponda fijar se tenga lugar en unos minutos más y que en este mismo acto sea notificado el imputado. Lo que, en el peor de los casos permitiría solicitar una orden de detención contra el imputado por no presentarse a dicha audiencia.

INCIDENTES RELATIVOS A LAS FACULTADES DEL JUEZ DE GARANTÍA EN AUDIENCIA DE CONTROL DE DETENCIÓN

Situación: en audiencia de control de detención, el juez de garantía de oficio puede realizar algunas actuaciones, o abrir debate sobre algún tema en particular, cuando no le corresponde según la disposición del Ministerio Público.

Estos son los casos:

- a) pedir al Fiscal circunstancias o antecedentes de la detención practicada por la policía.
- b) Pedir al Fiscal señale la hipótesis de flagrancia en que se encuentra el imputado.
- c) De oficio declarar la ilegalidad de la detención.
- d) Ordenar diligencias que fueron pedidas por la defensa o de oficio.

A continuación se desarrollan brevemente cada una de las situaciones anteriormente planteadas.

A.- JUEZ PIDE AL FISCAL QUE SEÑALE LAS CIRCUNSTANCIAS DE LA DETENCIÓN.

Al inicio de la audiencia de control de detención el Juez siempre va a solicitar a alguien las circunstancias de la detención.

Tiene dos alternativas: preguntarle al imputado, o preguntarle al Fiscal.

Cuando le pregunta al imputado, lo hace requiriéndole, lugar, fecha, quiénes lo detuvieron, si le leyeron los derechos y si le señalaron el motivo de la detención.

Cuando lo hace al Fiscal: ¿Qué responder?

En nuestra opinión, es señalar los mismos antecedentes que pudiera aportar el imputado. No es necesario señalar los hechos y ninguna otra circunstancia. O sea: lugar, día, hora, policía, lectura de derechos y motivos de detención. Nada más.

El fundamento de lo anterior es porque un eventual incidente de ilegalidad de detención debe ser promovido por la defensa, y ella es quien debe señalar donde falla el procedimiento de la detención, y dentro de ese debate, nos corresponderá ahondar en argumentaciones y hechos.

Fundamento legal: el artículo 14 del COT señala que les corresponde a los jueces de garantía a) “asegurar el derecho del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

Que no existe ninguna norma legal en el CPP que faculte al juez de garantía de solicitar al Ministerio Público antecedentes para abrir un eventual debate sobre la ilegalidad de la detención.

De acuerdo al CPP, quien representa el derecho del imputado es el defensor, así que este interviniente es quien debe promover cualquier cuestión que diga relación con los derechos y garantías del imputado.

En fin, en caso que el juez insista en la petición, estaría extralimitando sus facultades legales, y por lo tanto infringiendo los artículos 6 y 7 de la CPR, siendo dicho acto nulo.

B.- JUEZ PIDE AL FISCAL QUE SEÑALE POR CUAL HIPÓTESIS DE FLAGRANCIA FUE DETENIDO EL IMPUTADO.

Nos ponemos en el caso que el juez ya sea de oficio, o a petición del defensor, le pida al fiscal que señale cual de las hipótesis de la flagrancia es o son las que motivaron la detención.

No haremos discusión si estamos dentro o fuera del debate de la ilegalidad de la detención, pues la respuesta debe ser la misma.

(Ante esta situación el planteamiento debiera ser oponerse o negarse a señalar una o más hipótesis).

ARGUMENTOS

La hipótesis de flagrancia está establecida para las policías a fin que ella pueda practicar una detención. Cuando el policía detiene hace un juicio sobre situaciones de hecho, que son los expuestos en la audiencia. Que ante un debate de legalidad de la actuación de la policía o debate de legalidad de la detención es el órgano jurisdiccional el llamado a resolver a través de una sentencia, si concurren una o más situaciones de flagrancia.

Lo anterior tiene su fundamento en la letra h) del artículo 14 del COT, que faculta a los jueces de garantía a conocer o resolver todas las cuestiones y asuntos que el código y la ley procesal le encomienden.

Entonces la situación de flagrancia debe ser discutida dentro de un incidente de ilegalidad de la detención.

En la resolución del Tribunal, éste debe pronunciarse si se está ante una hipótesis de flagrancia, y en cual, si se está ante de una de ellas, lo debe hacer el juez no los intervinientes.

Que el Ministerio Público haga este tipo de declaración es inmiscuirse en atribuciones propias del órgano jurisdiccional, lo que le está vedado por mandato constitucional (Art. 80 letra A de la CPR).

En fin, en caso que el juez insista con la petición estaría extralimitando sus facultades legales, y por lo tanto infringiendo los Art. 6 y 7 de la CPR siendo este acto nulo.

C.- JUEZ DE OFICIO QUIERE DECLARAR ILEGAL UNA DETENCIÓN.

Hay que intervenir y pedir la palabra antes que haga el pronunciamiento y señalar que esta impedido de hacerlo.

Fundamento Legal: El artículo 14 del COT señala que les corresponde a los jueces de Garantía a) “asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal”.

De acuerdo a lo anterior no existe norma legal en el CPP que obligue al Ministerio Público a otorgar antecedentes para abrir un eventual debate sobre la legalidad de la detención.

El CPP. Establece claramente que quien representa los derechos del imputado es el defensor, así que este interviniente es quien debe promover

cualquier cuestión que diga relación con los derechos y garantías de imputado.

En fin, en caso en que el juez insista en la petición estaría extralimitando sus facultades, y por lo tanto infringiendo los Art. 6 y 7 de la CPR siendo dicho acto nulo.

D.- EL JUEZ ORDENA DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN. (Art. 80, letra A CPR).¹¹

De modo que el fiscal tiene plena autonomía para realizar diligencias que estime convenientes, con la limitación del inciso tercero de dicho artículo.

Recomendación de diligencias: el artículo 98 del CPP establece que el juez de garantía puede recomendar al Ministerio Público la realización de diligencias de investigación que solicita el imputado o su defensor, con motivo de su declaración judicial, cuando lo considere necesario para el ejercicio de la defensa y del respeto del principio de objetividad.

Del estudio de dichas normas aparece claramente que el juez de garantía nunca puede ordenar al Ministerio Público ni menos directamente a las policías u otros organismos. Se estaría vulnerando los artículos 6 y 7 de la CPR y por lo tanto dicha actuación al extralimitar al órgano jurisdiccional se está ante actuaciones que acarrear nulidad de las

¹¹ Ver anexo 1

mismas. Lo anterior se encuentra recogido en varios fallos, de Cortes de Apelaciones y Corte Suprema.

Si el juez de garantía en la audiencia ordena diligencias al fiscal o a la policía: hay que señalar que se estaría planteando un conflicto de atribuciones entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, por lo que se recomienda solicitar al juez que envíe los antecedentes a la Corte Suprema.¹²

ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN POR FALTA DE INTIMACIÓN DE LA ORDEN DE DETENCIÓN.

Situación: el fiscal pasa a audiencia de control de detención al imputado detenido con orden de detención. Generalmente se le habrá dicho (verbalmente) la imputado que está detenido, el motivo de la detención y se le habrá dado lectura a sus derechos.

Defensor: pide se declare la ilegalidad de la detención por cuanto no se le intimó la orden de detención. Argumenta que se infringió la letra c) N° 7 del Art. 19 de la CPR, 125, 228 del CPP. Seguramente citará fallo de la Excelentísima Corte Suprema del 9 de septiembre del año 2003. Para el defensor “intimar”, será sinónimo de mostrar.

¹² Observación: en este caso es conveniente presentar recurso de reposición en la misma audiencia.

FISCAL: ARGUMENTOS PARA OponERSE

La discusión en este caso se centrará en la definición de la palabra “intimar”, debe partir señalando que efectivamente el Art. 125 del CPP, prescribe que ninguna persona deberá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley después que dicha orden fuera intimada en forma legal.

Además la letra a) del Art. 94 del CPP, señala los derechos del imputado privado de libertad, tiene derecho a que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad, y salvo en el caso de delito flagrante a que se le exhiba la orden que la dispusiere.

Estas tres normas del CPP regulan la misma materia: lo que se hace con la orden de detención al momento de detener al imputado.

El código señala que la orden: se intima, se exhiba, se informa, o sea, utiliza indistintamente tres términos aparentemente diferentes para normar la actuación de las policías en el momento de tan delicado en la vida de una persona.

A todos nos hubiere gustado una mejor técnica legislativa para regular tal trascendental momento pero el código utiliza estos términos, y nuestra labor es darle una interpretación racional, normativa, restrictiva.

Una interpretación literal del Art. 125 del CPP, nos señala que “intimar es igual a informar”.

Una interpretación sistemática de las normas de los artículos 125 y 135 del CPP nos lleva a la misma conclusión.

Es por esto, que no podemos llegar a otra conclusión que el deber de intimar consiste en definitiva en “informar, señalar” el motivo de la detención.

De los preceptos legales señalados, además de las definiciones del diccionario de la real academia, se infiere que la intimación y la información del motivo de la detención pueden realizarse verbalmente por el funcionario público que la lleva a efecto.

Para el caso que la orden de detención se haya pedido y otorgado verbalmente: cabe señalar, que el artículo 9 del CPP, permite que en casos urgentes, las autorizaciones judiciales, que priven, perturben o restringen derechos de los imputados, pueden ser solicitadas y otorgadas a través de cualquier medio idóneo, al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro sin perjuicio de la constancia posterior.

ILEGALIDAD DE LA DETENCIÓN POR FALTA DE LECTURA DE DERECHOS.

Situación: audiencia de control de detención. No hay constancia de que al imputado le leyeron los derechos.

Argumentos de la defensa: pide se le declare la ilegalidad de la detención, porque:

- No se dio lectura de los derechos al detenido.
- Que el Art. 135 del CPP obliga al funcionario aprehensor a informar al afectado del motivo de la detención y los derechos que ahí se señala.
- Lo anterior afecta los derechos del imputado de los Art. 93 y 94 del CPP.
- Los derechos humanos, los tratados internacionales, y la constitución, etc.

ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA Oponerse

La inobservancia del deber de informar al detenido del motivo de la detención y sus derechos, sólo trae como consecuencia la aplicación de las medidas previstas en el Art. 136 del CPP, dicha norma regula precisamente las circunstancias que no se haya dado cumplimiento al deber de informar, y establece que en tal caso, es el Tribunal quien debe informar de sus derechos al detenido, y remitir oficio, a la autoridad competente a fin de que se le apliquen las sanciones disciplinarias correspondientes.

Entonces la discusión sobre la legalidad de la detención se debe centrar en debatir acerca de los presupuestos de la detención.

Por regla general, se discute sobre la procedencia de los motivos de la detención o sea, si concurre alguna situación de flagrancia que es ajena a dicha discusión, la circunstancia de haberse leído o no los derechos al detenido, por lo que no cabe declarar ilegal la detención por tal motivo.

Todos los argumentos antes señalados, han sido recogidos por la Excelentísima Corte Suprema, en fallo de causa Ruc 0400403891-1, conociendo recurso de apelación. En fin, por no ser materia que deba ser discutida dentro de un debate de legalidad de detención, y por tener una sanción establecida en el código, debe solicitarse se rechace la solicitud de ilegalidad planteada por la defensa.

El marco dentro del cual, durante la primera audiencia judicial del imputado, es controlar a la legalidad de la detención, lo fija claramente el artículo 125 que regula los requisitos de procedencia de la detención. Los parámetros en virtud de los cuales debe afirmarse que una detención está ajustada a derecho, como medida cautelar, son los señalados en esa norma, a saber: a) Orden de funcionario público expresamente facultado por la ley e intimación legal de dicha orden; o b) persona sorprendida en delito flagrante. Objetivo único: ser conducida ante la autoridad correspondiente.

La primera audiencia judicial del imputado no es una audiencia de prueba y, por lo mismo, las alegaciones en torno a la inobservancia del deber de información deberán ser previamente indagadas por los conductos regulados en el Art. 136 del CPP. El horizonte normativo de la inobservancia del deber de información escapa, por lo demás, a los requerimientos de medidas cautelares. Por de pronto, si llegare a ser acreditada, del modo señalado en el Art. 136, podrá, a lo sumo y unida a otras circunstancias, servir como fundamento para solicitar en su momento la exclusión de la prueba obtenida

por inobservancia de garantías fundamentales, pero la eventualidad de haber sido o no el detenido informado de sus derechos nada tiene que ver con la procedencia de la detención, en tanto se trata de una medida cautelar.

CONCLUSIÓN

Teniendo claro que al inicio de este trabajo, nos impusimos objetivos claros y definidos, en relación a ellos, nos parece prudente e indicado, advertir que este corolario girará al igual a como lo avizoraba el mensaje del Código Procesal Penal en cuanto a que “es necesario establecer un conjunto de controles específicos respecto de las medidas cautelares que implican formas de privación de libertad, buscando racionalizar y limitar al máximo su utilización”.

Ese ha sido entonces, la finalidad en general de este trabajo, entender que la aplicación de medidas cautelares, como la detención, no pueden ser aplicadas de manera arbitrarias, si no dentro de un proceso racional, delimitado por ley, y que da sentido al porqué de la necesidad de una resolución judicial que tenga que pronunciarse acerca de la legalidad de la detención.

Es por este motivo que creemos que se cumple cabalmente nuestra hipótesis.

A raíz de lo anterior, cabe entonces preguntarse acerca de los errores procedimentales de las policías y su incidencia en el proceso penal, al respecto se observa con nitidez que hay ciertas premisas que resultan inmodificables, y por ende toda estructura de solución debe tener presente aquello. Así llegamos a la convicción que no sólo serán necesarias capacitaciones para funcionarios de las Policías, si no también reuniones de

coordinación entre las diversas instituciones de la persecución penal que clarifique la importancia de la intervención de cada una en el proceso investigativo. De esta manera se logrará evitar, que las Policías funcionen en base a meros instintos y tengan claridad acerca de la normativa legal y puedan con acierto ponerla en movimiento.

La incidencia de lo anterior en todo lo que acontezca a futuro es de una inconmensurable importancia, dado que procedimientos bien realizados, ajustados a derecho, significaran por una parte la posibilidad de un aumento de los detenidos que pasan a control de detención y por otra la reducción de declaraciones de ilegalidad de la detención, por cuanto se quitara un margen importante de posibilidades a las defensas de alegar que los procedimientos vulneran garantías de los imputados.

Más allá incluso, policías bien instruidas y certeras en la aplicación de las normas legales, no sólo tendrá repercusiones positivas en el aspecto de una declaración de legalidad, sino que más importante aún, la prueba recabada a lo largo del procedimiento de detención, también podrá ser utilizada en las etapas de prueba de nuestro proceso actual, pudiendo pasar los filtros típicos que se presentan en las audiencias de preparación de juicio oral.

De acuerdo a lo anterior, pasa a ser importante que la comunicación de las Policías con el Fiscal sea lo más oportuna posible, ello porque el acompañamiento y guía del Fiscal en estas primeras actuaciones, va a delimitar el campo de acción de los policías, indicándoles ya en ese momento, si se presentan vicios de ilegalidad, como se puedan ellos solucionar.

De ahí que en estos primeros años de reforma, las Fiscalías Regionales han comprendido que el Fiscal debe estar presente en estas primeras

actuaciones, siendo la tendencia la creación de Fiscalías de Flagrancia, de manera que con el tiempo el Fiscal deje de ser un mero instructor telefónico, donde los Fiscales con su equipo de trabajo, concurren a los sitios del suceso, evalúen las actuaciones de las Policías, vean alternativas de trabajo, de manera que el parte policial que contenga las diligencias se transforme en un verdadero castillo fortificado frente a las alegaciones de las defensas.

Finalmente creemos que las actuaciones de las Jueces de Garantía, podrán precisamente uniformarse, en la medida, insistimos, que los procedimientos policiales de detención estén correctamente ejecutados. Si pensamos que las corrientes que existen hoy, esto es los garantistas versus los progresistas como las hemos denominado, donde a decir verdad una de se distinguen en particular con la mayor o menor exigencia en el cumplimiento de formalismos, que implica por ejemplo que hayan jueces que por no existir actas de lectura de derechos en los partes policiales que den cuenta de la realización de la actividad, las declaren ilegales mientras que otros no hagan mayor cuestionamiento al respecto. Este tipo de situaciones, como lo hemos venido advirtiendo sea cual sea la postura a la que el juez adscriba, se verá disminuida si logramos la realización de procedimientos que se ajusten a las formalidades establecidas en la ley. Sin querer ser majaderos, esto incluso ha sido también entendido a nivel de las más altas autoridades del ente persecutor, ya que basta recordar que poco tiempo atrás el Fiscal Nacional en uso de sus facultades de dictar instrucciones generales a las Policías, creo un manual corta palos que señala e instruye precisamente en estas materias y que busca evitar ilegalidades, uniformando jueces y de sobremanera que se excluya prueba que pueda ser valiosa en un juicio oral.

ANEXO 1

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

- a) Prestar auxilio a la víctima;*
- b) Practicar la detención en caso de flagrancia, conforme a la ley;*
- c) Resguardar el sitio del suceso. Para este efecto, impedirán al acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios de el hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el Ministerio Público designare.*

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

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

En el caso de delito flagrante cometido en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al Fiscal que corresponda de lo hecho a la mayor brevedad.

- d) *Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos a que se alude en las letras b) y c) precedentes.*
- e) *Recibir las denuncias del público;*
- f) *Efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales.*

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

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

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

El conjunto de procedimientos detallados en los incisos precedentes no deberá extenderse por un plazo superior de 6 horas, transcurrida las cuales la persona que ha estado sujeta a ella deberá ser puesta en libertad, salvo

que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, caso en el cual se estará a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Si la persona se niega a acreditar su identidad o se encuentra en la situación indicada en el inciso anterior, se procederá a su detención como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

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

Artículo 125: “Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante, y en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”.

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

- a) el que actualmente se encontrare cometiendo el delito.*
- b) El que acabare de cometerlo;*
- c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;*
- d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquel o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieran sospechar su participación*

en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlos, y

- e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.*

Artículo 135:” Información al detenido. El funcionario Público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla.

Asimismo, le informará acerca de los derechos establecidos en los art. 93, letras a), b) y g), y 94, letras f) y g), de este código. Con todo, si, por las circunstancias que rodearen la detención, no fuere posible proporcionar inmediatamente al detenido la información prevista en este inciso ella le será entregada por el encargado de la unidad policial a la cual fuere conducido. Se dejará constancia en el libro de guardia del recinto policial del el hecho de haberse proporcionado la información, de la forma en que ello se hubiere realizado, del funcionario que la hubiere entregado y de las personas que lo hubieren presenciado.

La información de derechos prevista en el inciso anterior podrá efectuarse verbalmente, o bien por escrito, si el detenido manifestare saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le entregará al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el ministerio público.

En los casos comprendidos en el art. 138, la información prevista en los incisos precedentes será entregada al afectado en el lugar en que la detención se hiciere efectiva, sin perjuicio de la constancia respectiva en el libro de guardia”.

El Art. 80 letra A de la CPR dispone que “un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público dirigirá en forma exclusiva de los hechos constitutivos de delito, de los que determine la participación

punible, y los que acrediten la inocencia del imputado, y en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”

ANEXO II

Hay que tener presente que este requisito está tratado únicamente por el juez Adolfo Cisterna Pino en su libro “La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal”.

Señala el que este requisito emana de la idea misma de la flagrancia, y pone de relieve el carácter manifiesto o latente del delito. Agrega que está comprendía de algún modo la coetaneidad o inmediatez. Pero señala, además, que “la coetaneidad se analiza ex post ipso, después de la detención, en cambio la ostensibilidad se analiza ex ante y nunca después de la detención”.

Agrega, lo más importante que “se opone a la ostensibilidad cualquier actuación policial encaminada a descubrir el delito o a aclarar sus circunstancias”.

Termina señalando que es un requisito copulativo a la inmediatez.

BIBLIOGRAFÍA

Del Río Ferretti Carlos y Rojas Rubilar Francisco, año 2000, De la reforma procesal penal, Editorial Cono Sur Ltda.

Cisterna Pino Adolfo, año 2004, La Detención por flagrancia en el nuevo proceso penal.

Millan Iván año 2002. El Delito Flagrante artículo publicado, Revista Procesal penal.

Duce Mauricio y Riego Cristian, Libro Procesal Penal, año 2007, Editorial Jurídica de Chile.

Suárez Rafael, Decap Fernández Mauricio, Moreno Colman Hugo y Rojas Corral Leonardo. Litigación Estratégica en el nuevo proceso penal.

Manual Interinstitucional año 2005, que regula las audiencias que se llevan a cabo en el Centro de Justicia de Santiago.

Constitución Política de la República de Chile, edición 2006, editorial jurídica Lexis Nexis.

Código Procesal Penal edición 2006, Editorial Jurídica Lexis Nexis.

Zapata García María Francisca, La Prueba Ilícita, año 2004, Editorial Lexis Nexis.

Camps Zeller José Luis, La Defensa del Imputado, año 2003, Editorial Lexis Nexis.

Hernández Basualto Héctor, La Exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno, año 2004, Colección de Investigación Jurídica de la Universidad Alberto Hurtado.

Entrevista al Fiscal Israel Muñoz González, septiembre 2010, Fiscalía Regional Centro Norte, y al Fiscal Pablo , noviembre 2010, Fiscalía Occidente.

Garrido Montt Mario, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito, año 1997, Editorial Jurídica de Chile.

Carrió Alejandro, Garantías Constitucionales en el Proceso Penal, año 2008, Editorial Hammurabi.